

REPENSANDO EL PAPEL DE LA LEY EN EL CIBERESPACIO

NELSON EFRÉN DÍAZ PARDO

Tesis para optar por el Título de Magister en Diseño Multimedia

Director

JUAN CARLOS ARIAS

Magister en Historia y Teoría del Arte, la Arquitectura y la Ciudad

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

FACULTAD DE ARTES

MAESTRÍA EN DISEÑO MULTIMEDIA

2009

A mi esposa, por su amor e
infinita paciencia, a mi hijo
Sergio, por su sonrisa, a
Melissa, Sebastián y Jeffrey
por su comprensión y por
supuesto a Camilo, por su
apoyo.

Agradecimientos

Quiero agradecer especialmente a mis padres sin los cuales la llegada a este punto sería un sueño, a los Maestros Carlos Delgado y Carlos Riaño por haber creído que un abogado tenía algo que hacer en una Maestría de Diseño de Multimedia, a mi Director, el Maestro Juan Carlos Arias por tener la paciencia y la dedicación para acompañarme en el desarrollo de este trabajo y a mis compañeros y profesores por las largas jornadas de discusión, gracias a las cuales este trabajo tomó rumbo. Desde luego a mi amigo Alex por su apoyo incondicional y a Mónica Olier por sus acertadas sugerencias.

Finalmente he de agradecer a mi empresa AUTORUN DISEÑO Y COMUNICACIONES LTDA por darme los espacios y los tiempos para construir estas reflexiones y en especial a Milena por su comprensión y apoyo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Presentación del tema

Motivación personal y situación problemática

Objetivos, estructura analítica e hipótesis de trabajo

Metodología y diseño de la investigación

Capítulo 1

EL PAPEL ACTUAL DE LA LEY

1.1 Puntos críticos del papel de la ley en el ciberespacio

1.2 Algunas tendencias

1.3 A manera de conclusión

Capítulo 2

EL CIBERESPACIO: UN LUGAR REGULADO

2.1 En defensa del ciberespacio como lugar

2.2 Regulación dentro del ciberespacio

2.3 Algunos principios en el ciberespacio

Capítulo 3

REPENSANDO EL PAPEL DE LA LEY EN EL CIBERESPACIO

3.1 Lo oculto tras las tendencias

3.2 Ley como memoria del ciberespacio

CONCLUSIONES

Introducción

Presentación del tema

La pregunta ¿cuál debe ser la regulación del ciberespacio? ha preocupado al campo jurídico desde su explosión en 1995. Inicialmente, la respuesta fue considerar la autorregulación como forma de gobierno o gobernanza para el ciberespacio; el argumento básico de tal posición era que internet había desafiado el poder de la nación-estado para regular el comportamiento en línea, no existía un método claro para lograr conectar una comunicación o una transacción a una nación en particular. Se determinó que debía dejarse al ciberespacio desarrollar sus propias estructuras reguladoras.

Hacia 1998 surgió una posición distinta, liderada por Jack Goldsmith, quien indicó que los problemas legales planteados por el ciberespacio eran iguales a los presentes en el espacio físico, los que además, ya habían sido solucionados por el campo jurídico. Su conclusión fue que las transacciones en el ciberespacio no eran diferentes de las dadas en el comercio internacional o de las que caracterizan a los crímenes internacionales; si esos problemas ya estaban solucionados de una manera eficaz por las naciones-estado ¿Por qué tratar de manera diferente al ciberespacio? En la misma línea se ubicó el autor Neil Weinstock Netanel, quien estableció que no regular el ciberespacio resultaría contrario a los ideales democráticos liberales, puesto que surgirían las habituales luchas contra un gobierno mayoritario y tiránico, las preocupaciones por las refrendaciones populares y los problemas de la democracia directa.

En resumen, las posiciones se enmarcan dentro de tres puntos de vista: (i) aquellos que consideran que no debe haber ninguna regulación, ni siquiera una autorregulación. (ii) Quienes piensan que las leyes actuales son suficientes y (iii) los que aseguran que es necesario buscar nuevos métodos de regulación.

La aparición de los libros de Lawrence Lessig, *El Código* (1996) y *El Código 2.0* (2006) ha dado un amplio desarrollo a la tercera postura, en tanto que estas publicaciones han llevado la pregunta de ¿Cómo regular el ciberespacio? a ¿cómo se da el proceso de regulación en el ciberespacio? y **¿cuál es el papel de la ley en ese proceso regulatorio?** En esas cuestiones se desarrolla la investigación que aquí se propone.

Motivación personal y situación problemática

La percepción que el campo legal ha hecho, en general, de los medios digitales y en particular, de internet, ha sido acusada de obsoleta e innecesaria. En parte, eso se debe a que los intentos para abordar estos temas han mantenido la lógica de la imposición y de la sobrevaloración de la ley, propios de la formación jurídica, sin embargo, y es la razón de ser de este trabajo, esa mirada se debe también a que aquellos saberes que están más cerca y bajo la lógica de los medios digitales, particularmente de internet, de alguna manera, imponen y sobrevaloran también su papel.

Para superar esa percepción, fue necesario durante toda la investigación, buscar fundamentos teóricos que superaran una visión de imposición respecto a internet, tanto desde el campo legal, como de los propios medios digitales. Se tomaron como fundamentos teóricos aquellas posiciones en que la visión interdisciplinaria fuera una exigencia, y en la cual se buscará concertar, antes que imponer y, sobre todo, demostrar antes que suponer.

Las investigaciones respecto al papel de la ley en la regulación del ciberespacio no son muy comunes dentro del ámbito nacional, como tampoco en el latinoamericano, menos, aquellas que se arriesgan a proponer abordajes interdisciplinarios. Esto es evidente al observar que la mayoría de la bibliografía consultada se encuentra en inglés. Soy consciente de estar trabajando en un área

en proceso de formación y los riesgos que ello implica, sin embargo, esa es la principal motivación para este trabajo, arriesgar a proponer un marco teórico para entender cómo se dan los procesos regulatorios en el ciberespacio, sin sobrevalorar el papel de la tecnología o de la ley.

Objetivos, estructura analítica e hipótesis de trabajo

El presente trabajo posee un doble objetivo: a) por un lado, describir el campo de las regulaciones en internet, las tendencias actuales que producen un brusco cambio del paradigma regulativo y la emergencia de repensar el papel de la ley dentro del ciberespacio; b) por el otro lado, explorar las condiciones de producción de la regulación en el ciberespacio, los actores involucrados y su interacción.

El trabajo se estructura analíticamente mediante una introducción, tres capítulos bien definidos y una conclusión. La introducción es una descripción detallada, un mapa conceptual del recorrido, donde se ponen de manifiesto las preguntas, las hipótesis y la estructura interna del trabajo para que pueda ser tomada, discutida y mejorada.

En el primer capítulo, se muestran hechos recientes ocurridos en internet, para establecer una visión general del papel de la ley. En la segunda parte, se presenta una visión del papel actual de la ley respecto a internet a través de los retos que se han planteado alrededor del papel de la ley frente a internet. En la conclusión de este capítulo, se identifica la mirada que el trabajo pretende superar.

En el segundo capítulo, el objetivo es construir la reflexión teórica para superar la percepción determinada en el primer capítulo. Para ello, se ha dividido en tres partes: La primera reflexión, plantea una defensa del concepto de ciberespacio como un lugar y las consecuencias de aceptar ese concepto, diferenciándolo del término internet. La segunda parte muestra un modelo exploratorio para entender el proceso de regulación en el ciberespacio a través de la determinación de

actores e interacciones. Es, sin lugar a dudas, la parte esencial del trabajo y la que plantea las posibilidades de continuar la investigación, por ello es quizás, la que más preguntas arroja. Finalmente, como un ejercicio teórico complementario y exploratorio, utilizando el modelo propuesto, se establecen algunos de los posibles principios del ciberespacio.

El tercer capítulo esboza algunas ideas respecto a cómo repensar el papel de la ley dentro del ciberespacio. Para organizar esas reflexiones el capítulo se ha dividido en dos partes: La primera se refiere a algunas consideraciones importantes que se obtuvieron durante la investigación, además clarificar la importancia de entender las tendencias a través de las cuales se desarrolla el ciberespacio y la segunda, apunta a una propuesta de la ley como memoria del ciberespacio.

Metodología y diseño de la investigación

Tratar de explorar las tendencias actuales de la regulación de internet desde una perspectiva que superara la visión jurídica no ha sido una tarea sencilla, abordar el objeto de estudio desde una perspectiva interdisciplinaria exigió el desarrollo de muchas tareas tangenciales, en especial la revisión de una amplia gama bibliográfica entre el derecho y el ciberespacio, junto con la necesidad de construir un modelo para entender ese puente entre ambos conceptos.

Es importante hacer notar que las investigaciones acerca del ciberespacio son muy complejas por el objeto mismo de estudio, por lo tanto, esta investigación está destinada a conformar una tarea inicial exploratoria, que será continuada, optimizada y actualizada, tanto individual como colectivamente. Desde ya, este es un texto abierto, que entiende la lógica propia de su objeto de estudio, expuesto a múltiples miradas.

Diseño, metodología

Desde que se inició la investigación, fue clara la necesidad de superar la visión del Derecho Informático, es decir, que la misma no se limitara a recopilar una serie de leyes que regulan al ciberespacio o de proponer aspectos a regular, sino que determine qué categorías jurídicas se ven afectadas por la presencia de un nuevo medio (propiedad intelectual, infracciones penales, etc.) y la forma como se ha de responder a esas nuevas cuestiones.

Con el fin de apartarse del Derecho Informático, fue necesario tomar los fundamentos del denominado Derecho del Ciberespacio, de origen norteamericano y en plena formación. Dentro de las amplias reflexiones de esa posición teórica, se encuentran soberanía, neutralidad, libertad de expresión y gobierno en el ciberespacio; este trabajo se desarrolla a partir de la ley, en especial, sus fundamentos para repensar su papel en el ciberespacio. Es así como nacen los tres ejes para esta propuesta: ley, proceso regulatorio y ciberespacio. A partir de la precisión y relación entre estos tres elementos se busca encontrar las líneas para replantear el papel de la ley, la ley como memoria del ciberespacio.

Es importante aclarar que ni el método ni el modelo propuesto están orientados a lograr una generalización de la regulación de internet, por el contrario, este es un trabajo exploratorio y el ejercicio de formular un modelo de comprensión del ciberespacio debe ser interpretado apenas como un acercamiento teórico hacia nuevos campos de análisis.

Niveles de análisis de la investigación

El objeto mismo de la investigación, la regulación de internet y la complejidad del proceso regulatorio, implican la intervención directa de muchas más disciplinas de las que puede abarcar un investigador. Se ven involucradas en el análisis,

principalmente, la sociología, el derecho, la arquitectura, la economía política, la filosofía del derecho, la sociología jurídica, los estudios del control social, la ciencia política, algunos criterios específicos y básicos de la ingeniería en sistemas, la informática, la cibernética, **el diseño**, las ciencias de la comunicación, las artes, los estudios de la ciencia, entre muchas otras.

Sin embargo, el nivel de análisis debe responder básicamente a una disciplina en formación, por lo menos en Estados Unidos: el Derecho del Ciberespacio; este entiende los procesos de regulación del ciberespacio desde nuevas perspectivas que superan la visión jurídica y ofrecen otras alternativas para entender el complejo proceso de la regulación de internet.

1. El papel actual de la ley

“Lo que hace un buen abogado es contar una historia que convenza. No ocultando la verdad o excitando las emociones, sino usando la razón, a través de una historia, para convencer.”

Lawrence Lessig

Conceptualmente, se dice que el acercamiento del campo jurídico a "internet" es tarea del "Derecho Informático"¹, sin embargo, esta investigación se desligará de esa afirmación y asumirá el Derecho del Ciberespacio. Aunque suelen identificarse o agruparse como "derecho informático" todo lo relacionado con la informática y el derecho, el Derecho del Ciberespacio puede considerarse como una posición que, dentro de la investigación, presenta varias ventajas.

En primer lugar, el Derecho del Ciberespacio entiende a la ley como un actor dentro de un lugar nuevo, el ciberespacio, lo que le da una perspectiva de estudio más amplia y permite explorar nuevas opciones de regulación. En segundo lugar, es un campo que ha tomado mucha fuerza dentro del sistema jurídico norteamericano (common law²) y que sin lugar a dudas, por el papel que Estados Unidos ha jugado y sigue teniendo dentro del ciberespacio, permite identificar características esenciales de la actual regulación en el ciberespacio.

¹ El Derecho Informático se define como un conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos, nacidos de la interrelación entre el Derecho y la informática. Por otro lado, hay definiciones que establecen que es una rama del derecho especializado en el tema de la informática, sus usos, sus aplicaciones y sus implicaciones legales. El término "Derecho Informático" (*Rechtsinformatik*) fue acuñado por el Prof. Dr. Wilhelm Steinmüller, académico de la Universidad de Regensburg de Alemania, en los años 1970.

² El sistema de Derecho anglosajón se basa, sobre todo, en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes, por esto, las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen (o estos ya lo han hecho sobre leyes anteriores, pero similares). Este es el motivo por el cual en Estados Unidos aún se enseñan normas de la época colonial inglesa.

En esa medida, lo que se presenta en este capítulo es una visión descriptiva de cómo se percibe, dentro del marco propuesto, el papel actual de la ley en el ciberespacio bajo la óptica del Derecho del Ciberespacio. Siempre que, dentro de las citas o reflexiones, se hable de internet debe entenderse como referencia al ciberespacio como lugar, asunto que será tratado a profundidad en el segundo capítulo de esta investigación.

Al abordar el tema del papel de la ley en el ciberespacio, se considera que *"la pretensión de construir un medio aparte para internet, necesitado de reglas nuevas y propias, es una falacia, pues los problemas jurídicos son los mismos en el mundo real y en el virtual. Internet es sólo un medio más veloz de comunicación, como antes lo fue el telégrafo, el teléfono, el correo o el fax"*.³

Bajo ese postulado, el papel de la ley en el ciberespacio puede concretarse en dos aspectos: (i) sancionar la ocurrencia de delitos tales como la propagación de virus, acceso no autorizado a la información, infracción de los derechos de autor, amenazas a la seguridad nacional, etc. y (ii) evitar que se presenten esos delitos estableciendo límites, sobre todo, de carácter técnico. Esa es, en una visión resumida, el papel otorgado a la ley en el "mundo real" y de lo que se trata en el "derecho informático" es dar este mismo significado para el "mundo virtual".

Entonces, es previsible que la percepción que se tiene de la ley en el ciberespacio sea muy similar a la que se tiene en el "mundo real". Siguiendo a Engels, el papel de la ley en los estados-nación está en entredicho, su eficacia, su función de buscar el bien común; la función social de los abogados también se ve afectada por esa misma percepción, en general no se confía en la ley, en quienes la hacen (legisladores) y en los operadores (quienes la aplican).

³ CALVO, Caravaca y Carrascosa González. Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en internet, citado por: LÓPEZ ZAMORA, Paula. Deontología y autorregulación en el ciberespacio en la página 305. Madrid, 2003, 681 h. Trabajo de grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea en la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid: <http://eprints.ucm.es/7242/>

Con el objeto de mostrar las tendencias y características del papel actual de la ley en el ciberespacio este capítulo se divide en tres partes: La primera, señala algunos puntos críticos que surgen, por la naturaleza misma del ciberespacio, que dificultan la aplicación de la ley "del mundo real". Complementario a ello, y para ratificar esos puntos críticos, se indica una serie de casos que hacen evidentes las soluciones tomadas para responder a esos puntos críticos. La segunda parte y con fundamento en esos hechos, se encuentra una clasificación de las tendencias regulatorias actuales. La parte final plasma una serie de conclusiones que identifican los cambios asumidos en este trabajo de investigación.

1.1 Puntos críticos del papel de la ley en el ciberespacio

La aplicación de la ley del " mundo real" al ciberespacio ha generado algunos puntos críticos que dificultan su aplicación: (i) el problema de la territorialidad en internet; (ii) el anonimato de los usuarios en internet; (iii) la velocidad de los cambios técnicos en la red. Estos aspectos coinciden con los problemas típicos de la ley en el "mundo real": espacio de la aplicación de la ley, vigencia de la misma y destinatarios.

1.1.1 El problema de la territorialidad, en el campo de la ley en el "mundo real", no es nuevo y ya se ha planteado una solución, los Estados han cooperado desde hace mucho tiempo para impedir que las personas se sustraigan de las fronteras de los estados-nación, a través de tratados internacionales y principios de colaboración recíproca. En internet se han dado pasos importantes en este sentido, por ejemplo el Tratado de OMPI⁴ sobre la Protección de los Derechos de Autor en Internet. La universalidad de internet favorece la presión a los Estados para llegar a acuerdos internacionales que les permita ser efectivos en su regulación, sin embargo, el papel de esos tratados es limitado, los acuerdos toman tiempo, siempre existe la posibilidad de que ciertos estados-nación no acepten un contenido universal o aplicable en todos los Estados firmantes.

La otra solución consiste en la aplicación de los principios de territorialidad de los estados-nación, es decir, se aplica la legislación en donde el delito tenga mayores efectos o haya culminado. En la mayoría de los casos esos asuntos se solucionan por "posición de poder de los Estados implicados". Se ha afirmado que internet es universal, sin embargo, *"en la práctica, cada país regula la utilización de los medios telemáticos en función de su propia tradición jurídica, su cultura y sus principios generales del Derecho"*⁵.

⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/> visitado el 6 de diciembre de 2009.

⁵ LÓPEZ. Op. Cit., p. 307.

Las evidencias son contundentes:

— Caso Yahoo: Dentro del Portal Yahoo, específicamente su sitio de subastas, que es accesible en Francia, ofrecían artículos relacionados con el partido Nazi. Las leyes francesas prohíben la venta de artículos que hagan referencia o tengan relación con este tema. En el año 2000 Yahoo recibió una demanda para que retirara esos productos de la subasta o bloqueara el acceso a esos productos dentro de Francia. Yahoo⁶ alegó que era absurdo que las reglas de un país se convirtieran en las reglas de todo el mundo y que Francia debía aceptar que en internet su dominio no es absoluto. De la misma manera, insistió en que, técnicamente, era imposible bloquear el acceso de los franceses a este sitio. En sentencia del año 2000, se obligó a Yahoo a que retirara los artículos Nazi de su sitio o bloqueara el acceso a los franceses; en noviembre del año 2000 fue ratificada la sentencia y se instó a Yahoo a cumplirla en un plazo de tres meses o a pagar cien mil francos por cada día de retardo.

— Demanda a Wiki: La Fundación Wikimedia fue recientemente demandada por citar en uno de sus artículos⁷, que expone un caso de asesinato, el nombre de la persona que fue condenada por la justicia alemana en ese particular evento. Se trata de Wolfgang Werle, quien, a través de sus abogados, está solicitando que, conforme a las leyes alemanas y a fallos de la justicia, que han prohibido ya la utilización del nombre del asesino y la imagen del mismo, se suprima también, cualquier referencia en línea. Alegan que esas referencias impiden su rehabilitación y vida futura. Es de anotar que el asesino (declarado así por la justicia alemana) ya cumplió 15 años de condena y se encuentra gozando de libertad condicional desde el 2007. Los abogados solicitan una indemnización por daños y perjuicios morales ocasionados al señor Wolfgang Werle. La sede de la Fundación Wikimedia se encuentra en la ciudad de San Francisco (Estados Unidos) y la respuesta hasta ahora ha sido que se encuentran protegidos por la Primera Enmienda.

⁶ LESSIG, Op. Cit., p. 465.

⁷ WIKIPEDIA. Caso Wolfgang Werlé.

http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://en.wikipedia.org/wiki/Wolfgang_Werle&ei=WHoGS8z1CNHTngeo0tzNCw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=1&ved=0CAsQ7gEwAA&prev=/search%3Fq%3DWolfgang%2BWerle%2Ben%2BWiki%26hl%3Des. Citado el 4 de diciembre de 2009.

— Caso Myanmar (antigua Birmania): por medio de una ley de 1996 cada fax, teléfono, módem o computador, debe ser autorizado y registrado ante las autoridades del gobierno, se impone una pena de prisión de 7 a 15 años por una posesión no autorizada de alguno de estos artículos. En aplicación de la ley, en 1996 el señor James Leander Nichols, cónsul honorario de Noruega en Myanmar falleció estando en la cárcel por poseer un fax no autorizado por las autoridades.

— La Muralla China: el gobierno chino ha tratado de construir lo que se ha denominado “La Gran Muralla China”, se trata de bloquear el ciberespacio de tal manera que lo que allí suceda esté bajo control gubernamental. En un principio, el gobierno chino pretendía construir una gran “intranet” privada pero terminó por solicitar la ayuda de los proveedores de internet para constituirse en una súper corporación que se conecta a internet a través de una gigantesca red de servidores de seguridad, que le permiten filtrar todo el tráfico de información en línea dentro y fuera del país.

— De nuevo Francia contra Google: la Sala III de lo Civil del Tribunal de Gran Instancia de París condenó a Google por reproducir íntegramente y hacer accesibles obras sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad, a través de su aplicación “google books”, se consideró que se trataba de “falsificación de derechos de autor”. Se “prohíbe a Google mantener ese comportamiento so pena de una multa de 10.000 euros por cada día de atraso”, se le concedieron 30 días para corregir ese comportamiento. Igualmente, fue condenada a pagar la suma de 300.000 euros por daños y perjuicios al grupo Editorial La Martiniere (la demanda inicial era por 15 millones de euros).⁸

— Más ejemplos⁹: un australiano llamado Frederick Toben ha sido condenado por un tribunal alemán por negar la existencia del holocausto. El comentario de Toben había sido publicado en un sitio web que podía ser visto por los alemanes, y el Derecho

⁸ EL TIEMPO.COM. Justicia de Francia condenó a Google por digitalizar libros sin autorización. http://www.eltiempo.com/enter/actualidad_a/justicia-de-francia-condeno-a-google-por-digitalizar-libros-sin-autorizacion_6802495-1. Citado el 21 de diciembre de 2009.

⁹ LÓPEZ, Op. Cit., p. 50.

Alemania prohíbe todo lo que pueda considerarse como una negación del holocausto. Igualmente, fiscales italianos han acusado a unos proveedores de sitios, que se cree que están ubicados en Israel, por difamar a un ciudadano italiano. Los sitios incluyen relatos sobre la lucha por la custodia entre el italiano y una mujer que vive en Israel. El tribunal decretó que la ley anti libelo italiana es aplicable a este caso¹⁰.

¿Estaremos entonces confirmando que la *idea de que internet te libera de la geografía es un mito*¹¹ y que *las fronteras nacionales son tan válidas en el mundo virtual como lo son en el mundo físico? (...)*. De repente, *internet sin fronteras está chocando con fronteras de verdad y así su visión como lugar sin límites, está muriendo*¹².

La identificación del responsable de una conducta delictiva (autor) es esencial para la aplicación de la sanción establecida en la ley (pena). En el ciberespacio, el anonimato impide que se pueda hacer una individualización del responsable, lo que hace imposible la aplicación de la pena. Sin embargo, se han tomado algunas medidas para facilitar la identificación de los usuarios del ciberespacio:

- Identificando al usuario en Europa: la Comunidad Económica Europea¹³ estableció, para las empresas que prestan servicios de internet, la obligación de guardar la identificación del usuario asignada, el nombre y la dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha dado, en un momento de la comunicación, una dirección de Protocolo de Internet IP, la fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a internet, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a

¹⁰ LÓPEZ, Op. Cit., p. 50.

¹¹ DODGE, Martin. The Economist 11-17, Agosto 2001 pgs. 18-20, citado por: LÓPEZ ZAMORA, Paula. Deontología y autorregulación en el ciberespacio en la página 305. Madrid, 2003, 681 h. Trabajo de grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea en la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid: <http://eprints.ucm.es/7242/>.

¹² CIBERP@AIS, Nº 12, junio de 2001, citado por: LÓPEZ ZAMORA, Paula. Deontología y autorregulación en el ciberespacio, en la página 305. Madrid, 2003, 681 h. Trabajo de grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea en la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid: <http://eprints.ucm.es/7242/>.

¹³ PARLAMENTO EUROPEO. Directiva sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la presentación de servicios de comunicación. Comunidad Europea (DIRECTIVA 2006 /24/CE).

internet a una comunicación, así como la identificación de usuario del abonado o del usuario registrado¹⁴, la información deberá conservarse por un período comprendido entre seis meses y dos años.

- Inglaterra se une a la identificación: conforme a una publicación de la BBC¹⁵, el Reino Unido ha propuesto que los proveedores de servicios de comunicación deben conservar los registros de sus usuarios en internet. Se pide que se conserven las comunicaciones en las redes sociales, las salas de chat y los juegos en línea. La intención de la medida es determinar cuáles son las partes en la comunicación y la fecha de la misma, pero no el “contenido real de lo que se dijo”.

Pero la ley no ha estado sola, algunos desarrollos técnicos van en esa misma dirección:

- ¿Cuál es tu IP?: un programa como geoselec¹⁶ es capaz de determinar automáticamente desde dónde se ha conectado un usuario con un margen de error inferior al 1% (determina país, ubicación específica dentro de este, departamento y ciudad en nuestro caso), este software promete que se puede, a partir de esa identificación geográfica, generar un contenido exclusivo por ubicación. Incluso, en el sitio www.maxmind.com se puede consultar, de manera gratuita, la ubicación específica de una dirección IP (para hallar su IP basta que ingrese a Google y digite ¿Cuál es mi IP?);

- De IPV6 a IPV5: la tecnología IPV6 que reemplaza al actual protocolo IP¹⁷ “*marca cada paquete con una clave de cifrado que no puede alterarse o falsificarse, lo cual asegura la identificación del origen del paquete. Esta función puede identificar a todo emisor y receptor de información a través de internet, haciendo así prácticamente imposible mantener el anonimato en el proceso*”¹⁸;

¹⁴ Ibíd., p. 30, artículo 3º.

¹⁵ BBC. Uk surveillance plan to go ahead. http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/8350660.stm. Citado el 8 de noviembre de 2009.

¹⁶ GEOBYTES. Geoselect gives you the Technological Edge. <http://www.geobytes.com/GeoSelect.htm>. Citado el 9 de noviembre de 2009.

¹⁷ EURO6IX. Aspectos legales del nuevo protocolo de internet. Disponible en línea. <http://www.ipv6tf.org/pdf/ipv6legalaspects.pdf>.

¹⁸ LESSIG. Op. Cit., p. 105.

- ¿Qué buscas?: el sitio www.google.com/history le permite al usuario conocer la historia de sus búsquedas en internet, los sitios que visita, organiza incluso el número de visitas por sitio. El uso de esa herramienta deja varios interrogantes ¿Cuáles son las declaraciones de privacidad y uso de esta información? ¿Cuáles son los motivos para conservar esa información? y ¿cuánto tiempo está disponible? ¿solamente la conoce el usuario?

- ¿Quién es quién?: el denominado "Metasistema de Identidad", propuesto por Kim Cameron, de Microsoft, consiste en un conjunto de credenciales dentro del ciberespacio, el cual ha tenido dos desarrollos Passport, que es la forma como se identifican los usuarios en los sitios de Microsoft y la versión actual de la Infocard. Esta Infocard consiste en que el usuario tiene varias "identidades" en internet, cuando ingresa a un sitio que las recibe, el usuario determina cuál desea usar (dependiendo del sitio) una vez seleccionada, se hace una "llamada" interna entre sitios a un "proveedor de identidad" quien la valida¹⁹.

¿Será indispensable aceptar, entonces, que "si el nacimiento de internet se caracterizó por ser el paraíso del anonimato y de las identidades múltiples, hoy se ha convertido en un gran hermano que quiere saber la situación física de los usuarios, quién es quién en la red, qué páginas webs visita, qué compra, qué mensajes envía y a quién"²⁰?

Respecto a la velocidad de los cambios, se ha entendido que internet no es el único fenómeno social que se desarrolla rápidamente y la ley ha cambiado de regular *ex post*, es decir después de que el fenómeno se presente a la lógica a *ex ante*, en donde el legislador trata de anticiparse a los cambios. A manera de ejemplo ejemplo:

- Planes E-europa: la Comunidad Económica Europea ha establecido iniciativas denominadas Planes E-europa 2002 y 2005²¹ que constituyen leyes que

¹⁹ DMONKAZ. Infocard: "metasistema de identidad".

<http://dmonkaz.spaces.live.com/Blog/cns!3FB CAFD2C8CA4AAB!2991.entry>. Citado el 4 de diciembre de 2009.

²⁰ LÓPEZ, Op. Cit., p. 250.

²¹ eEUROPE 2005: Una sociedad de la información para todos. http://www.csae.map.es/csi/pdf/eeurope2005_es.pdf. Citada el 2 de diciembre de 2009.

comprometen a los Estados miembros a formular legislación y tomar acciones concretas para cumplir con los objetivos plasmados en los planes.

1.2 Algunas tendencias

Las discusiones iniciales, en materia regulatoria, estaban orientadas por la pregunta de si era o no necesaria la ley emanada por el Estado en internet. Esa inquietud se enmarcó dentro de aquellos que consideraban, en los primeros albores de internet, que éste estaba por fuera de cualquier intento de regulación por parte del Estado y los que creían que era necesario contar con una regulación. La discusión evolucionó para preguntarse ahora cuál era el origen de esa regulación.

Surgen entonces, reconociendo que era necesaria la regulación, las posiciones que abogan por una autorregulación, formulada por los mismos participantes dentro de internet y una, hecha desde afuera por el Estado, a través de la ley.

Ante las disyuntivas típicas entre autorregulación y regulación se ha planteado otro camino, una posición que entiende que *"la regulación de la red ha de ser tan variada y plural como su propia estructura, compuesta de decisiones centralizadas, también de algunas fuertemente descentralizadas, públicas y privadas, con orígenes en diversos puntos de la constelación de la red y con contenidos múltiples como son los mensajes que circulan por las infovías"*²². Bajo esta lógica, se pueden identificar, siguiendo a López (2005) las siguientes posturas: (i) aplicación de la soberanía de los Estados nacionales; (ii) regulación, mediante la creación de una legislación universal única para ordenar la totalidad de la red o por medio de tratados internacionales; (iii) regulación, mediante la expedición de normas técnicas que controlen a proveedores de internet y la forma técnica en que se presta el servicio; De manera personal se

²² MUÑOZ MACHADO, S. *La regulación de la red*. Op. Cit., p. 35. Citado en p. 311: LÓPEZ ZAMORA, Paula. Deontología y autorregulación en el ciberespacio en la página 305. Madrid, 2003,681 h. Trabajo de grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea en la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid: <http://eprints.ucm.es/7242/>

podría agregar también (iv) la regulación complaciente con el usuario y (v) la regulación de la auto-ayuda.

1.2.1 Aplicación de la soberanía de los Estados nacionales

La mayor parte de estados-nación hacen uso de su poder para crear leyes, aunque estas resulten poco útiles o su aplicación sea compleja, sin embargo, en casos que ponen en peligro su papel de protector de los ciudadanos, en especial los que tienen un amplio despliegue en los medios de comunicación, se les pide que expidan leyes que "aporten la solución mágica" al caso. Poco importa que las evidencias indiquen que esas leyes no tengan casi ninguna aplicación práctica y su eficacia sea prácticamente nula, los estados-nación continúan expidiendo leyes relacionadas con internet.

Es posible que en algunas situaciones, como en el caso Yahoo, la aplicación de leyes, por parte de los estados-nación tenga cierto éxito, sin embargo, es evidente que si un país desea "*gobernar internet, debe aceptar que no puede aplicar sus reglas al conjunto del mismo*"²³. Hay que tener clara una cuestión: "*No habrá ninguna nación que no tenga algún tipo de expresión que quiera regular internet; todas ellas tienen algo que desean controlar*"²⁴ así pues, puede estar presente la tendencia de que "*lejos de allanar el mundo, internet está conformándose de muchas maneras a las condiciones locales*"²⁵.

Lessig²⁶ expone que si los estados-nación llegan a hacer un acuerdo como el siguiente: "*cada Estado prometería imponer a los servidores de su jurisdicción las regulaciones que otros Estados aplican a sus ciudadanos a cambio de que estos Estados hagan lo propio con las suyas*" y esto se acompañara de un proceso de

²³ LÓPEZ, Op. Cit., p. 325.

²⁴ LESSIG, Op. Cit., p. 468.

²⁵ GOLDSMITH, Jack Goldsmith y WU Timothy. *Who Controls the Internet: Illusions of a Borderless World*. Op. Cit., 2006, p. 41. Citado por: LESSIG, Lawrence. *El Código 2.0 Versión en español*. Editorial Traficantes de Sueños; Mayo de 2009. Madrid. página 469.

²⁶ LESSIG, Op. Cit., p. 468.

regulación técnica que favorezca la identificación, ello significaría un régimen que restituiría la zonificación geográfica y daría la posibilidad de que los Estados logren, por fin, controlar a sus ciudadanos, en internet.

1.2.2 Regulación mediante la creación de una legislación única para ordenar la totalidad de la red

Se afirma que es "*necesario trabajar para alcanzar un consenso mundial sobre las medidas legislativas necesarias para la organización de determinados aspectos de Internet, prohibiendo el comportamiento injusto sin imponer ningún tipo de comportamiento, pues debe prevalecer la libertad de expresión y de contenidos frente a cualquier intento de regular y controlar, pero partiendo del principio básico de que no puede permitirse en la red lo que está prohibido en la calle, por lo que los Estados miembros deben aplicar la legislación existente que pueda sancionar esas conductas ilícitas*"²⁷.

De fondo, parece que una legislación universal para internet es una utopía, sin embargo, se ha encontrado un punto intermedio a través de los tratados internacionales. Se trata de establecer reglas fundamentales de internet, muy similares a las experiencias realizadas con el espacio exterior o los mares internacionales. Esta técnica regulatoria parte de considerar que los problemas jurídicos de internet deben ser abordados desde una coordinación internacional. Tal como lo afirma Castell "*los Estados que se rebelen contra esta alternativa y no decidan ceder ni un ápice de su soberanía, devendrán más frágiles e inseguros en la red*"²⁸.

²⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, en ¿es necesaria una regulación para el ciberespacio? citado por: LÓPEZ ZAMORA, Paula. Deontología y autorregulación en el ciberespacio en la página 305. Madrid, 2003, 681 h. Trabajo de grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea en la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid: <http://eprints.ucm.es/7242/> p. 328.

²⁸ CASTELL, (2001-2003).

Esa tendencia internacional de la regulación del ciberespacio, ha estado acompañada por propuestas como la de Burk²⁹ que considera a internet como un sitio federado, así como están organizados los Estados Unidos, en donde *"el poder está dividido de manera vertical entre los Estados y el Gobierno Federal y, de manera horizontal, entre los distintos Estados"*. En ese mismo sentido se ha considerado la creación de una organización internacional con competencia para tomar decisiones sobre internet *"creo que el establecimiento de una organización internacional es la respuesta a los problemas de los tratados multilaterales. Si podemos crear una organización internacional que sea aceptada por la mayoría de Estados en el mundo, puede regular más detalladamente las decisiones que afecten a internet. Tal organización puede abordar y contestar rápidamente un nuevo problema acuciante y puede hacerla cumplir las reglas porque tiene la autoridad que le han cedido los Estados soberanos"*³⁰.

Dentro de esta tendencia, podemos ubicar también, el marcado sentido extraterritorial, que de manera persistente, le ha dado Estados Unidos a su legislación. Existe una tendencia general a creer que *"EEUU posee una opinión sobre la conducta adecuada en la red"*³¹ y que tienen la posibilidad de imponer esa legislación a los ciudadanos del mundo. Como ejemplos están la Ley de Copyright del Milenio Digital³², que es aplicación territorial y la no tan popular Ley Patriota³³, que se refiere a la posibilidad de establecer ordenadores protegidos que se "usen" de manera que *"afecte el comercio o a la comunicación interestatales o internacionales de EEUU"*³⁴.

²⁹ BURK, Dan L., Federalism In Cyberspace. 28 U. Conn. L. Rev. 1095 (1996). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=44433> or doi:10.2139/ssrn.44433.

³⁰ HICKS, B.D., Choice of law issues in cyberspace, Texas Tech University, Texas, 1996. Se puede acceder en línea: <http://www.geocities.com/athens/Academy/5090>

³¹ LESSIG, Op. Cit., p. 479.

³² WIKIPEDIA. Digital Millennium Copyright . http://es.wikipedia.org/wiki/Digital_Millennium_Copyright_Act. Citada el 11 de diciembre de 2009.

³³ INTERAMERICAN COMMUNITY AFFAIRS. Ley Patriota. <http://www.interamericanusa.com/articulos/Leyes/US-Patriot%20Act.htm>. Citada el 11 de diciembre de 2009.

³⁴ BELLIA, Patricia L. Chasing Bits Across Borders, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 35, 2001, p. 100. Citada en página 479: LESSIG, Lawrence. El Código 2.0 Versión en español. Editorial Traficantes de Sueños; Mayo de 2009. Madrid.

1.2.3 Regulación mediante la expedición de normas técnicas, que tratan de controlar a proveedores de internet y la forma técnica de como se presta el servicio

A partir de las propuestas de Lawrence Lessig, profesor de la Universidad de Harvard, se acepta que el código informático es la ley. Este autor ha avanzado dentro de las posiciones en materia regulatoria, pues entiende que existe, en la forma como está construida la red (arquitectura en palabras de Lessig) una regulación que la determina. *"La naturaleza de la red viene determinada fundamentalmente por sus arquitecturas, y las posibles arquitecturas del ciberespacio son muy numerosas"*³⁵.

Lessig está convencido de que la red ha dejado de ser el paraíso de la libertad para convertirse en un verdadero espacio de control y regulación. Los principales aportes de la obra de Lessig son: (i) determinar cómo el código (hardware y software) hace lo que internet es y genera unas restricciones acerca de la manera como los usuarios pueden comportarse en él, (ii) señalar cómo el mercado, la arquitectura, la ley y los usos interactúan construyendo la legislación de internet.

Esa postura ha generado toda una legislación sobre internet, en la cual la ley se refiere específicamente a aspectos técnicos y, si se quiere, interviene directamente en la arquitectura de internet y en sus códigos. Se expiden leyes que obligan a los proveedores de internet a modificar la estructura propia para cumplir con objetivos variados impuestos por la ley: determinar el usuario conectado y guardar el contenido de la información, entre otros.

Según a Lessig, esta clase de técnica posee enormes ventajas para el Estado: (i) genera un menor costo político puesto que es menos "popular", aunque cumple los mismos objetivos, no genera publicidad del tipo "fin del anonimato en internet" que tiene más alto costo en la población y, sobre todo, en los medios de comunicación; (ii) es más eficaz en cuanto que se limita el número de individuos a quienes va dirigida la

³⁵ LESSIG, Op. Cit., p. 67.

ley (se trata de unos pocos proveedores de internet o compañías) lo que hace posible determinar quién es el infractor y en qué incumplió; (iii) tiene menos discusión jurídica ya que ante el desconocimiento técnico, el análisis de sus efectos no es muy común, salvo en ámbitos especializados y generalmente, de poca trascendencia.

1.2.4 La regulación complaciente con el usuario

Propuesta por DG Post, quien asevera que la regulación debe ser pensada desde el punto de vista del consumidor (usuario en los términos de este capítulo) y parte de la afirmación de que el usuario es libre de abandonar los sitios que tengan leyes que no sean de su agrado. *"Las comunidades en el ciberespacio, afirma Post, están gobernadas por un conjunto de reglas. Los individuos pueden elegir en cuál de los conjuntos de reglas ofertados se introducen. Puesto que los diferentes conjuntos de reglas competirán por nuestra atención, el mundo del ciberespacio quedará definido por esta competencia entre soberanías para captar clientes"*³⁶. El planteamiento es el siguiente: en la medida en que el cliente es libre para salir del sitio cuando las leyes que lo gobiernan no son de su agrado, el Estado y las empresas vinculadas a internet tratan de establecer las normas más favorables para evitar que los usuarios se marchen, dando así origen a la elaboración de una regulación de acuerdo con el usuario. *"Post reconoce la existencia de cinco controladores que pueden crear normas sustantivas para regular el comportamiento de los cibernautas: el propio actor o internauta; otros individuos internautas con los que el propio actor se relaciona; fuerzas sociales no organizadas jerárquicamente; organizaciones no gubernamentales jerárquicamente organizadas y, finalmente, los Gobiernos"*³⁷.

Para Post las comunidades en internet son gobernadas mediante reglamentos que pueden ser entendidos como los requisitos que restringen la conducta en un lugar determinado³⁸. La regulación en internet es la del "poder del mercado", el propietario del "lugar" es soberano, a los ciudadanos simplemente les es más fácil eludir "la ley"

³⁶ LÓPEZ, Op. Cit., p. 520.

³⁷ LÓPEZ, Op. Cit., p. 521.

³⁸ LESSIG, Op. Cit., p. 454.

que cumplirla. La vida en internet consiste en agregarse a grupos sin ni siquiera moverse. Se trata de una forma de gobierno estilo McDonald's o Coca-Cola, ansiosa por complacer, temerosa de las revueltas³⁹.

El señalar el papel del usuario dentro de la regulación de internet constituye el aporte más importante de este postulado y ese tipo de regulación ya se está dando:

- Un ejemplo fue lo ocurrido en la red social Facebook: el 4 de febrero de 2009 se anunció que dentro de las políticas de uso de la red, Facebook tendría una "licencia a perpetua y mundial" sobre todos los contenidos publicados. Los usuarios respondieron haciendo uso de las herramientas del mismo espacio, crearon un grupo denominado "Los que están contra las nuevas condiciones de uso". Ante las presiones de los usuarios, el 18 de febrero de 2009, Facebook retiró dicha política⁴⁰. A raíz de esa situación, Facebook convocó a una votación para adelantar cambios en las condiciones de uso y de privacidad del sitio, inicialmente las votaciones se realizaron del 16 al 26 de abril de 2009; como garante de las votaciones fue designada la firma consultora Ernest y Young⁴¹. Dentro de la votación, participaron 600.000 usuarios, el 0,3% si consideramos que la red cuenta con aproximadamente 200 millones de usuarios. El 74,4% de los participantes aprobó el documento con las nuevas condiciones. Se había establecido un 30% de los usuarios, unos 60 millones de usuarios, como margen para que la votación fuera vinculante, sin embargo, las modificaciones ya se encontraban en vigor e incluidas en el sitio antes de las votaciones⁴².

- Facebook ha lanzado la herramienta "control de privacidad de la edición" que facilita a los usuarios definir a qué nivel quieren compartir sus contenidos dentro de la red social. Debido al interés de Google y de Microsoft en incorporar dentro de los

³⁹ LESSIG, Op. Cit., p. 456.

⁴⁰ ELTIEMPO.COM. Usuarios. Poder en Facebook. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3340792>. Citado el 16 de diciembre de 2009.

⁴¹ TRASMEDIA.CL. Facebook llama a elecciones para votar los nuevos cambios en el portal. <http://transmedia.bligoo.com/content/view/482465/Facebook-llama-a-elecciones-para-votar-por-los-nuevos-cambios-en-el-portal.html>. Citado el 16 de diciembre de 2009.

⁴² EL TIEMPO.COM. Se hizo "Facebookcracia". <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3416646>. Citado el 16 de diciembre de 2009.

resultados de las búsquedas el contenido generado en Facebook, se ha dado al usuario el poder de decidir cómo quiere compartir su información: amigos, amigos de amigos, todos o personalizar⁴³.

1.2.5 La regulación de la auto-ayuda

Se fundamenta en el reconocimiento de que definitivamente no se puede hacer nada para detener los denominados efectos negativos de internet, es decir, la ley en internet no funciona, a pesar de las medidas para evitar, por ejemplo, el robo de información personal, esto continuará y lo que se debe hacer es tomar medidas para evitarlo. Se proponen, entonces, una serie de recomendaciones o prácticas para que los usuarios y las compañías eviten estos efectos negativos. A continuación, algunos ejemplos:

- La guía breve de privacidad y P3P⁴⁴: nace de la necesidad de garantizar que la privacidad de la información en una web sea cada vez más extensa. Consiste en un lenguaje que ofrece a los usuarios una forma sencilla y automatizada de controlar el uso que de su información se hace en los sitios que visitan. Se trata de que los documentos y declaraciones, respecto a privacidad, que generan los sitios y que nadie lee, sean convertidos a un lenguaje común de programación (XML), de esta manera, apenas ingrese el usuario a un sitio, de forma automática, se verificará si este es compatible con P3P y el usuario podrá consultar más ágilmente las políticas de privacidad, además, compararlas y evaluarlas con los estándares internacionales.

1.3 A manera de conclusión

El objetivo de este capítulo era hacer una breve descripción de las discusiones en torno al papel de la ley en internet y, sobre todo, establecer una lógica fundamental:

⁴³ EL TIEMPO.COM. Usuarios de Facebook tienen ahora mayor privacidad de en la red. http://www.eltiempo.com/enter/internet/usuarios-de-facebook-tienen-ahora-mayor-privacidad-en-la-red_6784388-1. Citada el 21 de diciembre de 2009.

⁴⁴ WORLD WIDE WEB.CONSORTIUM. Guía Breve de Privacidad y P3P. <http://www.w3c.es/divulgacion/guiasbreves/PrivacidadP3P>. Citada el 6 de diciembre de 2009.

otorgarle a la ley un papel protagónico dentro de la regulación de internet, ahora, la pregunta que se asume es: cómo debe regular la ley a internet? En esa perspectiva, las propuestas se encaminan a solucionar el hecho de que *"Internet es una realidad social que el Derecho no puede desconocer y configura un entorno económico que demanda una regulación jurídica que proporcione la seguridad necesaria para poder operar en la red con garantías"*⁴⁵.

La discusión abordada desde esa óptica ha generado dos posturas claramente diversificadas: (i) los que afirman que la regulación de la red ha de hacerse mediante la adaptación de las técnicas regulativas ya vigentes y (ii) quienes aseguran que es necesaria la creación de nuevas técnicas regulativas propias de internet. Aunque ya casi extintas, no podemos dejar de citar aquellas posiciones de los "orígenes" de internet cuando Jhon Perry Barlow hacía su declaración de libertad del ciberespacio⁴⁶ y que se podría denominar, junto con Lessig, "la regla es la ausencia de ley".

Internet ha planteado un conflicto sin precedentes para la ley: *"nunca hemos vivido una época en que pudiéramos afirmar que la gente vive efectivamente en dos lugares, sin principio de supremacía entre ellos"*⁴⁷. Bajo esa óptica es una salida simplista reducir la discusión en términos de dejar todo y empezar de cero o reacomodar las viejas estructuras que la ley ha desarrollado.

Los casos y tendencias expuestos, hacen evidente que la respuesta a la pregunta de cuál es el papel de la ley en internet, no es tan sencilla, por lo cual, es necesario proponer un camino diferente. El primer paso, es reconocer que vivimos en dos lugares distintos. Luego, defender una postura que entiende el concepto de ciberespacio como un lugar, distinto de internet, sería el paso a seguir y como se trata

⁴⁵ DAVARA, M.A., La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio. Citado en la página 348: LÓPEZ ZAMORA, Paula. Deontología y autorregulación en el ciberespacio. Madrid, 2003, 681 h. Trabajo de grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea en la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid: <http://eprints.ucm.es/7242/>

⁴⁶ BIBLIOWEB. Declaración de Independencia del Ciberespacio.

http://biblioweb.sindominio.net/telematica/manif_barlow.html. Citada el 16 de diciembre de 2009.

⁴⁷ LESSIG, Op. Cit., p. 473.

de un lugar, este tiene una regulación por descubrir. La propuesta es determinar un modelo que permita entender cómo se da esa regulación.

2. El Ciberespacio: un lugar regulado

“La extraña y fascinante forma de gobierno de internet proviene de sus orígenes, de procesos gubernamentales silenciosos que muchas veces se encuentran ocultos en la modestia de las prácticas cotidianas”

Ariel Vercelli

El objetivo de este capítulo, es exponer un modelo para la comprensión del proceso de regulación dentro del ciberespacio. La división del capítulo se da en tres partes, la primera, se origina desde la necesidad de asumir al ciberespacio como un lugar, para ello, se hace una aproximación desde el lenguaje que se ha construido alrededor, para determinar el papel de la metáfora lugar en ese mismo lenguaje. En la segunda parte, habiendo determinado al ciberespacio como un lugar, se considera que ese lugar tiene una regulación propia, por lo tanto lo que sigue es entender esa regulación a través de la determinación de actores y de la interacción tensión entre estos. En la parte final, el actor protocolo es el escogido para determinar cómo el ciberespacio es un lugar regulado.

2.1 En defensa del ciberespacio como lugar

La consideración del ciberespacio como un lugar, distinto de internet, es fundamental en el abordaje del papel de la ley, respecto al ciberespacio. Si se tiene en cuenta que no hay referencia a un “lugar” cuando hablamos de ciberespacio, el papel de la ley y el entendimiento de la regulación son completamente distintos. Bajo este postulado la pregunta a desarrollar es ¿Cuál debe ser la regulación para el ciberespacio? Entonces, la separación entre internet como una metáfora que entiende un fenómeno de comunicación y ciberespacio como una que asume un lugar o no lugar, es fundamental.

Independientemente de las interpretaciones respecto al uso del concepto ciberespacio, el lenguaje construido alrededor de la tecnología nos da una clara referencia a hechos físicos cotidianos. Tenemos una “dirección de correo electrónico”, “hablamos de sitios”, “portales”, “tenemos direcciones”, “visitamos un sitio”, “tenemos contadores de visitas”, “visitantes”, “entramos a una sala de chat”, “salimos de una sala de chat”, “nos vemos en el Messenger”, “descargo de”, “subo a”, “hago un mapa del sitio”, “buscar en” “bajo de”, “tenemos foros” “aulas”, “bibliotecas”, “Campus” etc. Si eso se ha hecho de manera deliberada, es decir, se ha utilizado (¿por quién?, ¿por qué motivo?) como una estrategia para aceptar esas “nuevas tecnologías” o bien ha sido un proceso (¿Cómo se ha dado ese proceso?) propio del ser humano para explicar una serie de realidades, que de otra manera, le sería imposible comprender, es un asunto que se aparta de la línea de este trabajo de investigación, lo que sí es incuestionable es que se ha “construido” un “puente” entre el lenguaje común y lo que podemos hacer con esas “nuevas tecnologías”.

Lo importante, más que debatir teóricamente sobre el uso del lenguaje (o el surgimiento de uno nuevo) es hacer notar cómo se ha construido ese puente. Sin lugar a dudas, ha sido a través del uso de metáforas. Desde luego se trata de metáforas que son enriquecidas continuamente (¿diariamente?) por la experiencia personal y común en el uso cotidiano de esas “nuevas tecnologías”.

Dentro de las posibles metáforas que se pueden rastrear, en la construcción del “puente” entre las “nuevas tecnologías” y el lenguaje común, se necesita la de “lugar” y el aspecto importante en el trayecto de esta argumentación es validar la importancia de esta metáfora.

Hunter⁴⁸ hace una extensa reflexión sobre las implicaciones de la metáfora del ciberespacio como lugar en el campo jurídico, lo que lo lleva a plantear el fin de los lugares comunes en el ciberespacio. Sus reflexiones ayudan a argumentar la importancia de la metáfora del ciberespacio como lugar, en la forma de abordar la regulación del mismo. El autor establece que frente a la metáfora hay dos posiciones fundamentales, la primera, considera que esta es una desviación lingüística del uso adecuado o normal del lenguaje y la otra es una postura actual que reconoce que esas metáforas no son superficiales o desviaciones lingüísticas sino un reflejo de un pensamiento que es metafórico.

La primera posición, dominante aún, tiene algunas variaciones en cuanto al valor que se le concede a la metáfora. Hunter⁴⁹ observa cómo en Grecia la metáfora era vista como una poderosa forma de argumentación y no simplemente como un truco de persuasión y cita a Aristóteles cuando afirma: *“la cosa más grande, con mucho, es ser maestro de la metáfora, es la única cosa que no se puede aprender de los demás y es también un signo de genio, ya que una buena metáfora implica una percepción intuitiva de la similitud en lo disímil”*⁵⁰. En los siglos XVII y XVIII, se inicia una carrera contra el lenguaje metafórico. La edad de la razón vio en los adornos retóricos una forma de enmascarar la perfección del lenguaje razonado, surge así lo que Jhonson Mark, citado por Hunter⁵¹, denomina el paradigma de la verdad literal, en el cual el sistema conceptual humano es fundamentalmente literal.

⁴⁸ HUNTER, Dan. Cyberspace as a place, and tragedy of the digital commons. VERSIÓN 2.1, Abril 7 de 2001.

⁴⁹ HUNTER, Op. Cit., p. 29.

⁵⁰ HUNTER, Dan. Cyberspace as a place, and tragedy of the digital commons. P. 25. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=306662

⁵¹ HUNTER, Op. Cit., p. 26.

Siguiendo la segunda postura, sobresale la figura de I. A Richards, citado por Hunter, quien formula que las metáforas no son simples recursos superficiales de los cuales podamos prescindir, es más, afirma que el pensamiento es metafórico y las metáforas del lenguaje se derivan de ese pensamiento. A partir de ese postulado, la metáfora renace como objeto de estudio.

Dentro de las múltiples posibilidades para abordar el tema, Hunter selecciona la teoría de la interacción de las metáforas, en la cual aclara que la metáfora cuenta con dos partes, un objetivo y una fuente; el objetivo, es el tema principal y la fuente, es el dominio del cual se extraen las características principales para atribuirles al objetivo. Para explicar, Hunter propone un ejemplo “los abogados son unos cerdos⁵²”, sería más común decir “los abogados son unas ratas”, el objetivo está constituido por los abogados y la fuente, por las ratas. De lo que se trata es de extraer unas características asociadas a las ratas, sin dibujar una relación de identidad entre los abogados y las ratas, se crea así una asociación de características, en este caso negativas de las ratas (roban comida, huyen, no son confiables, etc.) para atribuírselas a los abogados.

Para esta teoría hay dos puntos esenciales, lo que expresa la metáfora no se puede decir de ninguna otra manera y la combinación efectuada genera un nuevo y único significado. Citando a Max Negro⁵³, este proceso se conoce como “implicación compleja” en la cual se le da al objetivo una serie de características que afectan la interpretación propia del mismo.

Citando a teóricos modernos (George Lakoff, Mark Jhonson y Mark Tomas) Hunter plantea que los conceptos cotidianos están estructurados por una serie de metáforas cognitivas que son comunes a todos los seres humanos y no son tan simples como la anteriormente expuesta; estas metáforas organizan la forma del pensamiento, son de varios tipos, se derivan de experiencias físicas y además limitan a las lingüísticas.

⁵² HUNTER, Op. Cit., p. 35.

⁵³ HUNTER, Op. Cit., p. 33.

Hunter explica, de manera resumida, cómo analizando las metáforas lingüísticas, es posible hallar la metáfora cognitiva superior. Partiendo de esta postura y, teniendo en cuenta las referencias que siempre se hacen al usar internet, como portales, sitios, autopistas, ventanas, direcciones, etc., se puede deducir, entonces, que la metáfora cognitiva superior es la de lugar.

El concepto ciberespacio, relacionado a la metáfora de lugar, sin lugar a dudas, ha triunfado como herramienta para describir las múltiples interacciones que se producen cuando usamos el medio de comunicación internet, entendido este, como el aspecto físico o normas que lo rigen y aquel como el espacio que compromete las interacciones con otros actores, además de este aspecto técnico. Lessig incluye esa separación en cuanto que asume a internet como un medio de comunicación que facilita la vida pero que no la modifica, mientras que el ciberespacio la hace diferente, engendra procesos de interacción que antes no eran posibles. Lessig es aún más contundente cuando afirma *"El Ciberespacio es un lugar. La gente vive en él, y allí experimenta todo en el espacio real, algunos incluso más. Esta experiencia, además, no se da como individuos aislados, inmersos en un justificado juego de ordenadores, sino como parte de grupos, en comunidades, entre desconocidos y entre personas a las que llega a conocer y, a veces, a apreciar o a amar"*⁵⁴.

La diferencia puede ser planteada como la que existe entre el teléfono como instrumento y lo que sucede en el individuo y su espacio a partir de la conversación a través de él⁵⁵. Internet es un elemento más dentro de la construcción del concepto ciberespacio. Se parte de un postulado esencial, el ciberespacio es un lugar construido por el hombre y, como tal, puede ser modificado, tiene una regulación que le es propia, dada por su "origen", por las interacciones que se dan entre sus actores y que determina la manera como sus "habitantes" se comportan.

Para distinguir aún más los conceptos de internet y ciberespacio, es útil explicar la metodología de capas. Lessig (2009), Lawrence (2003) y Benkler (2000) han

⁵⁴ LESSIG, Op. Cit., p. 469.

⁵⁵ CTV.ES . Ciberespacio. <http://www.ctv.es/USERS/borobar/ciber.htm>. Citado el 16 de diciembre de 2009.

establecido como metodología para abordar internet la división por capas, en principio, la diferencia entre autores es por el número de capas (Lessig propone 5, Lawrence 6 y Benkler 3). Lawrence identifica las siguientes capas (de abajo hacia arriba): (i) Capa física, en la que se encuentra la conexión a la red, módem, router, cable, DSL etc., puede definirse también como la capa del hardware⁵⁶; (ii) Capa de enlace, en donde operan algunos protocolos; (iii) Capa de red, que es la que envía los datos y establece qué ruta deben tomar; (iv) Capa de transporte, en donde se encuentran los protocolos TCP; (v) Capa de aplicación, en la cual se ubican los programas de la web y (vi) Capa de contenido, allí se encuentran las imágenes y símbolos a ser comunicados. Internet llega hasta la capa de contenido, a partir de ella, se entra en el campo del ciberespacio.

Este lugar, posee una regulación especial, en la que tanto internet como la ley son unos actores más. El ciberespacio no es una red de ordenadores, es el resultado de la actividad social. Siguiendo las ideas de Michel de Certeau⁵⁷, debemos entender el ciberespacio como un *espacio social practicado*, es decir, un espacio que sólo existe porque es socialmente significativo, porque en él tiene *lugar* actividad social de algún tipo y esa actividad no se da en internet, se da en el ciberespacio.

Entender el concepto de ciberespacio como lugar, conlleva una dimensión distinta, no se trata solo de un lugar "*no es un simple 'lugar', es 'el lugar', donde una sociedad, un grupo, un individuo, realiza las actividades más variadas, pero donde también se estabiliza, se desarrolla, procrea, busca su felicidad y pasa sus últimas horas*"⁵⁸, es la zona en que el hombre moderno existe, se auto determina y puede gozar de sus derechos.

Este lugar está compuesto por unos "muros" o construcciones que le son propios, pero que por sí solos no constituyen ese "lugar", hace falta un "diseño" que lo haga

⁵⁶ VERCELLI, Op. Cit., p. 117.

⁵⁷ Citado por MAYANS I, Planells, Joan, 2003, "El ciberespacio, un nuevo espacio público para el desarrollo de la identidad local". Conferencia inaugural del III Encuentro de Telecentros y Redes de Telecentros, Peñafiel, Valladolid, octubre de 2003. Disponible en el ARCHIVO del Observatorio para la CiberSociedad en <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=158>

⁵⁸ NARVÁEZ, Hernández José Ramón. Arquitectura Jurídica. Certeza y Seguridad en el Derecho 2003.

habitable, es decir, que le dé la capacidad de reunión y de identificar cuáles son sus elementos físicos y no físicos y la interacción entre ellos. Esta interacción se debe entender dentro de una concepción sistémica, la cual parte de la idea de la realidad como algo único, en donde cada una de las partes está en conexión con las demás y algún cambio provocado en una ellas, produce un efecto en el conjunto. La interacción tiene una multiplicidad de niveles que son simultáneamente autónomos e interdependientes y de lo que se trata es de construir correlaciones entre ellos.

2.2 Regulación dentro del ciberespacio

Al igual que sucede en el plano físico, el ciberespacio es construido por una serie de elementos tangibles (ladrillos, cemento, piedras etc.) otros, como los habitantes, las costumbres y las leyes, también forman parte de ese espacio. La interacción/ tensión entre todos esos elementos y muchos más que permanecen ocultos, determina la forma como se comportan los habitantes de ese lugar. A este proceso que determina la conducta se le denomina regulación.

En el "mundo físico" existe una serie de elementos que determina nuestra conducta, la diferencia esencial es que esos elementos (físicos, humanos, no humanos) cambian mucho más rápido en el ciberespacio. Lo fundamental es considerar un método para describir ese proceso a partir de la determinación de sus actores.

La idea general de describir los elementos a tener en cuenta en la regulación de internet son propuestos por Lawrence Lessig, en su libro Código 2.0, sin embargo, existen algunas diferencias que es necesario aclarar: (i) Lessig trata de establecer una tendencia en internet hacia la regulabilidad, internet como una herramienta de control perfecta⁵⁹, aunque en la práctica este ha sido regulado desde sus orígenes, (ii) Lessig, en su descripción, utiliza el término "código" para referirse a los lenguajes de programación como reguladores de internet, que es uno de los objetivos de su libro, pero, en un esquema de regulación, los términos más apropiados son protocolo, software, empresa, programador, diseñador; (iii) Es necesario incluir cuatro elementos nuevos: usuarios, contexto, organismos internacionales y teóricos, como actores importantes dentro de un esquema de regulación del ciberespacio.

Dentro del proceso regulatorio del ciberespacio se habla de actores, aunque no se refiere de manera exclusiva al hombre, por el contrario, ese término⁶⁰ expresa que ese actor representa (sea humano o no) un papel dentro del ciberespacio, el cual

⁵⁹ LESSIG, Op. Cit.

⁶⁰ La Real Academia de la Lengua Española establece tres acepciones para la palabra actor: 1. Hombre que interpreta un papel en el teatro, el cine, la radio o la televisión. 2. Personaje de una acción o de una obra literaria. 3. En derecho: demandante o acusador.

obedece a un “libreto” que no es siempre transparente (incluso para el mismo actor)
"Entender la regulación del ciberespacio exige estar informado sobre el tipo de individuos que lo habitan"⁶¹.

En el gráfico N° 1 se expresan esos actores y, se define desde ya, una consideración que es fundamental: los actores interactúan de manera dinámica y esa interacción circula alrededor de todo el ciberespacio.

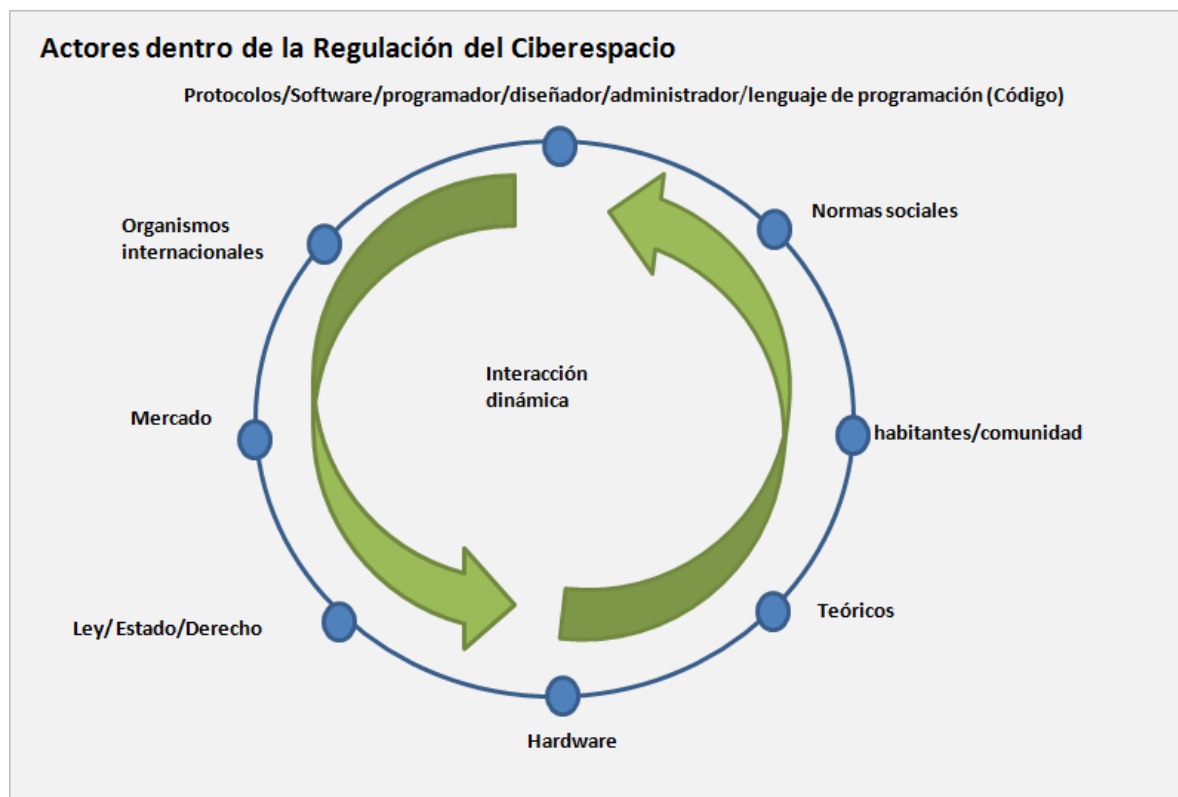


Gráfico 1. Actores dentro de la Regulación del Ciberespacio.

2.2.1 Hardware: Corresponde a un actor físico no humano que determina la conducta de los “habitantes” del ciberespacio. Este actor impone una serie de condiciones técnicas que determinan la “experiencia” de los habitantes en ese espacio. En esta categoría entran el ordenador, el celular, el módem, el cable de red que conecta al

⁶¹ LÓPEZ, Op. Cit.

ordenador, etc., este factor tiene un papel fundamental en relación con la velocidad de conexión, aspecto determinante dentro del ciberespacio.

La medida propia para determinar la “velocidad” de los “habitantes” en el ciberespacio es *mbps* (megabytes por segundo). Esta medida también establece importantes características a la conducta de los “habitantes”, por ejemplo, si consideramos que Korea posee una velocidad de *46 mbps* mientras en EUA es de *4.8 mbps*⁶², se estima, entonces, que le tomará 15 años alcanzar la velocidad que hoy tiene Korea⁶³. De la misma manera, en 1999 se estableció una guía del tiempo que debería tomar una carga óptima de una página (0,1 segundos), 1 segundo como el tiempo límite para que se despliegue la información y 10 segundos como el lapso inaceptable de espera en internet para cargar la información⁶⁴. Esa velocidad determina lo que el “habitante” puede hacer dentro del ciberespacio, qué contenidos puede observar (vídeo, animaciones en flash, java) o a qué sitios puede “entrar”.

2.2.2 Protocolos/Software/programador/diseñador/administrador/lenguaje de programación (Código)

Autores como Lessig y Vercelli han reconocido ya el papel regulatorio del código en el ciberespacio. Para Vercelli⁶⁵, el código ordena el tiempo-espacio de internet, guía la asociatividad, controla la actividad que se da en los extremos periféricos de internet, regula el espacio (ciberespacio) y las conductas, permitiendo o negando accesos, reglamenta las acciones con el medio, decide quiénes, cómo, cuándo y bajo qué condiciones se conectan a la red. Lessig⁶⁶ expone de manera amplia, cómo, lo que él denomina el código, constituye la forma de regulación esencial en internet. Este determina, en gran medida, cómo es y cómo será internet, “*La programación*

⁶² MICROCAOS. Velocidad de internet en el mundo. <http://www.microcaos.net/informatica/velocidad-de-internet-en-el-mundo/>. Citada el 31 de octubre de 2009.

⁶³ UNIVISIÓN. La velocidad de Internet ha aumentado.

http://www.google.com.co/archivesearch?q=historia+de+la+velocidad+de+internet&scoring=t&hl=es&um=1&sa=N&sugg=d&as_ldate=2009/09&as_hdate=2009/09&lnav=dt. Citada el 1 de septiembre de 2009.

⁶⁴ WIKIPEDIA. World Wide Web. http://es.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web. Citado 16 de diciembre de 2009.

⁶⁵ VERCELLI, Op. Cit., p. 74.

⁶⁶ LESSIG, Op. Cit.

determina quiénes pueden acceder y dónde y qué objetos digitales pueden interactuar con otros objetos digitales”⁶⁷.

Pero ¿qué es el código? En su sentido más preciso, el código en el ciberespacio es un texto escrito, en algún lenguaje de programación, que debe ser interpretado para poder ser ejecutado⁶⁸. En materia legal, los códigos son un conjunto de leyes, organizadas sistemáticamente, que regulan una materia en forma unitaria. El concepto código es ambiguo y dentro de la comprensión de un marco regulatorio puede ser problemático; primero, por la carga que desde el punto legal posee y segundo, porque en materia del ciberespacio, agrupa demasiados elementos que no permiten describir los procesos particulares de interacción/tensión y tiende a ocultar o generalizar actores.

En Vercelli, esa ambigüedad es notoria, aunque reconoce que el código no es una ley; cuando intenta diferenciar entre código y la ley divaga en estos términos “el código es tanto público como privado, es patrimonio de la condición sociotécnica común”⁶⁹. Para evitar esa dificultad conceptual se debe considerar cada actor que forma parte del concepto código:

- **Protocolo:** Se trata de un conjunto de reglas que definen la comunicación entre computadores. Sin embargo, todavía quedan preguntas por responder acerca de su naturaleza: ¿Cuál ha sido la historia detrás de esos protocolos?, ¿a qué lógicas responde?, ¿Cómo ha sido el proceso para asumirlos como normas dentro del ciberespacio?
- **Lenguaje de programación**⁷⁰: Es el lenguaje que permite establecer una comunicación con el actor hardware.

⁶⁷ LESSIG, Op. Cit., p. 152.

⁶⁸ DICCIONARIO INFORMÁTICO. Código. <http://www.alegsa.com.ar/Dic/codigo.php>. Citado el 16 de diciembre de 2009.

⁶⁹ VERCELLI, Op. Cit., p. 77.

⁷⁰ En términos más amplios, se puede hablar de un lenguaje informático que no establece instrucciones para ser ejecutadas por la máquina, sino que se encarga de dar formato a un texto como es el caso del HTML o PDF.

- **Programador o desarrollador de código:** Actor humano que ha sido identificado por Lessig así: “*los desarrolladores de código son legisladores*”⁷¹. Sin lugar a dudas, ellos determinan gran parte de la conducta de los “habitantes” del ciberespacio, mediante el uso de un lenguaje de programación construyen programas (software) que lo regulan. Frente a los actores humanos, las preguntas se multiplican, pero en este caso, al igual que con el diseñador multimedia, es importante conocer si son conscientes de su papel y, si están preparados profesionalmente, para poder reflexionar sobre su desempeño dentro del ciberespacio.

- **Diseñador (Multimedia):** Como creador de lugares particulares dentro del ciberespacio, sin lugar a dudas tiene un papel protagónico en el proceso regulatorio del ciberespacio.

- **Administrador:** Dentro del ciberespacio, ha aparecido el administrador del sitio, que, como ocurre en el fenómeno de las agrupaciones residenciales o conjuntos, es la persona que está pendiente de lo que sucede en el lugar, ¿quién entra?, ¿qué partes del sitio se encuentran “averiadas”?, ¿cuándo el sitio debe entrar en “mantenimiento”?, etc.

2.2.3 Habitante/comunidad: Aunque en desarrollo, el habitante/comunidad es un actor que ha venido tomando fuerza dentro del marco de regulación de internet, el proceso ha sido lento. Todavía se está en mora de analizar, a través de la etnografía digital⁷², cuáles son los comportamientos de los habitantes dentro de ese espacio, se trata de pensar en la “sociología regulatoria del ciberespacio”. Describir o evidenciar ese tipo de conductas y cómo se convierten en normas, es una tarea pendiente, las comunidades son todavía un campo de investigación en construcción que para el proceso regulatorio exige nuevas formas de abordaje. Vercelli (2006-83) asevera que las historias de las tecnologías muestran claramente que la contribución de los

⁷¹ LESSIG, Op. Cit., p. 142.

⁷² HINE, Cristine. Etnografía digital. Barcelona: Editorial UOC, 2004. P. 199 (Colección Nuevas Tecnologías y Sociedad). ISBN 84-9788-019-6.

usuarios finales (habitantes para nosotros) es crucial para la producción, adaptación, transformación y gobierno de la tecnología.

2.2.4 Estado/Derecho/Ley: Se toman en cuenta, en este caso, los textos que cumplen con los requisitos para ser considerados como leyes, en el sentido que *constituyen una manifestación de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional*⁷³. El problema para la ley es determinar, por primera vez, cómo han de aplicarse normas a sujetos que pueden estar ubicados en dos espacios al mismo tiempo y en donde las conductas que asuman en el ciberespacio influyen en el espacio que se encuentra fuera de éste. En esa medida, la participación del Estado, a través de la ley en función regulatoria, ha estado orientada a la protección de la propiedad intelectual, la preservación de la privacidad, desalentando la explotación de las mujeres y de niños en pornografía y alentando la libre expresión. Para el Estado, el ciberespacio implica, desde luego, un problema de “soberanía” entendida como la capacidad que tiene para, en un determinado espacio, regular la conducta de los habitantes del mismo. En general, las leyes en materia de ciberespacio (al menos los modelos o paradigmas de regulación) han estado guiadas por Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea, y no siempre estas leyes son coherentes para el Estado en el cual el usuario permanece. No se debe perder de vista que en el ciberespacio, el usuario está en dos espacios al mismo tiempo.

El papel del Estado como protector de sus ciudadanos lo lleva a plantear el problema de cómo protegerlos contra la aplicación de leyes que no corresponden a su espacio, fuera del ciberespacio. Con respecto al actor derecho, basta considerar que *Los tribunales tendrán que reconocer que los mundos virtuales constituyen jurisdicciones separadas de nuestro mundo, con sus propios derechos, normas y leyes distintivas...*⁷⁴ y *"que es un espacio donde se desarrollan relaciones humanas de la más variada índole y donde surgen, por necesidad, aún cuando el poder público quisiese inhibirse, relaciones jurídicas"*⁷⁵.

⁷³ Artículo 4º del Código Civil Colombiano.

⁷⁴ LESSIG, Op. Cit., p. 142.

⁷⁵ LÓPEZ, Op. Cit.

2.2.5 Empresa/Mercado: Este actor está determinado por una característica esencial, la vida en el ciberespacio consiste en pasar de un espacio a otro, lo que debe buscar el actor empresa, es que los usuarios permanezcan el mayor tiempo posible en su espacio y de esa manera su sitio aumente de valor por el número de usuarios/visitas que posea. Demostrando ese número de visitantes puede lograr vender publicidad, entre mayor número de usuarios/visitantes, mayor será el valor de dicha publicidad.

El papel de las empresas, tanto aquellas que participan proveyendo contenidos (Facebook, Google, etc.) como las que ofrecen el servicio de internet, debe ser tomado muy en serio dentro del ciberespacio, en especial, cuando gran parte de la función reguladora se encuentra en sus manos. Normalmente, cuando “entramos” a un “sitio”, encontramos unas declaraciones o documentos que “regulan” nuestra conducta dentro de ese sitio. En Facebook⁷⁶ encontramos, además, una declaración de principios, una Declaración de Derechos y Responsabilidades y unas Condiciones de Pago. Para el tema de la regulación surgen unas pregunta esenciales ¿Cuál es la naturaleza de esas declaraciones? ¿Cuál es el efecto vinculante de esas declaraciones? ¿son exigibles, ante quién?, para el resto de actores ¿las regulaciones que imponen estos actores es **transparente**, en especial para los “habitantes”?, ¿a qué principios o valores responden esas regulaciones?

2.2.6 Normas sociales: Existen, dentro del ciberespacio, una serie de normas, no necesariamente escritas, que determinan la conducta de los usuarios en comunidades particulares. Dentro de esas comunidades, las normas determinan la perdurabilidad del usuario, su incumplimiento, la exclusión o bloqueo por parte del administrador del espacio o incluso por parte de los mismos usuarios. Las comunidades hoy, disponen de mayor poder sobre los usuarios en el ciberespacio del que tienen fuera de este. Ese contexto se puede dividir en dos aspectos: (i) uno

⁷⁶ FACEBOOK. Política de privacidad.

http://www.facebook.com/fbsitegovernance?v=wall#/note.php?note_id=%20322317115300. Citado el 16 de diciembre de 2009.

propio, dado por las interacciones con los demás actores y (ii) un contexto externo, determinado por el entendimiento de que el usuario en el ciberespacio convive en dos realidades y su realidad externa influye en su contexto en el ciberespacio. Lessig lo describe en los siguientes términos: *“siempre que alguien está en el ciberespacio, también está aquí en el espacio real, siempre que alguien está sujeto a las normas de una comunidad en el ciberespacio, también está vinculado al seno de una comunidad del espacio real”*.

2.2.7 Organismos internacionales: Los aspectos técnicos han sido definidos por la ICANN, por sus siglas en inglés (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) que es la *“responsable de asignar espacio de direcciones numéricas de protocolo IP”*⁷⁷ y asignar los DNS o sistemas de nombres en internet. La naturaleza de la ICANN refleja lo complejo del proceso de regulación, se define como una: *“asociación privada-pública” “sin fines de lucro, de carácter internacional”*⁷⁸ y la cual *“está abierta a todos aquellos que estén interesados en la política mundial de Internet”* en aspectos técnicos. Así como el actor software/empresa/programador/diseñador tiene un papel legislador, esta organización asume su parte en este sentido, pues determina quién puede ingresar al ciberespacio y cuál va a ser su ubicación dentro de él. Si su naturaleza es compleja, no lo es menos la forma propuesta para desarrollar sus normativas *“por medio de procesos “de abajo hacia arriba” basados en el consenso”*⁷⁹. Frente a este organismo surgen, como en todos los actores, muchas preguntas por resolver, ¿Cuáles son los procesos de “abajo hacia arriba basados en el consenso?”, ¿Cuáles son los mecanismos reales de participación de la ICANN?, ¿Cuál es la injerencia del actor mercado en la formulación de la normativa de la ICANN?, entre otras.

Existen otras organizaciones que asumen otros aspectos, ya no de internet, sino propiamente del ciberespacio. Sin que el nivel de investigación permita establecer cuáles son las que tienen injerencia directa o indirecta dentro del proceso de

⁷⁷ ICANN. About . <http://www.icann.org/tr/spanish.html>. Citada el 11 de noviembre de 2009.

⁷⁸ *Ibíd.*, Cit.

⁷⁹ *Ibíd.*, Cit.

regulación, se pueden citar: (i) Relacionadas con el actor mercado: La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁸⁰ (OMPI-WIPO) que es una institución intergubernamental cuya sede se encuentra en la ciudad de Ginebra Suiza, sus funciones, en relación con el ciberespacio, consisten en formular recomendaciones relativas a cuestiones de propiedad intelectual, solución a controversias en materia de comercio electrónico y un manual sobre los temas de comercio electrónico y propiedad intelectual; la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI- UNCITRAL)⁸¹ que expone un modelo de ley sobre comercio electrónico; la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) que en relación con el ciberespacio, busca adoptar y coordinar los mercados regulatorios de los distintos países e investigar respecto al impacto económico y social del comercio electrónico, en el trabajo, la educación y la salud;⁸² la Cámara de Comercio Internacional, que es la organización empresarial mundial que representa intereses empresariales⁸³ y que, en relación con el ciberespacio, busca generar procesos de regulación y autorregulación para no obstaculizar el desarrollo de internet en una escala global. (ii) Relacionadas con el actor software/empresa/programador/diseñador: la Internet Society (ISOC, por sus siglas en inglés) es una organización sin ánimo de lucro que busca liderar “estándares” de internet relacionados con la educación y la política⁸⁴, dentro de ella se encuentran la IEFT, por sus siglas en inglés (Internet Engineering Task Force), cuyo objetivo es la producción de documentos técnicos que influyan en la manera como la gente diseña, usa y gestiona internet⁸⁵. (iii) Relacionadas con los usuarios: Existen organizaciones de usuarios en Colombia⁸⁶. Dentro de este actor, cabe preguntar si ¿es posible establecer unas tendencias o principios comunes dentro de estas organizaciones?,

⁸⁰ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. www.wipo.org. Citada el 11 de noviembre de 2009.

⁸¹ CNUDMI. www.uncitral.org. Citada el 11 de noviembre de 2009.

⁸² OECD. http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html. Citada el 11 de noviembre de 2009.

⁸³ CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL.

http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=54. Citada el 11 de noviembre de 2009.

⁸⁴ INTERNET SOCIETY.

<http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.isoc.org/&ei=Isb6SqeAFNGKnQfonN3zDA&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=1&ved=0CA0Q7gEwAA&prev=/search%3Fq%3Dinternet%2Bsociety%26hl%3Des>. Citada el 11 de noviembre de 2009.

⁸⁵

IEFT. <http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.ietf.org/&ei=qM36SuyYGYyvngrfK8uCBDQ&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=1&ved=0CAwQ7gEwAA&prev=/search%3Fq%3DInternet%2BEngineering%2BTask%2BFor%26hl%3Des%26sa%3DG>. Citada el 16 de diciembre de 2009.

⁸⁶ ACUI. <http://www.acui.org.co>. Citada el 11 de noviembre de 2009.

¿cuál es el papel real de esas organizaciones, según su origen y creación?, realmente, ¿cuáles son las organizaciones internacionales con una incidencia directa en internet y en el Ciberespacio?, ¿cuál es el efecto real y práctico que tienen en internet y en el ciberespacio las normas que expiden esas organizaciones?

2.2.8 Teóricos: Al igual que los demás actores, el papel real de este actor, e incluso su delimitación, está pendiente. Desde luego las miradas son múltiples, en el campo específico de la regulación, se puede citar a Lessig Lawrens (quien en gran parte inspira este trabajo), Richard Stelman y Boyle James. Las preguntas pendientes con este actor son básicas, ¿es posible determinar unas tendencias en las distintas posiciones teóricas?, ¿cuál es el fundamento de esas posiciones, una concepción determinista respecto a internet, en el sentido que por sí solo puede generar consecuencias en la sociedad?, ¿cuál es la influencia de esas posiciones teóricas en América Latina y en Colombia?

El marco regulatorio de internet y del ciberespacio está todavía por descubrir, sin embargo, se puede partir de que se trata de un esquema de interacciones dinámicas entre los distintos actores, y ese es el aspecto más relevante de la comprensión misma de la regulación. La investigación en el campo de la regulación ha de apuntar a entender que se trata del resultado de una interacción, que el papel del actor no puede ser estudiado de manera individual, esa es una primera etapa, pero no constituye el objetivo fundamental. Para establecer una estrategia de regulación (Vercelli 2000-78) en el ciberespacio, se debe tener en cuenta la complejidad del campo de las regulaciones y la diversidad de las que están en juego⁸⁷.

La regulación del ciberespacio es una serie de articulaciones que se da entre actores heterogéneos (humanos y no humanos). En esa comprensión de la interacción se deben determinar las técnicas regulatorias, sus objetivos y consecuencias. Las interacciones/tensiones que se pueden evidenciar dentro del modelo propuesto son múltiples y exigen un abordaje multidisciplinar.

⁸⁷ VERCELLI, Op. Cit., p. 79. Llega a proponer incluso que se trata de un nuevo arte regulatorio.

Estos postulados iniciales, exploratorios si se quiere, respecto a los actores y las interacciones/tensiones que se pueden presentar dentro un proceso regulatorio del ciberespacio, se han hecho con el objetivo de establecer que ni la ley ni el código tienen el papel protagónico y que dicho proceso se debe entender en términos de interacción/tensión.

2.3 Algunos principios en el ciberespacio

Se ha establecido que la regulación del ciberespacio (definido ya como lugar), está en proceso de construcción y se fundamenta en condiciones de interacción y tensión. Sin embargo, dentro de esa regulación hay un actor que podemos determinar como originario, sobre el cual se estructuró internet, se trata, sin lugar a dudas, de los protocolos. El actor protocolo posee unas características especiales, es originario, permanece inalterable por largos períodos y no depende de delegaciones de funciones en actores humanos lo que le da también mayor estabilidad.

En palabras de Vercelli (2004) la codificación que produce cualquier regulador (actor en nuestros términos) es un proceso de acumulación, sedimentación y traducción sociotécnica de largo plazo, entonces, es posible que a través de los protocolos sea posible determinar una serie de principios dentro del ciberespacio. El término principio⁸⁸ es importante porque, dentro de un proceso de regulación, los principios no pretenden establecer una forma determinada de hacer las cosas, simplemente, cuando se afirma que existe uno, se establece que deberá ser tomado en cuenta y, de la misma manera, implica que existen otros y que incluso es imposible enumerarlos todos.

El protocolo⁸⁹ es un conjunto de reglas usadas por las computadoras para comunicarse unas con otras a través de una red; esas reglas definen una serie de estándares o convenciones para que las computadoras puedan hablar entre sí. La misma metodología de capas, utilizada para distinguir entre los conceptos de ciberespacio e internet, sirve, en este momento, para identificar la importancia y permanencia del protocolo dentro del ciberespacio.

⁸⁸ Para más precisión, se puede consultar: BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA, Ayaso Jairo Iván. Filosofía del Derecho. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.

⁸⁹ El término protocolo, procede del latín "protocollum", que a su vez, procede del griego (en griego deviene de protos, primero y kollom, pegar, y refiere a la primera hoja pegada con engrudo). En su significado original, venía a decir que "protocollum" era la primera hoja de un escrito. La primera hoja en la que se marcan unas determinadas instrucciones.

En cada una de las capas se hallan las reglas que definen estándares y convenciones para que la comunicación entre computadoras se pueda llevar a cabo. En la capa física, están las normas que determinan cómo se debe hacer el cable que conecta el *router* inalámbrico con el módem de la compañía proveedora de internet (Cable Coaxial o UPT), existe también un protocolo determinado para establecer la forma como se hace y se conecta el cable de fibra óptica, entre otros. En la capa de enlace de datos, se encuentra el protocolo Ethernet, que define las características del cableado de la red, (dentro de ese protocolo se pueden hallar los subprotocolos Fast Ethernet y Gigabyte Ethernet), el Protocolo FDDI que establece los estándares para la transmisión de datos cuando se utiliza cable de fibra óptica y ya en desuso los protocolos Token Ring, Atm (Modelo de Transferencia Asíncrona).

En la capa de red encontramos el Protocolo IP (por sus siglas en inglés Internet Protocol) que se encarga solo de garantizar que los paquetes de información sean entregados a la dirección correcta, el Protocolo ARP (por sus siglas en inglés Address Resolution Protocol) que es el encargado de encontrar la dirección del hardware al cual entregar el paquete de datos. En la capa de nivel de transporte se ubica el protocolo TCP el cual controla la transmisión de datos, es el encargado de asegurar que estos lleguen a su destino sin errores y en el mismo orden en que fueron emitidos. En la capa de aplicación se encuentra el Protocolo HTTP (por sus siglas en inglés Hypertext Transfers Protocol) y el Protocolo FTP (por sus siglas en inglés Files Transfer Protocol) que determina la transmisión de datos entre sistemas conectados a una red.

Toda la reflexión anterior está orientada a establecer algunos principios originarios dentro del ciberespacio y que son a su vez históricos y actuales. Se puede considerar (Vercelli 2004-97) que muchas de esas características (principios), están vinculadas a la cultura norteamericana y la publicidad que rodearon a internet durante los años 80 y 90s, sin embargo, siguiendo a Castells (2001-31) internet “nació con las marcas de una historia”, esas marcas pueden determinar cuál es el papel de la ley dentro del ciberespacio.

2.3.1 Principio de la transparencia

La transparencia es el principio en el cual el Protocolo TCP/IP (por sus siglas en inglés) fue desarrollado para que transportara los datos, sin necesidad de revelar información sobre las personas conectadas o sobre los datos intercambiados. El protocolo surge en 1973 con la función de fragmentar, reagrupar y detectar errores de los datos enviados. El protocolo fue creado bajo el principio de que en ningún caso revelará información sobre las partes conectadas a la red, ni sobre los datos intercambiados.

La función a realizar por cada protocolo es clara y conocida por los demás actores. En sus orígenes, las capas de enlace, de red, de transporte y de aplicaciones eran transparentes: cada una de ellas cumple su función sin que le interese revelar información sobre las personas conectadas a la red, ni sobre los datos intercambiados⁹⁰. De la misma manera, los protocolos que estructuran cada operación dentro de cada capa son públicos y cualquiera que tenga el conocimiento y que se ajuste a lo establecido en los protocolos, puede modificarlo o aplicarlo. Las regulaciones establecidas en cada capa son conocidas y se fundamentan en la utilización de reglas simples para la solución de problemas complejos.

2.3.2 Principio de la descentralización

En sus orígenes, y como se ve por la metodología de las capas, internet no tuvo un punto central. Cada capa cumple con unas funciones específicas y determinadas y cada una de ellas controla un aspecto fundamental dentro del funcionamiento de internet. Otro punto esencial es que siempre se pensó que no debía existir una inteligencia central, sino que las capas se dedicarían al intercambio de información sin conservar la información para sí. Este principio (Vercelli 2004) tiene su explicación en el origen militar de internet, estratégicamente, no es conveniente, que si se ataca a

⁹⁰ VERCELLI, Op. Cit.

una capa, se destruyan todas las demás. Por esa razón, se pensó en que cada paquete dentro de la red pudiera seleccionar una ruta para transportarse en las distintas capas y que estas no se quedasen con ninguno. La organización de extremo a extremo, es decir, que una parte recibe la información que otra envía, evita que exista en el centro alguna instancia que controle el proceso, de la misma manera, cada parte puede asumir el papel de receptor o de emisor en cualquier momento, lo que impide cualquier proceso de centralización.

Lo que se hace en internet es tener en el centro un conjunto de protocolos o normas muy sencillas y, en los extremos, aplicaciones que hacen uso de esos protocolos de forma más complicada y avanzada. Esa función se hace a los extremos y la realiza la capa de aplicaciones.

2.3.3 Principio de la incertidumbre

Lessig⁹¹ afirma que la definición de los otros dos principios se debió a una idea de incertidumbre, los “arquitectos” originales de internet no conocían o no vislumbraban los alcances posteriores de internet y, bajo ese presupuesto, estuvieron obligados a construir un sistema que permitiera una amplia gama de desarrollos. Este principio, en palabras de Vercelli⁹² es lo que permite considerarlo como un organismo biológico (se cree que esa es una característica del ciberespacio), que posee una característica de desarrollo auto-evolutivo. Lo que se expone es que desde sus orígenes, internet y lo que surgió con él, fue impredecible e incluso inimaginable, sin embargo, se estructuró bajo ese postulado.

En resumen, ya se entiende al ciberespacio como un lugar cuyo proceso de regulación depende de la interacción de varios actores, entre los cuales están la ley e internet. Dentro de los múltiples actores, el Protocolo es el originario y más estable del proceso regulatorio con el cual se puede plantear teóricamente, la existencia de unos “principios” inherentes al ciberespacio.

⁹¹ LESSIG, Op. Cit., p. 39.

⁹² VERCELLI, Op. Cit., p. 178.

3. Repensando el papel de la ley en el ciberespacio

Necesitamos más dudas acerca de la ley en el ciberespacio. Menos "respuestas" y más preguntas, menos vallas en contra y más carreteras"⁹³.

David G Post

Se ha recorrido un largo camino, para llegar a este capítulo. Fue necesario hacer una defensa del concepto de ciberespacio como lugar y separarlo del concepto de internet. Una vez entendido el ciberespacio como lugar, se determinó que ese lugar tiene una regulación propia, se identificaron unos actores para concluir que la ley e internet son unos actores más dentro de un proceso regulatorio del ciberespacio, enmarcado por la interacción y la tensión. Punto seguido, se tomó, dentro de esos actores, al protocolo como actor originario del ciberespacio para determinar, teóricamente, unos principios dentro del lugar ciberespacio.

En este capítulo, con todo el camino recorrido, se exponen reflexiones respecto al papel de la ley en el ciberespacio, y es además, en el cual se hizo más uso de conocimientos jurídicos básicos. Para mayor claridad, este capítulo se divide en dos partes: una primera, en donde se concretan algunas reflexiones en torno a lo expuesto en los capítulos iniciales, en cuanto al proceso de regulación del ciberespacio y, una segunda, en donde se expone la propuesta de una ley como memoria del ciberespacio.

⁹³ LAWSCHOLL. Napster, Jefferson's Moose, and the Law of the Cyberspace.
<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Napster.html>. Citado el 11 de diciembre de 2009.

3.1 Lo oculto tras las tendencias

La utilización del desarrollo teórico del Derecho del Ciberespacio fue útil para "deconstruir" el proceso de regulación dentro del ciberespacio, sin embargo, es el momento de revisar lo que se oculta tras ese proceso de regulación. Sin lugar a dudas, tal como lo demuestran las evidencias aportadas en los capítulos anteriores, la influencia del sistema jurídico norteamericano (*common law*) es notoria dentro del ciberespacio y, precisamente, en esa influencia es donde la ley pierde su sentido y papel.

Dentro del *common law*, y por ende dentro de la construcción teórica del Derecho del Ciberespacio (*Ciberlaw*) no se distingue entre ley y el derecho, en general, se denomina *law* a todo, perdiendo en ese pasaje la idea de dirección, de sentido común que el derecho extrajo del *directum* (derivado de dirigir: trazar el camino, dirigir). Se confunde lo que se plantea (*lex*) y el ius que son las reglas de funcionamiento de dicho orden⁹⁴.

Al abandonar la distinción entre ley y derecho, se ha buscado, dentro del ciberespacio, plantear una simbiosis entre la ley y el contrato, lo que podría denominarse una "contractualización" de la ley. En sentido general, por lo menos en el derecho francés, la ley corresponde a los textos y palabras que se nos imponen, independientemente de nuestra voluntad y el contrato procede de un libre acuerdo con el otro. Entonces, lo que se busca es que el contrato sustituya en todo a los órdenes imperativos unilaterales de la ley, el contrato, es en el ciberespacio, la forma más evolucionada de compromiso social.

La ley pasa a ser así, dentro del ciberespacio, fruto de una "negociación colectiva". Toda ley que no proviene de un acuerdo se vuelve sospechosa, la ley así expuesta pierde su dignidad y valor. De lo que se trata es de fijar unos objetivos y, a partir de estos, se les da a los actores la iniciativa sobre el contenido de la ley (siempre conforme a esos objetivos) o se les permite a los actores

⁹⁴ SUIOT, Alain en *Homo Juridicus*. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Editorial Siglo Veintiuno Editores. P. 104.

negociar cómo la ley permitirá alcanzar esos mismos objetivos. Aquellas leyes que no son fruto de este tipo de "negociación colectiva" se les acusa de impotencia para ser "efectivas" dentro del ciberespacio y a su vez, se critica la inflación de leyes, pero se apoyan cada vez más los procesos de negociación entre los actores.

Para dar un sustento a ese proceso de "contractualización" dentro del ciberespacio, se habla de **regulación y no de reglamentación**. La reglamentación "supone" una imposición, una coerción a la "libertad", mientras que la regulación entiende que hay una serie de actores que participan libremente y que conllevan relaciones e interacciones y lo que debe hacer la ley es permitir que esas relaciones e interacciones se lleven a cabo, previniendo comportamientos oportunistas o desviados de los "objetivos" propuestos, es decir, debe permitir que los actores contraten. Para ello se requiere una ley técnica, vaciada de cualquier valor o principio y que, desde luego, haya pasado por el proceso de "negociación colectiva". Esa ley es hecha por actores denominados organismos internacionales, frente a los cuales ya se han planteado muchas dudas.

Para que ese proceso de regulación y de contractualización sea posible, el ciberespacio ha sido expuesto a los principios del análisis económico de la ley (*Law and Economics*) que se fundamentan en tres axiomas: *a.* el principio de maximización de las utilidades, *b.* la autorregulación y *c.* la estabilidad de las creencias humanas. Como se ha visto en los capítulos anteriores los axiomas *b* y *c* han entrado en procesos de crisis dentro del ciberespacio (ya no se reconoce que la autorregulación sea posible). Por el contrario, el axioma de maximización de las utilidades ha tomado un papel predominante en el proceso de regulación.

Como se expresó, el papel de la ley se limita a garantizar la realización del contrato entre los actores, a partir de allí se ha construido un discurso de los derechos individuales, derecho al acceso a la información, derecho a la libertad personal etc., la discusión esencial dentro de los actores se da por maximizar sus utilidades (no solo económicas) dentro del ciberespacio. Lo común se disuelve en

pequeñas discusiones respecto al contrato, entre tanto, los actores no cuestionan los objetivos por estar en esas discusiones ("negociación colectiva"), esos objetivos se consolidan.

En este tipo de regulación, no es necesario conocer las leyes técnicas para que sean eficaces, es decir, la publicidad de las mismas no es un requisito para su legitimidad. La legitimidad se la otorga el que son "producidas" por operadores (organismos internacionales) técnicos, y que corresponden a los objetivos establecidos. Sin embargo, el regulador real, quien establece los objetivos, no está presente. Los actores del ciberespacio se conforman con su "feudo" de libertad, con su posibilidad de invención y participación.

El proceso de regulación del ciberespacio es entonces, un sistema cerrado, apto para la autoproducción y para la autoconservación. La ley es simplemente un mero instrumento que diseña posibilidades que el contrato actualiza. La discusión por la ley solo se limita a regular los contratos que efectúan los actores, es sin lugar a dudas una ley procedimental. Bajo esa perspectiva toda ley es revisable, su cumplimiento depende de cálculos individuales de utilidad.

La regulación, llevada al extremo, ha originado una nueva tendencia dentro del ciberespacio, la "gobernación" o "gobernanza. Los actores del ciberespacio son convertidos en instrumentos de realización de programas de estandarización a los que se suponen que han adherido libremente y ponen en práctica las leyes técnicas elaboradas por los organismos internacionales. Estandarización de lo que se debe hacer en el ciberespacio (PLANTIC en Colombia⁹⁵), de cómo debe ser la educación en el ciberespacio (normas ISO sobre e-learning⁹⁶), de las condiciones de seguridad dentro del ciberespacio (normas de seguridad o sitios de confianza) etc.

⁹⁵ <http://www.colombiaplantic.org.co/>. Consultada el 26 de marzo de 2010.

⁹⁶ Grupo ISO/IEC JTC1/SC36.

3.2 Ley como memoria del ciberespacio

Para iniciar este capítulo, cabe la pregunta ¿cuál es la memoria colectiva del ciberespacio?, no solamente la memoria histórica de las invenciones técnicas, la fecha en que se desarrolló determinado lenguaje, en que se inventó el módem o el router, o la conocida referencia histórica de internet. La cuestión es ¿cuál es la tradición en nuestro ciberespacio?

La tradición es entendida como la búsqueda de la memoria colectiva de un espacio, eso se fundamenta en que, siguiendo a Halbwachs⁹⁷, uno jamás recuerda solo, nuestros recuerdos, incluso los más personales y los más íntimos sólo aciertan a expresarse en términos de relación con la tradición, sólo adquieren sentido cuando se comparten en una "comunidad" la cual a su vez los reelabora.

En el ciberespacio, los recuerdos individuales y colectivos, constituyen la tradición que da la identidad como "habitantes" del ciberespacio y una serie de "valores" que se "transmiten" de nativos del ciberespacio a inmigrantes del mismo. Esto hace referencia a aquellos que han nacido ya como "habitantes" del ciberespacio, en sentido general las nuevas generaciones, y los que han llegado a "habitar" ese espacio de manera más reciente.

Esta tradición es la que permite, tomando a Krygier⁹⁸, forjar instrumentos de pensamiento, constituye un arsenal de soluciones, de nociones y métodos, es la materia prima que permite hacer la crítica (Web 2.0 a Web 3.0), es la que permite interpretar los acontecimientos que afectan al ciberespacio, pensar en un pasado, en un presente y en un futuro de ese ciberespacio. Una tradición que no se compone de datos exógenos (pasado), sino una tradición que siempre está a la espera de ser interpretada.

⁹⁷ HALBWACHS, M. Les Cadres sociaux de la mémoire, Paris , Cerf, 1993, pp.183 ss., citado en la página 46 por: OST, François. El Tiempo del Derecho. México: Editorial Siglo XXI, 2005. 335 p.

⁹⁸ KRYGIER M. "Law as tradition" Law and Philosophy", 5 (1986) pp. 240-251 citado en la página 53 por: OST, François. El Tiempo del Derecho. México: Editorial Siglo XXI, 2005. 335 p.

Por más revolucionaria e innovadora que sea toda la ley, presupone un conjunto de contextos interpretativos que la preceden y le sobreviven, es lo que podemos denominar con Ost⁹⁹ el lenguaje común del ciberespacio. La ley en el ciberespacio, debe tener clara la noción exacta de las restricciones que su papel tiene, a la luz de los conceptos, principios y procedimientos anteriores, propios de la tradición del ciberespacio.

La ley en el ciberespacio ha de mantener un doble papel: en primer lugar, recordar que existe, lo dado ya, lo " instituido", los principios, los orígenes que importan y que han importado y que todavía cuentan y que son capaces de otorgarle un sentido, una dirección y un significado al "habitar" en el ciberespacio. En segundo, y no menos importante, es reafirmar que esa "tradición" se reanuda constantemente, se modifica sin cesar, se alimenta con cada nueva memoria, con cada nueva invención técnica. Le corresponde a la ley definir los puntos de referencia y los objetivos, fortalecer las identidades y promover solidaridades.

El ciberespacio, dentro de esta reflexión, no es tecnología, es y será, sin lugar a dudas, sociedad, es y existe como lugar en tanto que lo habitamos. En esa medida, la ley no puede esperar definir que es "lo correcto o lo adecuado" dentro del ciberespacio, esa es una tarea que les corresponde a todos los actores. La lógica misma del proceso regulatorio y del ciberespacio está fundamentada en la experiencia de uso, una experiencia no "reglada".

En la historia de la ley, hay aspectos que le permiten asumir la función como memoria del ciberespacio.

a) Recepción

El termino recepción, en idiomas como el alemán y el italiano es netamente de carácter jurídico y se refiere a acoger en un sistema jurídico una ley extranjera.

⁹⁹ OST, Francois. El Tiempo del Derecho. Editorial Siglo XXI 2005.

Ese proceso de recepción sustenta la posibilidad de hablar de una cultura, de aceptar libre y voluntariamente una ley distinta a la propia. En el derecho, la "teoría de la recepción" es bien vista y de práctica continua. La premisa básica de esa recepción consiste en la utilidad, "si ha funcionado en aquel lugar no tendría por qué no funcionar aquí".

Dentro de la historia de la ley (y del derecho) la teoría de la recepción ha tenido dos funciones primordiales: a) es un modo de verificar la continuidad de instituciones o concepciones jurídicas útiles y b) ha dado a la historia de la ley un sentido de unidad que permite, a pesar de las diferencias culturales y de concepción misma del derecho, establecer aspectos comunes e identificadores.

La posibilidad de la "teoría de la recepción", en el ciberespacio, permitiría que se investigasen casos "exitosos" o "las buenas experiencias" y que ellas fueran puestas en práctica, más allá de la discusión de "nacionalismos". Se trata de construir las instituciones que han de preservarse en el ciberespacio y las cuales ha de defender la ley.

b) Trascendencia

Más allá de la crisis actual de la ley, su historia siempre ha estado marcada por la firme intención de que la ley sea perdurable. Se trata de un fuerte deseo de aportar una construcción útil y llena de conceptos necesarios para la sociedad. Cuando en la historia de la ley se habla de *Code* se refiere a la reunión de las leyes esenciales de una materia, las leyes que tienen la intención de ser perdurables.

Los principios enumerados como "originarios" dentro de esta investigación (descentralización, transparencia e incertidumbre) deben tener las características de trascendencia y recepción que se constituyen en elementos esenciales dentro del lugar ciberespacio. La ley ha de tener como función, recordar y proteger esos

principios, exponerlos como memoria-presente dentro y para todos los "habitantes".

c) Función antropológica de la ley en el ciberespacio

La ley, históricamente ha limitado el sometimiento del ser humano a sus nuevas herramientas, le ha permitido hacer humanamente vivible el maquinismo industrial y utilizar las técnicas sin ser destruido por ellas. La ley es, sin lugar a dudas, un objeto técnico creado por el hombre, que lo moldea y utiliza con un resultado previsto, por ahora en el ciberespacio, esa utilización ha sido desvirtuada.

La ley debe determinar cuál es la concepción del actor humano dentro del ciberespacio y sobre todo construir la representación común compatible del ciberespacio con la vida fuera de él. En palabras H. Arendt: *"La ley rodea a cada recién llegado de barreras y al mismo tiempo garantiza su libertad de movimientos, la posibilidad de que ocurra algo enteramente nuevo e impredecible... garantizan la preexistencia de un mundo común, la realidad de una determinada continuidad, que trasciende la duración de la vida individual de cada generación, absorbe todos los nuevos comienzos y se alimenta de ellos"*¹⁰⁰.

El papel de la ley no es imponer un futuro, sino inspirar y brindar la posibilidad de una vigorosa cooperación entre los habitantes, para la construcción de ese futuro; una ley que defiende los principios del ciberespacio, siempre y cuando esos principios sean compartidos por los habitantes y respondan a la construcción del futuro de ese ciberespacio.

¹⁰⁰ AREND H, Le système totalitaire. Op. Cit., p. 211. Citado por SUIOT, Alain en Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Editorial Siglo Veintiuno Editores. P. 104.

CONCLUSIONES

Los hechos y tendencias en materia de regulación del internet deben generar preocupación en todos los campos de investigación, se tiene la obligación de hacer transparente una serie de discursos ocultos que están determinando cómo es internet actualmente.

Los hechos registrados hacen evidente que lo que será internet en el futuro se está construyendo paso a paso y de manera coordinada, corresponde entonces pensar, de manera urgente, ¿quién o quiénes están tomando esas decisiones?, ¿cuáles son los objetivos de esa construcción? y sobre todo ¿cuál es el papel real de cada actor, en especial, de los usuarios en esa construcción?

La ley, como un actor más dentro del proceso de regulación de internet tiene, en el momento actual, una importancia decisiva, ¿Contribuye a que la construcción del futuro de internet sea un proceso transparente? o por el contrario se convierte en uno más de los discursos ocultos.

En un corto plazo, poner en tela de juicio el papel de la ley, en el proceso de regulación de internet, tendrá repercusiones en la concepción misma del derecho, de sus funciones, de los operadores jurídicos y de su papel histórico presente y futuro.

BIBLIOGRAFÍA

CASTELLS, Manuel. La Galaxia Internet. Reflexiones sobre internet, empresa y sociedad. Barcelona. Ediciones Areté 2001

HUNTER, Dan. Ciberspace as place, and tragedy of the digital commons. VERSION 2.1, abril 7 de 2001.

LAWRENCE B. Solum y Minn Chung, «The Layers Principle: Internet Architecture and the Law», *Public Law and Legal Theory*, Universidad de San Diego, informe de investigación núm. 55, disponible en <http://ssrn.com/abstract=416263>.

LESSIG, Lawrence. El Código 2.0. Versión en español. Editorial Traficantes de Sueños; Mayo de 2009. Madrid.

LÓPEZ ZAMORA, Paula. Deontología y autorregulación en el ciberespacio. Madrid, 2003, 681 h. Trabajo de grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Disponible en el catálogo en línea en la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid: <http://eprints.ucm.es/7242/>

NARVÁEZ Hernández, José Ramón. Arquitectura Jurídica. Certeza y Seguridad en el Derecho. Publicado el 17 de julio de 2003.

OST, Francois. El Tiempo del Derecho. Editorial Siglo XXI 2005.

VERCELLI, Ariel. La Conquista Silenciosa del Ciberespacio- Creative Commons y el diseño de entornos digitales como nuevo arte regulativo en internet. Marzo de 2004, Buenos Aires Argentina

SHAPIRO L., Andrew. The "Principles in Context" Approach to internet Policy making 2000. Columbia Science and Technology. Law Review.

SUPIOT, Alain. Homo Juridicus Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Editorial Siglo XXI 2007.

Sitios Web de consulta permanente:

http://www.ilpf.org/groups/bib4_15.htm

<http://www.alfa-redi.org>

<http://cdt.org/>

<http://www.ll.georgetown.edu/>

<http://lawreview.uchicago.edu/>

<http://jolt.law.harvard.edu/>

