

CAPITULO II. REGULANDO EL CIBERESPACIO

*Internet era una esperanza; nos la han robado*²⁰².

II.1. PRIMERA ELECCIÓN: LIBERTAD PLENA *VERSUS* REGULACIÓN

II.1.A. PLANTEAMIENTO INICIAL

Un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del Derecho. Eso es Internet hoy día, en las significativas palabras de T. Van OVERSTRAETEN²⁰³. Por una parte, Internet permite concluir transacciones con empresas y consumidores situados en cualquier parte del planeta; permite acceder y difundir múltiples informaciones, agiliza extraordinariamente la comunicación entre las personas. Representa la libertad mundial de información y de la comunicación: es un sueño hecho realidad. Sin embargo, por otro lado, todo conjunto de actividades sociales precisa una regulación jurídica, como ya afirmaba la máxima tomista *ubi societas, ibi ius*²⁰⁴ (donde está la sociedad está el Derecho) En Internet ha surgido una nueva sociedad, la cibernsiedad, que requiere algún tipo de regulación, al igual que ésta es necesaria para el resto de los grupos sociales. Quizá pueda ponerse en duda de que esta cibernsiedad

202. RAMONET, I. Recogido por PEREZ LUÑO, A. E., *Internet y el Derecho*, op. cit., p. 727.

203. Recogido en CALVO CARAVACA, A. L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2002, p. 13.

204. GARCÍA MEXÍA, P., *El Derecho de Internet*, op. cit., p. 102.

sea una sociedad como las que pudo imaginar Tomás de Aquino, pero la propia autoconciencia de la que goza la comunidad internauta se encarga de revelarnos que el virtual es todo un mundo, es un espacio donde se desarrollan relaciones humanas de la más variada índole y donde surgen, por necesidad, aun cuando el poder público quisiese inhibirse, relaciones jurídicas. El Ciberespacio es, a todas luces, una sociedad y por ende el Derecho ha de participar en el desarrollo de sus relaciones. De todos modos, parece evidente que *no es posible ponerle puertas al Derecho ya que se colará indefectiblemente por la menor rendija que le abra la más insignificante relación humana*²⁰⁵.

Sin embargo, las legislaciones nacionales, regionales e internacionales avanzan con mucho retraso con respecto a las nuevas tecnologías y las relaciones que éstas han hecho surgir: no están preparadas para regular fenómenos novedosos no previstos. Ello hace difíciles las respuestas legales a los numerosos litigios que pueden suscitar las operaciones en Internet. Esta es la causa por la que se tache a la red de pesadilla jurídica. *No es fácil abrir un camino para el Derecho en Internet*²⁰⁶, pero, a pesar de ello el Derecho avanzará en este incipiente contexto social.

Como ya hemos visto, el Ciberespacio muestra una especial inmunidad a la regulación, a la gobernación, su capacidad innata es la de resistir la regulación. En su esencia el Ciberespacio es un espacio de ausencia de control. Al menos esta es la idea con que surgió la red. *Para muchos, Internet es el paradigma de la libertad; un mundo en que los controles convencionales no sirven para nada y donde no existe jerarquía. Querer regular Internet, se dice, es como querer regular el tiempo*²⁰⁷. *Con estos antecedentes sabemos que en Internet todos pueden decir lo que quieran y como quieran. Su libertad para hacerlo, en principio, no está limitada por fronteras nacionales o leyes estatales. La realización final de la anarquía positiva es completa una vez agregamos a este cuadro la imagen de Gobiernos frustrados que, incapaces de impedirlo a pesar de sus facultades coercitivas, tratan de regularlo*²⁰⁸.

205. *Ibíd.*, p. 102.

206. GARCÍA MEXÍA, P., *El Derecho de Internet*, op. cit., p. 103.

207. CREMADES, J. *El paraíso digital*, op. cit., p. 218.

208. GRAHAM, G., *Internet, una indagación filosófica*, op. cit., pp. 94-95.

Es teoría bastante difundida la que entiende que la libertad humana aumenta cuando disminuyen las restricciones, a menor restricción obtenemos mayor libertad. La idea es equívoca. No es cierto que al eliminar las restricciones se llega a una libertad absoluta. *El libertinaje*, afirmaba LOCKE, *no es la libertad sin límites, sino el fin de la libertad*²⁰⁹. *La libertad, al no querer saber nada de límites, de normas, de deberes, se sitúa fuera de todo orden, se convierte en una negación de sí misma, nos sume en la completa barbarie y coloca a la sociedad al borde del precipicio, de la disolución*²¹⁰.

En los albores de la red, uno de los mayores alicientes de la misma y casi una condición *sine qua non* residía en su carácter ácrata y libertario, al considerar que se actuaba en un espacio absolutamente libre sin ningún tipo de autoridad. Sin embargo, el tiempo ha demostrado que la libertad mal entendida puede dar lugar a las mayores vulneraciones de derechos fundamentales, y el Ciberespacio no es una excepción a esta afirmación. La absoluta libertad y la anarquía se han convertido en el Ciberespacio en una utopía, al igual que han demostrado serlo en el espacio físico real. El ser humano parece condenado a la mala utilización de su libertad, empleándola, finalmente, para provocar daño en el prójimo.

Desde esta posición, Internet no nos ha defraudado, el ser humano ha vuelto a defraudar a su raza. Nuevamente se ha puesto de manifiesto como la raza humana no puede vivir en un mundo de libertad absoluta pues nos conduce al descontrol. Siempre se olvida que la libertad de cada uno acaba donde empieza la de los demás. Si se respetase esa norma básica y elemental, el Ciberespacio podría ser un lugar donde la libertad se materializase. *Frente a las teorías filosóficas y sociológicas y a las doctrinas políticas que, desde diversos supuestos defienden la posibilidad de una sociedad sin conflictos, incluida la cibernsiedad, se levanta una corriente doctrinal de carácter eminentemente realista que entiende que el conflicto constituye un aspecto o dimensión natural de la*

209. *Ibíd.*, p. 103.

210. MONTORO BALLESTEROS, A., *Derecho y Moral*, Secretariado de publicaciones Universidad de Murcia, Cuadernos de Teoría fundamental del Derecho nº 5, Murcia, 1993, p. 33.

*vida social; un hecho social normal. El conflicto, en cuanto fenómeno ordinario de la vida humana que encuentra su raíz antropológica más profunda en la naturaleza desfallecida del hombre*²¹¹, ha surgido nuevamente en el ciberespacio. Parece entonces, que la propia naturaleza humana es fuente generadora de conflictos sociales, los cuales van a exigir la intervención de un sistema normativo que fundamente su solución.

El profesor de Ciencias Políticas de la Universidad de Perugia, E. DELLA LLOGIA, destacado exponente del liberalismo italiano, afirma que *el liberalismo debe encontrar el modo de proteger, más allá de los bienes y derechos que corresponden directamente a los individuos, también aquellos que les corresponden indirectamente, porque los disfrutan en cuanto miembros de la sociedad, porque lo que es lógico es decir que si Internet empezó siendo un medio de comunicación interpersonal y potenciando a nivel mundial la libertad de expresión, pasando por encima de todas las barreras levantadas por aquellos Gobiernos que la anulan o restringen, al igual que hacen con las restantes libertades políticas, hoy se ha convertido en un medio de comunicación de masas, y aunque no haya que olvidar que el derecho a la libertad de información, es un derecho humano fundamental reconocido por la Declaración de derechos humanos de 1948, (...) tampoco debemos olvidar que otros artículos establecen unos límites a esa libertad, sea porque colisionan con otros derechos fundamentales, sea porque afectan negativamente al bien de la sociedad en su conjunto*²¹².

Se ha debatido mucho sobre la oportunidad o no de regular la red, a continuación, y siguiendo en el desarrollo la explicación de RIBAS²¹³, vamos a resumir los argumentos planteados tanto a favor como en contra del establecimiento de una regulación aplicable al ciberespacio.

211. MONTORO BALLESTEROS, A., *Conflicto social, Derecho y proceso*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1980, p. 19.

212. Recogido por CARRASCOSA LÓPEZ, V., *¿Es necesaria una regulación para Internet?*, op. cit., p. 168.

213. RIBAS ALEJANDRO, J. *Internet: Responsabilidades legales*, en *Informática y Derecho*, nº 19-22, 1998, pp. 11-121.

II.1.B. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA REGULACIÓN

Variados son los argumentos desde los cuales se mantiene la necesidad de establecer un orden en la red. Entre todos ellos podemos señalar los siguientes:

1. Las redes de telecomunicaciones, entre ellas Internet, han generado un submundo donde los delitos son difíciles de perseguir debido a la propia naturaleza del entorno y a la falta de tipificación de las modalidades de comisión y de los medios empleados. No puede negarse la certeza de esta afirmación; a través de Internet se han ejecutado innumerables delitos y faltas que han quedado sin castigo debido a la imposibilidad de encontrar al culpable y a la falta de regulación sobre las conductas que son punibles o perseguibles en la red. *Internet esta engendrando un monstruo que puede devorar a muchos de sus usuarios. Entre ellos, a los más indefensos: niños y adolescentes. La falta de una legislación que regule la red y la ley del vale todo permiten delinquir con total impunidad*²¹⁴.

La sociedad aparece en estos momentos conmocionada por la proliferación de lo que ya se conoce como cibercrímenes. No obstante, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no nos encontramos ante la aparición de nuevas formas delictivas, sino ante la ejecución a través de medios tecnológicos novedosos de formas delictivas ya existentes. *Aunque existen ataques a los derechos desde tiempo inmemorial, la aparición de las nuevas tecnologías comunicativas ha implicado la aparición de nuevas formas de agravio además de favorecer su producción y su impunidad, así como un significativo incremento de su repercusión*²¹⁵.

2. Otro de los aspectos sobre cuya base se reclama una regulación de la red radica en la necesidad de determinar claramente cuál es la legislación aplicable y la jurisdicción competente para conocer de los

214. *www.delitosinformatico.com (16-Enero-2002)*

215. VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, A., "Desafíos éticos de las nuevas tecnologías", en *Veracidad y objetividad. Desafíos en la Sociedad de la Información, Actas 2º Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información (2003), Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, Valencia, 2004, p. 47.*

diferentes asuntos que suceden en la misma. La deslocalización de las conductas llevadas a cabo a través de la red exige una regulación concisa que determine qué órgano y sobre la base de qué norma se va a enjuiciar esa actuación.

3. Asimismo, la necesidad de determinar la responsabilidad individual por los actos cometidos a través de Internet es otra de las razones que justifican la regulación, ya que, de no regularse, la determinación de la responsabilidad y la obtención de la reparación por los daños causados resultarían verdaderamente complicadas e incluso imposibles.

4. Por último hay que destacar la necesidad de proteger los derechos y libertades fundamentales que han sido consagrados anteriormente en el mundo físico. La dura batalla que la humanidad ha librado a lo largo de siglos a fin de obtener el reconocimiento de los derechos más básicos no puede obviarse en el ciberespacio. Al contrario, este nuevo marco ha de basarse en el respeto de todos ellos tratando, en la medida de lo posible, de ampliarlos en su contenido y en sus destinatarios.

Por otro lado, también son comunes los planteamientos en contra del establecimiento de una regulación del Ciberespacio, los cuales, generalmente, se basan en la idea de una red anárquica y libertaria.

1. El Ciberespacio fue considerado inicialmente el sustituto ideal del mundo estrictamente físico. En la red iba a ser posible lo que la realidad tangible impedía; la libertad más absoluta y el disfrute pleno de los derechos fundamentales, por fin, iban a materializarse en el ciberespacio. Desde esta perspectiva, la inadecuación del establecimiento de un orden que limite y censure la red parece justificada. La libertad de expresión, la libertad de acceso a la información, la ausencia de control gubernamental y la igualdad de acceso y utilización no deben ser sometidos a normas que condicionen y regulen su empleo.

2. Otro razonamiento clásico es el que hace referencia a la tecnología que subyace bajo la red. Se alega la imposibilidad material de regular la red puesto que la estructura de la misma imposibilita cualquier intento de ordenación. Tratar de introducir normas en el Ciberespacio, afirman los defensores de esta postura, es imposible ya que la estructura del mismo impide la efectividad de cualquier sistematización.

No obstante, ya hemos mencionado anteriormente como, en realidad, Internet no es irregulable por naturaleza y que, cada vez se admiten más formas de control sobre la red. En este sentido afirma LESSIG que *las tendencias actuales anticipan una red altamente regulable y, dejando atrás la utopía libertaria, ahora tenemos una red cuya esencia es su carácter controlador*²¹⁶.

3. Una tercera tesis usualmente esgrimida es la que hace referencia al derecho a la intimidad de los usuarios. Se defiende aquí que los avances tecnológicos han creado un Ciberespacio en el que cualquiera puede expresarse y comunicarse sin temor a ser oído por otros, por lo que no debería imponerse ninguna restricción a este anonimato, ni para evitar delitos, ni para capturar culpables, ni para hacer efectiva la responsabilidad de cada uno.

Una vez analizadas sucintamente estas tesis, puede considerarse evidente que la red sin un mínimo control destruye la libertad prometida y se convierte en un lugar donde ésta pertenece solamente a unos pocos, mientras que los demás internautas han de conformarse con soportar las injusticias producidas. Por ello, parece que para que la red sea efectivamente libre, y lo sea para todos por igual, es necesaria una ordenación, una regulación que así lo garantice. La red necesita un orden, por mínimo que éste sea. Decidir ahora el tipo de regulación que ha de aplicarse sobre la red se presenta como una labor más complicada, los interrogantes y las posibilidades que en este momento se abren son múltiples y variados.

II.2. SEGUNDA ELECCIÓN: AUTORREGULACIÓN *VERSUS* HETERORREGULACIÓN

II.2.A. PLANTEAMIENTO INICIAL

LITAN y NISKANEN consideraban que, en su famosa novela Mil novecientos ochenta y cuatro, George ORWELL previó algunos de los avances tecnológicos que han ido apareciendo, como comunicaciones

216. LESSIG, L. *El código y otras leyes del Ciberespacio*, op. cit., p. 65.

con imagen, que hoy conocemos como videoconferencias, o las máquinas que transforman las palabras habladas en texto. Pero Orwell se equivocó, por lo menos hasta ahora, al señalar que las nuevas tecnologías harían aumentar el poder del Estado y nos llevarían a una estructura tremendamente centralizada. *Por el contrario, la revolución digital ha sido una fuerza descentralizante mayor que ha fortalecido a las personas, instándolas a cambiar sus vidas, las instituciones y los propios Gobiernos de manera antes impensada*²¹⁷.

La regulación de Internet por parte de los Gobiernos y el papel que han de jugar los ciudadanos del Ciberespacio ha sido, y aun hoy es, uno de los aspectos más polémicos de todos los que gravitan alrededor de la red. Los autores no se ponen de acuerdo sobre cómo han de fijarse reglas que pongan un cierto orden en la red. Así, una vez elegida la regulación frente a la absoluta anarquía dos opciones se presentan como factibles para acometer la regulación de la red: autorregulación o heterorregulación.

La autorregulación hace referencia a la regulación del Ciberespacio que se realiza desde dentro, es decir la ordenación impuesta y creada por los actores de la red. Por otro lado, la heterorregulación implica la ordenación de la red desde fuera, por entidades ajenas a los propios participantes principales de la red, tales como los Estados u Organizaciones Internacionales. Decidir cual de los dos modelos de regulación es la más adecuada para el Ciberespacio va a ser la ocupación de este epígrafe.

La ausencia de cualquier tipo de regulación sobre la red es un imposible que no puede materializarse efectivamente. Por ello, desde el comienzo del desarrollo del Ciberespacio se confió en la labor normativa de los propios sujetos que participaban en Internet, dándose una importancia primordial y exclusiva a la autorregulación del Ciberespacio. La autorregulación se asienta sobre la base del principio de corresponsabilidad de los distintos actores. Los actores crean sus propias normas de regulación, basadas en un comportamiento correcto, y en una responsabilidad compartida por todos ellos. Ya no se trata

217. LITAN, R. E. & NISKANEN, W. A., *El horizonte digital, manual de directrices para la era digital*, op. cit, p. 8.

de ausencia de normas, de la libertad absoluta, donde exigir responsabilidad era una tarea poco menos que imposible. A través de la autorregulación se establecen normas, pero son normas que no se imponen desde fuera sino que son originadas por la sociedad internauta en su conjunto, normas que determinan la responsabilidad de las acciones individuales. *Los que participan en actividades dentro del ciberespacio lo hacen con más o menos intensidad según que tengan o no conciencia de que tendrán que asumir la responsabilidad de la información que emiten o que contribuyen a dirigir. En este sentido, representan un importante enlace para las normativas estatales susceptibles de aplicarse a un conjunto de actividades*²¹⁸.

La autorregulación supone el desplazamiento del ajuste normativo de la red a la sociedad civil y su regulación ética. A diferencia de quienes ven en la autorregulación una restricción de la libertad, en realidad existe una correspondencia clara entre una sociedad vertebrada, democrática, responsable y libre y su nivel de autorregulación. Cuanto más se dé un Ciberespacio regulado por sus propios actores y guiado por sus valores y fines internos, menos sujeto estará a intereses y fines ajenos; y por consiguiente más libre será. La autorregulación está pasando a ser en el Ciberespacio un método frecuentemente utilizado. La comunidad de internautas prefiere la autorregulación voluntaria a la regulación gubernamental. Junto con *Compuserve*, *Microsoft*, por ejemplo, incluye un sistema de calificaciones de la información contenida en la *World Wide Web* para permitir borrar de forma voluntaria aquel material inapropiado para niños. Otro ejemplo de autorregulación es la presencia de ángeles guardianes, que comenzaron a patrullar por Internet en 1995 como *ciberángeles* en busca del crimen y de áreas problemáticas para promover así la decencia y el respeto en la red. Su misión, anunciada pomposamente en sus proclamas es *promover la decencia y el respeto en la red, combatir la grosería y el acoso, la descalificación, el racismo y el odio, enviar y avisar sobre evidencias de piratería de software, virus informáticos y terrorismo*. Su número era estimado en un millar en 1996. No obstante, esta fuerza de vigilantes de Internet también recibe críticas. No hay reglas formales ni exigencias en cuanto a la cualificación necesaria para convertirse en *ciberán-*

218. TRUDEL, P., "Derechos y responsabilidades de los usuarios en el Ciberespacio", *op. Cit.*, p. 48.

gel y nadie está estableciendo las reglas para ver qué es material objetable que debiera ser clasificado por estos *ciberorganismos*²¹⁹.

Esta tendencia hacia la autorregulación se explica sobre la base de dos consideraciones primarias que, como hemos visto, tienen carácter profundamente interrelacionadas entre sí. Una, la intrínseca internacionalidad de la red y otra, la dificultad con que se enfrentan los legisladores estatales para imponer reglas a los participantes. *Internet, en efecto y de momento, no es ni puede ser estatal; se trata de una red de comunicación a nivel exclusivamente internacional en que, según muchos, la idea de frontera cae por su propio peso: el Ciberespacio constituye en cierto sentido una zona independiente, transnacional y ajena a jurisdicciones y territorios estatales*²²⁰.

*La consecuencia de ello, para algunos, debería ser el establecimiento para el Ciberespacio de normas propias, establecidas en ámbitos particulares de producción jurídica y con un mecanismo propio de solución de controversias*²²¹. Si la red vive al margen del Estado, su reglamentación debería hacerse fuera de éste mediante los participantes en el espacio virtual. De este modo la autorregulación resultaría la opción más acorde a la naturaleza consustancialmente internacional de la red.

Dicha idea además se corresponde a la perfección con la consideración inicial, y recuperada en nuestros días, del Ciberespacio como un ámbito libre surgido para escapar al orden creado. Internet, en efecto, es un instrumento organizado primariamente en torno al caos y concebido para sobreponerse a la jerarquía y al orden convencional: *la gran telaraña nació precisamente con el propósito militar de mantener líneas de mando descentralizadas y múltiples en medio del desorden*²²². Según esta perspectiva, la regulación no debería interferir desde fuera imponiendo límites a este espacio nacido al margen de ellos. Deberían ser los propios participantes los que decidan, en su caso, por qué reglas quieren regularse.

219. NÚÑEZ LUQUE, I., “¿Quién teme a Internet?, reflexiones acerca de su gobierno y jurisdicción”, *op. cit.*, p. 457.

220. MIGUEL ASENSIO, P. de, *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2000, p. 76.

221. *Ibíd.*, p. 76.

222. MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red*, *op. cit.*, p. 33.

En líneas generales podemos indicar que, entre las ventajas de la autorregulación, además de que ésta permite la entrada de los interesados en la regulación, encontramos el hecho de ser la que mejor se enfrenta al rápido avance de las tecnologías, permitiendo asimismo evitar en buena medida el recurso a la norma de conflicto. *Con ello se daría respuesta a la deslocalización de las relaciones, pues la internacionalización inherente a la tecnología sobrepasa la simple precisión de la norma jurídica aplicable y hace que la norma de conflicto no sea en principio el medio idóneo de regulación: en efecto, la consecuencia jurídica de ésta, la localización en un ordenamiento estatal, plantea problemas en su proyección a un ámbito en que la consustancial transnacionalidad difumina la ubicación física de las conductas*²²³.

Los logros de la autorregulación son desiguales: se pueden mencionar diversas políticas de las entidades que controlan la red, la incorporación de ciertas normas de conducta en los contratos de acceso a Internet suministrados por los proveedores -manifestación del poder de los portales en orden al establecimiento de los criterios de admisión de los individuos que acceden y quedan excluidos de ellos²²⁴, así como la llamada *Netiquette que agrupa un conjunto disperso de reglas, usos y pautas creados por los participantes en la Red, o los códigos de conducta elaborados por asociaciones profesionales y de consumidores referidos a cuestiones como el régimen de las comunicaciones comerciales*²²⁵. A través

223. MIGUEL ASENSIO, P. de, *Derecho privado de Internet*, op. cit., p. 97.

224. RIFKIN, J, *El fin del trabajo*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 236. *La existencia de pautas de conducta suministradas por los proveedores se aprecia también en su establecimiento en los sistemas de comunicación on line. En los diferentes servidores IRC (Internet Realy Chat) la comunicación entre los internautas se rige por una serie de pautas no escritas, que incluyen además reglas de conducta y un lenguaje especial. Algunos de estos estándares en ocasiones se publican en la página Web del servidor de IRC (ver ejemplo en www.terra.es/chat). Del cumplimiento de estas normas se pueden encargar los operadores habilitados por la organización, que muchas veces son simplemente internautas sin vinculación contractual con el servidor en cuestión, que tiene atribuida facultades para la expulsión del canal o incluso del servidor de IRC a los participantes que realicen actividades contrarias a los estándares; otras veces, el control va más allá y el propio robot de control se encarga de impedir que los participantes realicen actividades contrarias a las pautas de conducta.*

225. MIGUEL ASENSIO, P. de, *Derecho Privado de Internet*, op. cit., p. 78.

de dichas reglas se intenta mantener el orden público moral en la Red y se posibilita, en alguna medida, la represión de ciertas prácticas especialmente molestas.

Parece claro, pues, que si hemos de establecer un marco de autorregulación de Internet, no basta con que los usuarios individuales, los internautas en solitario, regulan su comportamiento. Muchos son los actores que circulan en el ciberespacio, por lo que la participación de todos ellos se vuelve imprescindible. Por ello, la autorregulación también exige que las grandes compañías de telecomunicaciones que actúan y prestan sus servicios en Internet participen en esta ordenación. Estas grandes compañías han elaborado lo que se denomina códigos deontológicos o códigos de conducta.

La eficacia de estas normas creadas por los participantes de la red se completa con la tendencia a la sumisión de los litigios que allí surgen al arbitraje. La opción por los mecanismos de solución extrajudiciales se explica por el hecho de ubicarse la red en un espacio plurijurisdiccional, así como por las diversas dificultades con que se enfrentan los jueces estatales para la solución de las controversias surgidas. Entre estas últimas no sólo se cuenta la localización de la competencia judicial internacional, sino asimismo la complejidad que caracteriza estos litigios donde se hace necesaria la aplicación de un Derecho nuevo de perfiles singulares y en que la solución puede depender en parte de cuestiones técnicas cuya comprensión escapa a jueces no familiarizados con el Ciberespacio.

Parece evidente que el establecimiento de un arbitraje electrónico, virtual o en red podría resolver los problemas de la ubicuidad de Internet. En el ámbito de estos procedimientos las alegaciones de las partes se enviarían en formato electrónico y el laudo arbitral se daría a conocer a las partes por vía electrónica. Asimismo, se podría plantear la opción de que las partes eligieran entre un grupo de leyes y opciones que aparecen en pantalla, *cliqueando* para aceptarlas²²⁶. Dicho arbitraje *on line* no está lejos de ser una realidad, prueba de ello la encontramos en el *ciber-arbitraje* elaborado por el *Cyberspace Law*

226. Esta posibilidad: MUÑOZ MACHADO, S, *La regulación de la red*, op. cit., pp. 221-222.

Institute en colaboración con *The American Arbitration Association*, *The Villanova Law School* y *The National Center for Automated Information Research*²²⁷.

Las consecuencias de incumplir las normas de comportamientos auto impuestas por los usuarios de la red son muy interesantes. Los criterios de autorregulación en la red tienen un funcionamiento paralelo al de las reglas morales o normas deontológicas existentes en el espacio físico real. ¿Que ocurre cuando se incumple una pauta de este tipo en el espacio real? Naturalmente, su incumplimiento no da lugar a ningún tipo de sanción institucionalizada, precisamente porque han sido creadas al margen de los órganos institucionales establecidos. El incumplimiento de estas estipulaciones lleva aparejada un castigo que, en la mayoría de los casos, suele ser más temible que los castigos institucionalizados, a saber: el rechazo social y el ostracismo.

En la red las cosas son muy similares, Internet se basa en el sentido común de los usuarios para castigar a aquellos que abusen de la red para provocar fines indeseables, e igualmente para aquellos que incumplan las normas de autorregulación establecidas. Los usuarios usan la libertad que están defendiendo para ejercitar un control directo sobre aquellos que abusen de ella. El castigo que los propios usuarios imponen es el mismo que el utilizado en el mundo real: el rechazo y la expulsión del lugar donde esté efectuando sus abusos. Esta expulsión es conocida en Internet con el nombre de *flaming out*. Precisamente la práctica consiste en apagar, en expulsar al incumplidor a través de la acción de los otros usuarios.

Sin embargo, aunque esta solución pueda parecer eficaz, en realidad no es duradera ya que no evita que una persona incumpla las normas de comportamiento ni que en el futuro continúe haciendo lo mismo. Además *la práctica de flaming out es una peligrosa invitación al espionaje y a la violencia digital. Convierte el Ciberespacio en un territorio salvaje y rudo sin leyes, donde cualquiera puede llevar un arma y llevar a cabo su propia venganza. No cabe discusión cuando cualquiera es libre para interrumpir y nadie está obligado a seguir un*

227. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *Comercio electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el Ciberespacio*, en *Derecho de los negocios*, abril 2000, p. 5.

*orden. Ninguna actividad humana puede mantenerse sin regulación. Internet también es una forma de comportamiento humano*²²⁸.

De este modo nos encontramos con uno de los grandes problemas que acarrea la autorregulación. El hecho de que sean los propios usuarios los que dictaminen justicia, en este caso la subjetividad de cada uno de los usuarios, puede influir negativamente en la regulación de la red, pues supone la vuelta a práctica de *tomar la justicia por su mano*.

Aunque para muchos la autorregulación es la verdadera solución para organizar Internet, no obstante, no es suficiente por sí misma. Es necesario implementar este mecanismo con el apoyo de otro modelo normativo que garantice la estabilidad y le eficacia de la ordenación. La heterorregulación se presenta de este modo como necesaria. Cuando la norma viene de dentro y no impuesta desde fuera, la fuerza vinculante suele ser mucho mayor. No obstante, a menos que una norma esté respaldada por una sanción institucionalizada, su eficacia no es muy elevada. El incumplimiento de la misma tiende a reducirse cuando ésta impone obligatoriamente consecuencias negativas al destinatario. Es posible que el usuario se marque unas pautas de conducta de acuerdo con las normas establecidas, pero la distancia o la ausencia de control de los órganos de vigilancia pueden hacer que esas pautas se relajen. Por ello, son múltiples los autores que defienden la necesidad de autorregular la red, aunque afirmando la necesidad adicional de un respaldo jurídico institucional para hacer cumplir efectivamente esas normas.

*Para evitar las disfuncionalidades de Internet no basta crear una legislación represora. La primera labor a desarrollar debe ser la educación de los ciudadanos. El fomento de una conciencia crítica y educada sobre el fenómeno Internet y sus múltiples implicaciones es la piedra angular y tarea inexcusable de todo intento de regular racionalmente esta nueva realidad tecnológica*²²⁹. Así, aunque las soluciones

228. CAPITANCHIK, D. y WHINE, M., *The Governance of Cyberspace. Racism on the Internet*, en la obra colectiva *Regulating Cyberspace*, Pluto Press in association with Liberty, Virginia, 1999, p. 246.

229. SÁNCHEZ BRAVO, A., *La regulación de los contenidos ilícitos y nocivos en Internet: Una propuesta desde la Unión Europea*, en *Informática y Derecho*, nº 27/29, 1998, p. 382.

pueden ser logradas desde el Derecho, se requiere algún aspecto adicional que garantice su eficacia. *El fomento de conductas éticas resulta una garantía de cumplimiento consciente de las normas jurídicas, que es en definitiva a lo que aspira todo orden legal para obtener eficacia social*²³⁰.

Para otros la autorregulación es un paso previo, pero necesario, a la regulación de la red por medio de leyes internacionales. De este modo, la autorregulación se convierte en un estadio intermedio entre la completa anarquía y la legislación mundial de la red como tendencia final de la ordenación del Ciberespacio. La autorregulación así entendida está condenada a desaparecer, al igual que la anarquía, pero de momento es completamente imprescindible. Así lo defiende CARRASCOSA LÓPEZ, cuando afirma que *interrogantes que van desde el respeto internacional al derecho de autor, el comercio electrónico, el derecho a la intimidad y a la información, aconsejan leyes con valor universal, difícil, por ahora de conseguirse, por lo que parece que, como paso previo, nos encontramos con la autorregulación de Internet*²³¹.

Otros autores consideran que la autorregulación trata de compensar alguna de las deficiencias y defectos que presenta la regulación estatal, aunque no se puede afirmar que la labor de la autorregulación pueda suplantar los papeles del Estado. La autorregulación debe cumplir una importante función de complementación del Derecho, especialmente en los ámbitos poco regulados, como es el Ciberespacio. La autorregulación puede, en alguna medida, contribuir a mejorar el panorama colectivo de la red, pero no puede bastarse por sí sola, ya que no podemos considerarla como *la panacea que va a resolver todos los problemas que se den en la red*²³². WISEBROD lleva a cabo un estudio de la autorregulación y sus mecanismos con el propósito

230. AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. "Contribución al debate sobre la conveniencia de una legislación en Internet", *Informática y Derecho*, nº 27-29, 1998, p. 109.

231. CARRASCOSA LOPEZ, V, "¿Es necesaria una legislación mundial para Internet?", *op. cit.*, p. 40.

232. Entre otros, AZNAR, H., *medios de comunicación y esfera pública: el papel de la autorregulación, en la obra colectiva Deontología y autorregulación informativa, Manuel Buendía, México D.F., 2000, p. 160-162 (principalmente el autor se refiere a los medios de comunicación, entre los que podemos incluir a Internet)*

de identificar los agujeros en la matriz que la regulación gubernamental puede y debe llenar²³³.

Todas las ventajas de la autorregulación no esconden la necesaria participación de los Estados en la red. El hecho de que ciertamente existan normas autorreguladas no tiene consecuencias tan estrictas como la exclusión absoluta del modelo heterorregulado. Internet y su regulación no viven al completo al margen del Estado. Las normas son fragmentarias, su aplicación suele depender de la voluntad de las partes, se contempla a menudo en última instancia la referencia a una ley estatal, y la garantía de su cumplimiento queda asegurada una vez más a través de medios relativamente endebles. Así, no podemos negar la existencia de heterorregulación en el Ciberespacio, la cual, en determinadas ocasiones, se manifiesta como necesaria y extraordinariamente positiva.

En este sentido son contundentes las afirmaciones de LESSIG, *los Gobiernos resultan necesarios para proteger la libertad, incluso a pesar de bastarse por sí solos para destruirla (...) La libertad no necesariamente se deriva de construir un espacio donde el Estado esté ausente. La libertad frente a la tiranía estatal puede ser una condición necesaria para la libertad general, pero no es una condición suficiente. Es más, el Estado resulta necesario para ayudar a establecer las condiciones necesarias para que la libertad exista (...) Hay que superar esa reticencia hacia el Estado. Si el Estado no defiende los principios básicos de libertad, intimidad, etc., ¿quién lo hará? Cuando el Estado se aparta a un lado, el espacio que ocupaba no queda vacío. Está claro que el pulsar el botón antiestatal no nos trasladará al Edén. Cuando los intereses del Estado hayan desaparecido de la escena, otros intereses ocuparán su lugar: ¿sabemos cuales serían esos intereses? ¿estamos seguros de que serán mejores?*²³⁴ En este sentido se mantiene que, en el fondo, los cibernautas se encuentran ante este nuevo estado de naturaleza en el Ciberespacio, esa paradoja de la libertad tan admirablemente formulada por MONTESQUIEU: en el estado de la naturaleza, la libertad oprime y la ley libera²³⁵.

233. WISEBROD, D. *Controlling the uncontrollable: regulating the Internet*, 1991, on line: www.catalaw.com/dov/

234. LESSIG, L., *El código y otras leyes del Ciberespacio*, op. cit., p. 13, 382 y 400.

235. NORA, D., *La conquista del Ciberespacio*, op. cit., p. 328.

La labor de los Gobiernos en la red radica en la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas que se han ido obteniendo paulatinamente por parte de los ciudadanos. No obstante, además de ser garantes de los derechos fundamentales de los ciudadanos, los Gobiernos han de obtener un logro absolutamente esencial: la seguridad en el comercio. El mundo capitalista en el que nos desenvolvemos impone como primera exigencia la regulación del comercio en la red a fin de rodear de estabilidad y seguridad todo lo concerniente a sus necesidades. Aunque para muchos autores el comercio se basta por sí solo para regular su actividad en el Ciberespacio, para otros, como LESSIG²³⁶ o BADIA²³⁷, el comercio requiere de una asociación con el Estado.

Las diversas manifestaciones de la autorregulación en el Ciberespacio no han supuesto en absoluto la desaparición de la regulación estatal. Muchos de los problemas planteados en el ámbito de Internet no son exclusivos de éste, sino que existen también fuera de él, lo que implica la aplicación de las normas nacionales establecidas. Es cierto, no obstante, que tales normas no siempre se adecuan al Ciberespacio, pues en éste los mencionados problemas se plantean con perfiles singulares derivados de la internacionalidad consustancial de la red. De esta manera, la adaptación de las reglas existentes es imprescindible y ello no sólo ha dado lugar a los fenómenos de autorregulación descritos, sino que los poderes más tradicionales, aunque con mayor lentitud que los particulares, se están esforzando en la búsqueda de las mejores soluciones para los nuevos problemas jurídicos suscitados.

La consecuencia es clara: en la red ciertamente hay ejemplos de autorregulación que conviven junto a la cada vez más abundante reglamentación suministrada por los Estados u Organizaciones Internacionales. *Por tanto, puede adivinarse, sin esperar a los desarrollos que luego se harán en este estudio, que el tipo de regulación posible de la red, si existe alguno, tiene que ser tan variado y plural como lo es la propia estructura de aquélla*²³⁸.

236. LESSIG, L., *El código y otras leyes del Ciberespacio*, op. cit., p. 89.

237. BADIA, F., *Internet: situación actual y perspectivas*, op. cit., p. 47.

238. MUÑOZ MACHADO, S. *La regulación de la red*, op. cit., p. 35.

II.2.B. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE AMBAS OPCIONES

La segunda elección que se debe tomar para determinar la regulación óptima de la red exige analizar las ventajas y los inconvenientes inherentes a la autorregulación y a la heterorregulación de la red.

Entre los argumentos favorables al establecimiento de un modelo autorregulado en el Ciberespacio encontramos los siguientes:

1. Las normas autorreguladas se generan en el seno de la sociedad cuyo comportamiento va a ser ordenado por dichas normas. Las conductas exigidas y prohibidas son concebidas como directrices de comportamiento propias, se consideran impuestas o prohibidas por los propios destinatarios, por lo que su cumplimiento es mucho más efectivo. Para asegurar el cumplimiento de una determinada norma es obvio que la interiorización de la misma como propia, como exigencia ética de uno mismo, es un camino francamente efectivo. Por todo ello, la primera de las características positivas de la autorregulación del Ciberespacio reside en el incremento de eficacia en las normas dictadas a través de este modelo regulativo.

2. La regulación de la red por los propios actores de la misma, por los individuos e instituciones que en ella actúan siempre será la más adecuada para resolver la problemática que surge de en red. Los usuarios del Ciberespacio conocen las situaciones conflictivas de cerca, por lo que se desenvuelven con mayor oportunidad y fortuna que alguien que no participa en la red. Si las dificultades son conocidas directamente resulta más sencillo dar una respuesta adecuada y eficaz a los inconvenientes que se presentan. Desde fuera, la regulación sería técnicamente más perfecta pero, si los creadores de las normas permanecen ajenos a la realidad de Internet, sus soluciones no serán ni tan oportunas ni tan acertadas.

Por ejemplo, si la finalidad es regular el comportamiento de las personas que entran a un *chat*, es más probable que las normas se adecuen a los problemas concretos que allí suceden si las crean los propios usuarios y participantes del *chat*. Si las normas se imponen desde fuera, por el Estado o por cualquier otro ente externo, es posible que no solucione realmente los conflictos que se están produciendo pues se carece del conocimiento directo sobre ello.

Las legislaciones estatales no disponen de respuestas a los problemas planteados por las tecnologías en Internet, por lo que la elaboración ex novo de una legislación ad hoc específicamente diseñada para los problemas jurídicos del Ciberespacio parecería más adecuada. Además, al ser una legislación en constante formación, se adaptaría con rapidez a los nuevos fenómenos tecnológicos. Por otro lado, las legislaciones estatales están pensadas en términos nacionales –para realidades nacionales–, mientras que el una normativa autorregulada con carácter internacional está concebida para una realidad planetaria, como es Internet, intrínsecamente internacional²³⁹.

3. Otro argumento lo constituye el propio origen de Internet. Ya analizamos como Internet surge con la intención de convertirse en un espacio donde la libertad más absoluta pudiese hacerse efectiva. Esta intención, a la larga, se ha transformado en una ilusión utópica. No obstante, como camino intermedio entre la libertad más absoluta y la regulación minuciosa de la red por actores ajenos a la misma, consideramos el modelo autorregulado el más acorde para la satisfacción de los intereses de libertad e independencia originarios. En la Declaración de Independencia del Ciberespacio también se considera el modelo autorregulado como el más acorde con la nueva realidad que se estaba construyendo en Internet. *Creemos que nuestra autoridad emana de la moral, de un progresista interés propio y del bien común. Nuestras identidades pueden distribuirse a través de muchas jurisdicciones. La única ley que todas nuestras culturas reconocerán es la Regla Dorada. Esperamos poder construir nuestras soluciones particulares sobre esa base²⁴⁰.*

4. La autorregulación, igualmente, proporcionaría soluciones directas. No se remitiría a ninguna Ley estatal en concreto, sino que proporciona solución inmediata a problemas planteados con un sistema de prohibiciones y sanciones estructurado por materias. De este modo *se evitarían los siempre espinosos conflicto de leyes²⁴¹.*

239. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicción en Internet*, op.cit., p. 17.

240. BARLOW, J. P., *Declaración de Independencia del Ciberespacio*, Davos, 8 de Febrero de 1996: http://www.eff.org/publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration

241. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicción en Internet*, op.cit., p. 15.

5. A través de la autorregulación se podría crear un sistema normativo auténticamente internacional, válido en todos los países del mundo. Sería una verdadera *Super-Law*, con lo que la seguridad jurídica alcanzaría cotas muy elevadas. Todo el que se sumerge en Internet sabe que sus actividades quedan reguladas por ese Derecho verdaderamente mundial, expresión jurídica de la globalización creada a través de la cultura y sociedad ciberespacial.

6. Este sistema de autorregulación va acompañado de un sistema sancionador propio, ya que de alguna manera lo propicia y facilita; eludiendo la necesidad de acudir a los tribunales estatales e incluso de los árbitros tradicionales de arbitraje comercial internacional. En este sentido, se ha sugerido, -como la *American Bar Association*-, la formación de tribunales especiales, integrados por magistrados virtuales, encargados de hacer respetar el *International CyberLaw*, que expulsarían de la red a los infractores del mismo y que impondrían sanciones y dictarían resoluciones vinculantes para todos los que operan en Internet. En dicha dirección apunta el Art. 17.1. *in fine* de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 sobre el Comercio Electrónico²⁴².

7. Finalmente, un sistema basado en la autorregulación tiende a garantizar la máxima libertad de expresión y de comunicación en la red. Crearía una normativa de libertades prácticamente absolutas, con escasísimos límites a las actuaciones en Internet, que se verían reducidos a muy concretas infracciones penales o a las actuaciones reprobadas por los propios internautas y actores de la red. De este modo se podría crear en la red un mundo donde el Derecho sancionador se ve reducido al mínimo en nombre de la libertad de comunicación e información.

A pesar de existir variados aspectos que aconsejan la autorregulación de la red, también existen firmes argumentos en su detrimento, entre los que destacan los siguientes:

242. *Los Estados Miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.*

1. Establecer un modelo de autorregulación en el Ciberespacio implica enfrentarse a su propio fundamento, pues estas normas basan su contenido en usos de Internet y en normas éticas. Si las reglas de autorregulación pretenden ser universales, pues universal es el sustento fáctico sobre el que han de aplicarse, ¿qué fundamento ético es el que hay que designarle? Para enjuiciar moralmente una actuación acaecida en la red no basta con recurrir a unos esquemas intencionales de un determinado grupo social, sobre todo si tenemos en cuenta que esta actuación se integra en un sistema moral mundial.

En este sentido afirma BARROSO ASENJO²⁴³, *desde el punto de vista de la ciberética es muy difícil encontrar documentos que hablen de una autoridad común en Internet, porque la red no tiene ningún maestro ni ninguna jerarquía central que pueda establecer un código ético al que todo el mundo entero deba obedecer. Esto, por un lado es gratificante al saber que nadie te va a censurar tus ideas o expresiones. Pero, por otro lado, podemos caer en la anarquía, el descontrol y la incitación a la violencia.*

Las diversas culturas engendran diferentes usos y distintos modos de actuación *on line*, por lo que las pautas y los análisis éticos y sociales sobre el tema distan mucho de ser fácilmente estandarizables. El uso, tanto activo como pasivo, de Internet depende totalmente de las particularidades éticas y culturales de cada sociedad. ¿Quién elaboraría los contornos de las normas de autorregulación? Desde luego, no podría ser un Estado nacional, ni una Organización supranacional. *Serían los propios usuarios de Internet los autores de esta regulación. Y el resultado sería el siguiente: las grandes empresas utilizadoras de Internet impondrían a su interés y capricho los contenidos, mientras que los consumidores y pequeñas empresas tendrían poco que decir en la elaboración de esta normativa. Por ello, el hipotético Derecho autolegislado sufre un fuerte déficit democrático: sería, en definitiva, el Derecho del más fuerte. No existe una comunidad de cibernautas al mismo nivel que puede existir, en el comercio internacional, una comunidad de comerciantes, con todas las reservas que suscita, igualmente la aceptación de la existencia de una comunidad de*

243. BARROSO ASENJO, P., "La ética en la cibernautas", en *Sociedad y Utopía*, nº 9, Marzo 1997, p. 308.

*comerciantes en el comercio internacional. Existe una heterogénea mezcla de utilizadores del Ciberespacio que no puede operar como un sujeto único creador de normas jurídicas*²⁴⁴.

Lo más oportuno sería la creación de una ética ciberespacial. Así lo considera H. JONAS²⁴⁵, al afirmar que *no valen los principios éticos existentes, ya que no nos ofrecen unos principios de base y, mucho menos, una doctrina acabada*. Este autor nos ha dado una reformulación del imperativo categórico kantiano aplicable a la época de la técnica: *obra de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana*²⁴⁶. *Solamente desde el principio de la responsabilidad se podrá construir una ética nueva que nos devuelva la inocencia perdida en la era tecnológica*²⁴⁸.

En la misma dirección considera PEREZ LUÑO que *las redes de telecomunicaciones pueden conducir a una nueva ética ciberespacial, que genere y estimule actitudes de conciencia colectiva sobre el respeto de las libertades y de los bienes amenazados por la utilización indebida del Ciberespacio, y contribuir a la formación de vínculos solidarios para la prevención de crímenes informativos y la ayuda a su descubrimiento. La difusión capilar de las redes comunicativas puede conducir a la producción de reglas jurídicas consuetudinarias sobre su uso, en las que la dimensión coactiva de las normas basada en la autoridad de un poder centralizado, deje paso a códigos de conducta*

244. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 18.

245. JONAS, H. *El principio de la responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995, p. 15.

246. Citado por CAMPUS, V., *La técnica y los valores morales, en la obra colectiva Ética y tecnologías*, Fundación la Caixa, Barcelona, 1993, p. 20

247. JONAS, H. *El principio de la responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, op. cit., p. 16. Sigue este autor la línea de la moral de la responsabilidad ofrecida por Max WEBER, basando la acción en la responsabilidad hacia el grupo, en las consecuencias que nuestros actos puedan causar en los demás: HONIGSHEIM, P., *The unknown Max Weber*, Transaction Publishers, London, 2000, p. 240. A pesar de ello, veremos cómo el principio de responsabilidad se diluye en el Ciberespacio, por lo que no parece adecuado como solución ética aplicable al mismo.

*cuya eficacia se base en la convicción de los usuarios y en su responsabilidad solidaria*²⁴⁸.

Por muy esperanzadora que sea esta posibilidad, no resuelve el verdadero problema de fondo: si hay que establecer una ética universal ciberespacial, no basta con universalizar la ética de un determinado grupo social, ya que lo que se pretende es que la actuación de los internautas se integre en un sistema moral único mundial. De este modo surge la necesidad de elaborar o reconocer una ética mundial que sea aceptada como tal por todas, o al menos la mayoría, de las personas que interactúan en red.

A menudo entendemos que la ética y la moral son únicas o, al menos, más o menos equiparables. No obstante, tanto en el mundo estrictamente físico como en el ámbito de la red, la realidad nos aleja bastante de esta suposición. No existen unos mínimos éticos mundiales, lo que en unas sociedades parece inaceptable moralmente, en otras constituye su esencia ética más arraigada. Tratar de compaginar las éticas de los distintos grupos sociales se convierte en una tarea poco menos que imposible. A pesar de ello, variados son los intentos de obtener una ética global, la cual no debería anular culturas, sino protegerlas.

*Todas las sociedades cuando se liberan de la miseria externa, de la ignorancia, del miedo al tirano, del dogmatismo y del odio al vecino, se encaminan convergentemente hacia un mismo marco ético, que se define por el respeto a los derechos individuales, la lucha contra la discriminación injusta, la participación del ciudadano en el poder político, las seguridades jurídicas y las políticas sociales de ayuda*²⁴⁹. Esta afirmación se muestra demasiado contundente pues ni siquiera los derechos fundamentales que reconoce cada sociedad y cultura son idénticos²⁵⁰.

248. PEREZ LUÑO, A. E., "Internet y derecho", en *Informática y Derecho, Jornadas marco legal y deontológico de la Informática*, nº 19-22, 1998, p. 733.

249. MARINA, J. A., en *Magazine de la Razón*. (30/12/01)

250. *Un ejemplo lo tenemos en la Conferencia Islámica de 1993. En dicha conferencia se estableció que el Islam admite y promueve los verdaderos derechos humanos, esto es, los que se contienen en la ley islámica; el resto no son verdaderos derechos humanos: RUBIO-CARRACEDO, J., "Problemas en la universalización de los derechos humanos", en *Diálogo Filosófico*, nº 51, 2001 p. 437.*

Precisamente ésta es la causa por la que se desapruueba desde algunos foros la Declaración de Derechos Humanos de 1948, pues se considera que los particularismos basados en la heterogeneidad socio-económica, cultural y religiosa de determinados grupos humanos se hicieron presentes en el momento de elaborarla. Se cuestiona, por tanto, la afirmación de una concepción de los derechos humanos válida universalmente, pues en realidad ésta sólo responde a una pretensión del mundo occidental de imponer a las demás culturas sus concepciones y valores.

De este modo, encontrar una ética universal parece improbable desde el momento en que los derechos fundamentales y su protección varían considerablemente de unos grupos sociales a otros, y sobre todo, de unos grupos religiosos a otros. No obstante, se efectúan señalados intentos de aunar aspectos éticos esenciales por encima de las particularidades religiosas. Así, la *Declaración de una ética Mundial* desarrollada por el Parlamento de las Religiones del Mundo en Chicago en 1993, manifiesta unos principios éticos básicos que pueden ser adoptados al margen de las creencias religiosas concretas, pues en la firma de dicha declaración intervinieron representantes de una gran cantidad de religiones del mundo²⁵¹.

Hay que reconocer que uno de los temas más polémicos del actual Derecho Internacional de los derechos humanos es el denominado *derecho a la diferencia o diversidad cultural* que tendrían los pueblos

251. KÜNG, H., y KUSCHEL, K. J., (Editores), *Hacia una ética mundial. Declaración del Parlamento de las Religiones del Mundo*, Trotta, Madrid, 1994. En esta declaración participaron, entre otros, representantes del budismo, del cristianismo, hinduismo, judaísmo, islam, taoísmo, ortodoxos y zoroastrismo, así como miembros de organizaciones interreligiosas. Según esta declaración el mundo agoniza. Agonía tan penetrante y opresiva que nos sentimos movidos a señalar las formas en que se muestra para poner de manifiesto lo hondo de nuestra zozobra. La paz nos da la espalda. El planeta está siendo destruido. Los vecinos viven en el temor mutuo. Hombres y mujeres se distancian entre sí. Los niños mueren. Todo ello es terrible. Por ello se establece una condición básica: Todo ser humano ha de recibir un trato humano. Para lograrlo hay que seguir cuatro orientaciones inalterables: compromiso a favor de una cultura de la no violencia y respeto de toda vida, compromiso a favor de una cultura de la solidaridad y de un orden económico justo, compromiso a favor de una cultura de la tolerancia y de un estilo de vida honrado y veraz y compromiso a favor de una cultura de igualdad y camaradería entre hombre y mujer.

frente al carácter universal de los derechos humanos y la existencia de una ética universal. Esta problemática va a tener una repercusión clara en el marco de la regulación de la red, pues dependiendo de la solución adoptada la ordenación de la red tomará una dirección u otra. Si logramos localizar una ética mundial, así como un consenso mundial de los derechos humanos reconocidos, la opción de la autorregulación se presenta como la más acorde y eficaz dado la naturaleza de la red. En caso contrario, los Estados y sus legislaciones tendrán que suplir la falta de unanimidad aplicando sus propios criterios de actuación.

La mencionada inquietud sobre el *derecho a la diferencia* ha dado lugar a diversas teorías y estudios. A efectos de nuestro estudio, de manera básica y general, pueden señalarse dos concepciones elementales: el relativismo y el universalismo. *El relativismo cultural, en este sentido, propugna la necesidad de respetar las diferencias culturales y la imposibilidad de aplicar un único esquema de derechos humanos para todos, basado en una concepción individualista del ser humano; mientras que el universalismo, derivado de una comprensión de los derechos humanos como intrínsecos al ser humano por su sola calidad de tal, apunta a una visión necesariamente común a la humanidad más allá de los patrones culturales, religiosos o sociales de los grupos en los que estén inmersos los individuos*²⁵².

Entre la tensión universalista y el particularismo o relativismo de los derechos humanos, encontramos discusiones de gran relevancia. Así, y solamente a modo de ejemplo, destacamos la posición ética del discurso.

Desde esta posición *se intenta ofrecer un marco lógico y racional de valores y principios, de aceptación universal. Desde una ética discursiva se plantea que hay que dotar a los derechos humanos de un marco racional, que permita su defensa y construcción, a través del consenso, y de su apropiación como conjunto de valores universales a partir de la diversidad cultural y social del mundo actual. Por lo tanto, en el fondo, esta postura parte de una evocación universalista a la hora de abordar los problemas éticos de las sociedades contemporáneas*²⁵³.

252. SALMÓN GÁRATE, E., *América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos*, en *Agenda Internacional*, año VI, n°12 (Enero-julio 1999)

253. *Ibíd.*

En este contexto se sitúa la racionalidad comunicativa de HABERMAS²⁵⁴, el cual hace una lectura de los derechos humanos desde las propias instituciones sociopolíticas de los países desarrollados, planteando que los derechos humanos adquieren validez desde postulados de la comunicación y el consenso. Esta validez demandaría procedimientos consensuales de racionalidad comunicativa a través de los cuales se articula la participación democrática. De este modo insiste en el principio ético del reconocimiento recíproco de todos los hablantes como personas, y a partir de ahí propone un procedimiento para establecer normas válidas en la moral y el Derecho. *Se busca la resolución de los conflictos vía discusión, pero de modo que quedemos racionalmente satisfechos, nos tanto con el resultado obtenido, sino también de manera muy especial con la forma correcta en que se ha logrado*²⁵⁵.

Según este procedimiento, una norma sólo será justa si los afectados por ella están dispuestos a darle su consentimiento tras un diálogo celebrado en condiciones de simetría, porque les convencen las razones que se aportan en el diálogo. Por tanto, las normas que satisfagan intereses sectoriales son injustas, y sólo son justas las que satisfacen intereses universalizables donde se plasme el consenso. *Toda norma válida tiene que cumplir la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que resulten previsiblemente de su seguimiento universal para la satisfacción de los intereses de cada individuo particular, puedan ser aceptadas sin coacción alguna por los afectados*²⁵⁶.

254. HABERMAS, J., *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999; *Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en término de Teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

255. ARCO, J. del, *Ética para la sociedad red*, op. Cit., p. 60.

256. HABERMAS, J., *Aclaración de la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, p. 36. *Lógicamente el logro de este consenso universal presenta sus propios niveles lógicos. El primer nivel consistiría en perseguir por parte de los afectados lo que sería justo hacer, mediante discusión y argumentación estrictamente moral. En caso de no ser posible el consenso en este primer nivel pasaríamos al segundo nivel de discusión de carácter ético-social, buscando por las partes afectadas lo que sería bueno hacer según nuestro modo de vida. En última instancia, si en los dos primeros niveles no hemos obtenido el consenso perseguido pasaríamos a un plano discursivo socio-político en el que solamente quedaría obtener compromisos negociados para lograr lo que sería mejor hacer dadas tales circunstancias. Aun en este supuesto habrían de ser negociaciones* ►

Así, los derechos humanos no pueden inspirarse en la idea moderna de un sujeto universal y autosuficiente, sino en una racionalidad que se construye cooperativamente en el diálogo, la comunicación y el intercambio entre individuos y sociedades diversas. Los derechos humanos conforman la ética del consenso que rige la convivencia entre las personas de la misma o de diferente cultura, elaborados en constante diálogo y tensión entre su carácter universal y el respeto a los particularismos.

HABERMAS, considera que *los derechos fundamentales son el núcleo de instituciones morales en cuya captación convergen los principios universalistas del planeta. Existe, en el sentido expuesto por RAWLS, un overlapping consensus, en el que fundar una convivencia pacífica*²⁵⁷. En diversas publicaciones, en especial en *La inclusión del otro*, este autor ha insistido, en línea con la Declaración de Viena (1993)²⁵⁸, *en la imposibilidad de justificar las estrategias minimalistas, ya que éstas confunden gravemente cuestiones de contenido con cuestiones de método. El hecho de que existan unos derechos humanos prio-*

256. limpias, que cumpliesen mínimamente, al menos indirectamente, las reglas del discurso, de modo que haya equilibrio de intereses, debiendo participar todos los afectados relevantes: ARCO, J. del, Ética para la sociedad red, op. Cit., p. 60.

257. MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red, op. cit., p. 87*

258. Párrafo 1.5: *Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

Se desmentía así oficialmente la fuerte oposición, en Occidente, de muchos autores postmodernos, así como las fuertes reticencias culturales de las áreas africanas y asiáticas, que proclamaban los derechos del multiculturalismo en versiones cercanas al relativismo axiológico e idiosincrático. Es obvio, sin embargo, que se desmentía igualmente la tendencia occidental demasiado frecuente a pretender la universalización de los derechos humanos tanto en su espíritu como en su actual letra liberal, lo que conllevaría la occidentalización del mundo: RUBIO-CARRACEDO, J., Problemas en la universalización de los derechos humanos, op. cit., p. 434.

*ritarios o fundamentales no obsta para que el contenido irrenunciable de la universalización sea la totalidad de los derechos humanos*²⁵⁹.

Los críticos de HABERMAS consideran que *la universalidad de los derechos humanos esconde una manifestación del imperialismo cultural. La propuesta de universalizar los derechos del hombre no es otra cosa que la exportación masiva de pautas de comportamiento y de instituciones morales propias de occidente que no tienen que coincidir con los valores de otras sociedades del planeta*²⁶⁰. Así, entiende BILBENY que *hay éticas que, bajo la apariencia de mínimos continúan propugnando una ética de máximos, como aquellas que se reclaman de los derechos humanos o del respeto incondicional a la persona del otro. Ambos presuponen respectivamente el concepto de hombre y el de persona, que no son los mismos para todos y nos sitúan más allá del mínimo común exigible*²⁶¹.

Es interesante resaltar en este lugar una teoría ética propuesta, a la vista de los últimos avances tecnológicos, por BILBENY para resolver el problema descrito. Explica este autor que *un sustrato ético común para una sociedad pluralista sólo es viable a través de principios ponderables que permitan, a diferencia de los principios cerrados, la compatibilidad de lo que para todos debe ser entendido y aceptado como bueno o correcto y lo que para cada uno sea su propia vida y la realización de lo bueno*²⁶². Nos encontramos aquí con el primer y elemental inconveniente, realmente no podemos afirmar que existan principios universales de lo bueno o malo, por lo que no habrá ni principios ni acciones aceptadas universalmente como buenos o malos. A pesar de ello, continúa el autor afirmando que *el pluralismo de una ética común excluye cualquier ética de máximos, por más incuestionables o atractivos que nos parezcan sus principios. La alternativa consiste en una ética del mínimo común moral, que es la basada en pautas comunicables y al mismo tiempo compatibles con todas aquellas que no están en abierta contradicción con ella*²⁶³. En cualquiera de las opciones que tomemos para la defensa de una ética

259. *Ibíd.*, pp. 438-439.

260. MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red*, p. 87.

261. BILBENY, N., *La revolución de la ética*, op. cit., p. 168.

262. *Ibíd.*, p. 169.

263. *Ibíd.*, p. 170.

del mínimo común moral, toda norma de conducta tiene que obedecer los requisitos formales de racionalidad y universalidad que la hagan armonizable con toda aquella norma que no se contradiga abiertamente con ella. En este sentido, considera BILBENY, que hay tres principios que pueden construir una ética del mínimo común moral, a saber, pensar en uno mismo -principio de autonomía-, imaginarse en el lugar del otro a la hora de pensar -principio de reciprocidad- y pensar de forma consecuente con uno mismo -principio de reflexividad-²⁶⁴.

Como ya mencionamos, también PEREZ LUÑO considera la *posibilidad de crear una ética ciberespacial que genere y estimule actitudes de conciencia colectiva sobre el respeto de las libertades y bienes amenazados*²⁶⁵. Pero, ¿a qué libertades se está refiriendo efectivamente PEREZ LUÑO?, ¿solamente a las libertades comúnmente aceptadas en nuestro país y en los países de nuestro entorno?²⁶⁶ En este sentido parece claro que la protección o defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas más esenciales varía de unos grupos sociales a otros. Pues, incluso, en los Estados con mayor afinidad ética, como los europeos, *las diferentes sensibilidades democráticas unidas a la idiosincrasia del marco social en el que se aplican conllevan diferentes entendimientos del alcance de los derechos y libertades*²⁶⁷.

264. *Ibíd.*, p. 170. Estos tres principios involucran elementos relativos a la imaginación y a los sentidos, sin los cuales la ética no tiene sentido, ni es capaz de ser puesta en práctica, quedándose en un mero formulario de intenciones.

265. PEREZ LUÑO, A. E., *Internet y derecho*, op. cit., p. 733.

266. A este respecto es interesante la obra BOFF, L., *Ética planetaria desde el Gran Sur*, Trotta, Madrid, 2001. En la obra se determina cómo, solamente desde la convergencia de los valores Norte-Sur, el mundo podrá desarrollarse y encontrar sus verdaderos fundamentos morales.

267. Muestras de estas divergencias las encontramos en la defensa que hacen los diversos países de la libertad de expresión.

Un ejemplo paradigmático del diferente alcance que puede tener la libertad de expresión en razón de la comprensión moral por las diferentes naciones resulta de los asuntos *Open Door* y *Dublín Well Woman vs Irlanda* de 29 de Octubre de 1992 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y sobre el mismo ámbito, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en Sentencia de 4 de Octubre de 1991 (C-159/90) *The Society of the protection of Unborn Children Ireland Ltd vs Stephen Grogan et autres*. Este es un conocido caso relativo a la prohibición irlandesa de suministrar publicidad ►

Así las cosas, parece oportuno indicar que la mayoría de los autores que hablan de la creación de una ética universal que regule la red a través de normas autorreguladas lo hacen considerando que la ética o moral occidental será la que regule el Ciberespacio. Todo ello, sin tener en cuenta que encontrar una ética de mínimos en un espacio verdaderamente universal, donde conviven la casi totalidad de grupos sociales y religiosos, está condenado al fracaso, o al menos al sacrificio de las pautas morales o de comportamiento de los grupos minoritarios o con escaso poder económico. El análisis y la potencial creación de una ética ciberespacial requiere de una visión integradora en lo universal, exige planteamientos en los que participen todos los grupos sociales de la tierra; y no exclusivamente las instituciones del primer mundo.

Por todo ello, la dificultad de determinar unos criterios mundiales de comportamiento y ética en la red obstaculiza en gran medida la aplicación exclusiva del modelo autorregulado, o al menos la autorregulación consensuada por la totalidad de los grupos sociales que participan en el Ciberespacio.

2. El segundo de los aspectos negativos de la autorregulación corresponde al problema de la responsabilidad. Ya se ha mencionado que la autorregulación contrasta con la anarquía y con la libertad

267. sobre abortos para llevarlos acabo en Inglaterra, donde, obviamente, este tipo de publicidad es admisible.

Asimismo, es interesante el caso dirimido en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de Junio de 1997 (C-368/95) Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GMBH vs. Heinrich Bauer Verlag. Una editorial austriaca demanda a una alemana que publicaba su revista en el territorio austriaco, ofreciendo a sus lectores la posibilidad de participar en juegos con premios, lo cual contrariaba la normativa austriaca. Por tanto, para comercializar la publicación en Austria la revista alemana debía de modificar sus contenidos, o al menos, el alcance de los mismos, lo cual, entre otros aspectos, afectaba a la libertad de expresión: COTINO HUESO, L. y DE LA TORRE FORCADELL, S., "El caso de los contenidos nazis en Yahoo! ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales u de la territorialidad en Internet", 15 años de encuentros sobre informática y derecho, (1987-2002) DAVARA RODRIGUEZ, M.A. (Coordinador), Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Facultad de Derecho, Instituto de Informática Jurídica, Madrid, 2002, p. 898.

absoluta en el sentido de que existe una normativa que determina la conducta que debe ser llevada a cabo, así como la responsabilidad derivada de los actos de los distintos usuarios en la red. *En el ciberespacio, como en cualquier otro lugar, la persona que haya particularmente cometido una falta es evidentemente la primera en contraer la responsabilidad. Sin embargo, en los entornos electrónicos, estos actores no son siempre identificables o pueden encontrarse fuera de alcance*²⁶⁸. Asimismo, la exigencia de responsabilidad a los actores de Internet no es una tarea fácil cuando no existe un órgano institucional que respalde este requerimiento. Si no hay una sanción ni una medida coactiva que motive el cumplimiento de las consecuencias derivadas de la responsabilidad, el acatamiento de las mismas se ve sensiblemente disminuido.

3. Otro de los inconvenientes hace referencia a las sanciones que se derivan del incumplimiento de las normas. Si las sanciones las imponen todos los actores de la red en el momento en que, subjetivamente, consideran que se han incumplido las normas, estamos desandando el camino ya avanzado, volvemos a la ley del Talión, a la venganza personalizada e individual y a la legitimación de la justicia a la carta²⁶⁹. No parece que dejar en manos de los propios usuarios de la red el castigo por el incumplimiento de las normas sea la manera más justa de regular la red, ya que detrás de aparentes motivaciones objetivas se esconden impulsos muchos menos honrosos. Incluso, sin la necesidad de ir tan lejos, siempre cabe el error en el castigo y la injusticia derivada de ello. Hay que recordar que, en la comunidad de cibernautas, la mayor recriminación viene dada por los propios usuarios cuando éstos perci-

268. TRUDEL, P., "Derechos y responsabilidades de los usuarios en el Ciberespacio", op. Cit., p. 49.

269. Un ejemplo de la anterior afirmación lo encontramos en una noticia aparecida en la revista *ciberp@is*: Los escritores de virus deciden tomarse la justicia por su mano y se ponen a limpiar la red y lanzan especímenes como Noped, un virus que lucha contra la pornografía infantil en Internet buscando archivos JPG con estos contenidos en el ordenador infectado, denunciándolo mediante el envío de un mail anónimo a la policía británica. Ésta ya ha anunciado que no prestará atención a este modo de denuncias delictivas. Ante ésta y otras actitudes que hace que Internet parezca una permanente concentración de Hooligans en acto de servicio, jueces y legisladores han decidido tomar cartas en el asunto. *Ciberp@is*, nº 14, Agost-Sep-2001.

ben manipulaciones o conductas ajenas a la ética imperante. A pesar de las actuaciones judiciales, la autorregulación se antoja como arma de doble filo para los que creen que el vacío legal existente los acredita para todo tipo de infracciones. Cuando las sociedades se desarrollan al margen de la ley, desarrollan sus propios códigos, prácticas y sistemas éticos no escritos. Habrá que establecer con urgencia normas claras y efectivas de protección de una conducta civilizada antes de que los usuarios de las redes del Ciberespacio desarrollen hábitos contrarios al respeto de las normas en la sociedad civil.

4. Lo analizado sobre la dificultad de exigir responsabilidades a los usuarios de la red mediante mecanismos de autorregulación puede aplicarse a toda la normativa de autorregulación. Si bien hemos estudiado que el hecho de que la norma sea creada desde dentro aumenta la eficacia de la misma, el hecho de que las normas no sean impuestas por ningún órgano coactivo y que su acatamiento sea voluntario genera una grave falta de cumplimiento. No siempre las normas del deber ser son cumplidas voluntariamente. Es más, es costoso esclarecer cuál es su valor normativo, es decir qué papel juega la autorregulación en el sistema normativo tradicional. *Las decisiones que resolvieran los problemas legales relacionados con Internet y dictadas en virtud de un Derecho autorregulado carecerían de fuerza vinculante por sí mismas. Por ello, la intervención del Estado sería necesaria. El aparato coactivo estatal tendría que intervenir para hacer efectivas tales decisiones, lo que resta interés a la propuesta de una autorregulación como verdadera alternativa al Derecho Estatal*²⁷⁰.

5. Cabe señalar igualmente el déficit de legitimidad democrática propio de esa vía de elaboración de normas relativas a las consecuencias jurídicas de un fenómeno global²⁷¹. La legitimidad de todo Derecho implica que ha de ser expresión de la voluntad mayoritaria del pueblo libremente expresada²⁷². La autorregulación olvida el siste-

270. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, op.cit., p. 19.

271. MIGUEL ASENSIO, P. de, *Derecho privado de Internet*, op. cit., p. 81

272. MONTORO BALLESTEROS, A., *El deber jurídico*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Cuadernos de Teoría fundamental del Derecho n° 14, Murcia, 1993, p. 19.

ma normativo tradicional basado en la representación de la soberanía del pueblo, donde juega un aspecto esencial el carácter representativo de la conciencia social. Aceptar su existencia supone aceptar simple y llanamente que los usuarios de Internet adquieren poder soberano en el Ciberespacio, de modo que son los que legislan y producen normas para regular el fenómeno Internet. *Aproximadamente, desde 1576 prevalece la idea, -formulada originariamente por J. BODINO y reforzada por HOBBS-, de que sólo los Estados gozan del atributo de la soberanía, cedida generalmente por el pueblo, que es el verdadero soberano. De la soberanía deriva el derecho exclusivo de legislar, de producir normas jurídicas con carácter general que regulan la realidad y las relaciones sociales. Un Derecho creado por los internautas es incompatible con la idea de soberanía estatal y democracia todavía hoy imperante*²⁷³. *Lo cierto es que nos encontramos en un mundo que vive en su ignorancia creyéndose dueño de los avances tecnológicos que, sin embargo, pertenecen en realidad a unos pocos que, además ejercen su poder con escaso control democrático*²⁷⁴.

6. Para muchos, hoy día, la iniciativa de construcción un Derecho en Internet a través de la autorregulación es más un desideratum que una realidad. *Existen sólo ciertas regulaciones muy parciales forjadas por ciertas empresas y/o entes internacionales que no solventan los problemas jurídicos que plantea Internet, pues se concentran mayormente en aspectos técnicos y no jurídicos*²⁷⁵.

7. Por último la autorregulación manifiesta una importante falta de protección de muchos de los valores y derechos fundamentales que los Estados ya han consolidado en el mundo estrictamente físico. En la actualidad se observa como las pretensiones de autorregulación no siempre satisfacen la necesidad social de garantizar derechos fundamentales. Un triunfo de las normas creadas por los propios usuarios de la red supondría una renuncia expresa de los Estados a regular

273. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, op. cit., p. 19.

274. MOLES, R. J., *Derecho y control en Internet, La regulabilidad de Internet*, op. cit., p. 11.

275. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, op. cit., p. 22.

relaciones y situaciones sociales de gran relevancia. Ello encaja mal con la función que despliega el Estado social de nuestros días, caracterizado por una intervención normativa en la defensa de valores materiales determinados -tutela del consumidor, protección del patrimonio histórico, defensa del medio ambiente, protección de la parte débil de la relación, etc.- Ningún Estado actual está dispuesto a renunciar a su papel regulador de las relaciones entre particulares desistiendo así de la promoción y defensa de ciertos valores que pueden ser vitales en una sociedad.

Finalizada la exposición de la autorregulación, procedemos ahora al análisis de la heterorregulación del Ciberespacio, comenzando por los aspectos que hacen de este tipo de regulación la opción más óptima para aplicarla a la red. Así, a favor de la heterorregulación encontramos los siguientes argumentos.

1. Pensar en un autocontrol equivale, en la práctica, a considerar viable y razonable la utopía anarquista de una sociedad que puede convivir satisfactoriamente sin necesidad de la autoridad. En la práctica, en la sociedad real se ha verificado que la anarquía es imposible. Se hace necesaria la regulación del Estado o de una instancia institucionalizada para garantizar el respeto hacia el orden y los derechos fundamentales de los demás. Esta enseñanza del mundo físico, se ha materializado igualmente en el Ciberespacio. Las nuevas tecnologías pueden generar consecuencias indeseables en relación con las expectativas estimadas. La sociedad se ha mostrado incapaz de respetar deontológicamente una normativa, por lo que se estima necesaria la intervención de alguna instancia ajena a la sociedad de Internet, alguien que vele por el orden y por el respeto de los derechos y libertades de todos los actores. Nuevamente la comisión de delitos y la falta de respeto hacia los derechos fundamentales del prójimo aportan la acreditación perfecta a los Estados para participar en la red.

2. El recurso a la heterorregulación de los Estados está ligado a la defensa de los valores contenidos en las Constituciones democráticas. En este sentido, es un Derecho más justo que el anterior. Es un producto democrático, no de élites económicamente privilegiadas, sino de la soberanía popular. El déficit democrático, de este modo, queda superado. Igualmente, el respeto por el principio de soberanía queda

garantizado: son los Estados, depositarios exclusivos de la soberanía, los legisladores de Internet. Por ello, parece que *debe pasarse de la instintiva defensa del “no Estado” en Internet a la necesidad de reclamar un control público sobre las actividades que se ejercen en el ciberespacio. Control público sobre todo en la medida en lo que lo público conlleva, o debería conllevar las garantías de control democrático y jurisdiccional de que adolecen los sistemas de control que responden única y exclusivamente al interés privado, al interés no público*²⁷⁶.

3. La alternativa tradicional, la aplicación del Derecho de cada Estado, u otro sistema de heterorregulación, constituye la vía más eficaz para solucionar las cuestiones legales que el uso de Internet ha hecho surgir. Ello es así porque -salvo aspectos muy particulares, como la propiedad de los dominios en la red-, en realidad, los problemas jurídicos que plantea Internet no son nuevos. Se trata de problemas clásicos -contratación internacional, responsabilidad civil no contractual, protección de la intimidad, etc.-, presentados, ahora, eso sí, con un ropaje tecnológico novedoso. *La pretensión de construir un modo 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. Internet plantea problemas de difamación iniciados en un país y que producen efectos en otros países, cuestión que ya había suscitado, desde hace más de cien años, la prensa escrita. Entre otras cosas, Internet no es sino otro modo de concluir contratos Inter absentes, cuestión conocida y tratada por la doctrina desde los tiempos de SAVIGNY*²⁷⁷.

4. La globalización que supone Internet, como medio que permite el desarrollo de una economía y de una política de la información a escala mundial, no implica una total uniformización de culturas: éstas responden al ambiente real-físico correspondiente a cada rincón de la geografía mundial. Si siguen existiendo diferencias culturales, segui-

276. MOLES, R. J., *Derecho y control en Internet, la regulabilidad en Internet*, op. cit., p. 12.

277. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, op. cit., p. 23.

rán existiendo diferentes modos de organización social y deferentes Derechos nacionales. En el mundo de Internet, la geografía está viva, por lo que las diferencias culturales, reflejadas en diferentes costumbres, creencias y ordenamientos jurídicos en todo el mundo, continúan invariables.

Asimismo, la propuesta de una red heterorregulada es objeto de diversas objeciones, entre las que se pueden señalar las siguientes:

1. La red no es un lugar físico, es una mezcla donde se integran redes de diversos tipos. De todas estas piezas que se utilizan para construir infocarreteras, algunos bloques tienen regulaciones estatales y supraestatales diferenciadas. Al igual que se demostró la dificultad de establecer unos mínimo éticos a partir de los cuales autorregular el Ciberespacio, nos encontramos con que es imposible establecer un régimen jurídico común debido a la especialidad y separación de las distintas regulaciones nacionales.

El principal problema, a la hora de crear desde los Gobiernos un conjunto de normas comunes que sean realmente efectivas para todos los Estados, es tratar de armonizar los diferentes modos de entender y regular la realidad social, debido a que estos extremos son representación y manifestación de la cultura de cada uno de ellos. Lo que puede considerarse ilícito y, como consecuencia, digno de persecución y sanción en un Estado, puede no serlo en otro. *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. De todos modos, se trata de una labor todavía inmadura e insuficientemente legislada que deberá ir desarrollándose paulatinamente para estar en consonancia con la realidad social y los problemas que en ella se plantean como consecuencia de todos estos riesgos cibernéticos*²⁷⁸.

No podemos cerrar los ojos a esta evidencia, cualquier regulación que pretenda ser un mínimo eficaz en el Ciberespacio ha de superar las barreras nacionales y formarse desde la cooperación internacional,

278. CUERVO, J., *Internet, luces y sombras, en red* http://www.informatica-juridica.com/trabajos/luces_y_sombras.asp

de modo que la normativa pueda proyectarse en los marcos virtuales del Ciberespacio. Pero nuevamente se nos presenta una gran objeción: ¿cuáles son los estándares mínimos regulatorios sobre los cuales construir un régimen de Internet? Por ello, tratar de instaurar una normativa heterorregulada de carácter global presenta como gran inconveniente determinar qué prohibir y qué permitir.

2. La propia separación y especialidad entre regulaciones, dependiendo de los contenidos que se consideren, pueden hacerse extensivas también a otros problemas que el tráfico genera. Algunos de estos son viejos, pero cometidos a través de un medio tecnológico nuevo, siendo esto lo único que tienen en común todos estos inconvenientes. La dificultad *radica en el modo de abordar una regulación cuando las relaciones posibles se trasladan a todo ciudadano del planeta desde cualquier punto, con cualquier finalidad y desde cualquier medio de transmisión*²⁷⁹. Es evidente que el margen jurídico de movimiento debe ser, al menos, tan amplio como las necesidades de todo este cúmulo de usuarios y actividades.

3. Otro obstáculo para la heterorregulación lo aporta el espíritu abierto y libre con que surgió Internet. Cualquier intento de regular la red desde el exterior, a través de la participación de los Estados, muestra una contradicción de fondo con la intención con la que se desarrolló este espacio. Del mismo modo, supone un gran obstáculo para la heterorregulación del Ciberespacio el arraigado y extenso influjo que en este contexto ha tenido y tiene la autorregulación. *Ello se debe a varios factores, entre otros encontramos, desde luego, esa alergia hacia el Derecho y el Poder que manifestaban los primeros navegantes de la red, o la profunda relevancia que la autorregulación tiene, en general, en la sociedad estadounidense, alma mater de Internet*²⁸⁰.

4. Asimismo, la determinación de los Tribunales competentes y la Ley aplicable a cada supuesto concreto se manifiesta como uno de los grandes problemas a los que debe enfrentarse cualquier intento autorregulador.

279. *Ibíd.*, p. 90.

280. GARCÍA MEXÍA, P. *El derecho de Internet*, op. cit., p. 107.

5. La regulación jurídica se caracteriza por su petrificación y anquilosamiento, lo cual es incompatible con la evolución de las realidades sociales que ordena. Si esto es así en todas y cada una de las relaciones sociales, en el caso del Ciberespacio y las relaciones que surgen en él la situación se radicaliza. Por ello, el marco de protección y regulación que se desarrolle para este entorno deberá incluir herramientas que faciliten una movilidad y un cambio constante. Si admitimos la transformación y evolución de todo lo que rodea al Ciberespacio, no podemos pensar que el marco jurídico-legislativo que envuelva a este medio quede obsoleto.

*Así, el ritmo de aceleración en la investigación y el desarrollo tecnológico que multinacionales y Gobiernos están imprimiendo a Internet y al mundo que lo rodea, debe ser equiparable al que experimenta la legislación que controle ese fenómeno*²⁸¹. El Derecho no tiene la movilidad que la realidad social de Internet exige y una regulación internacional férrea de este medio entorpecería su ritmo de expansión.

En la misma línea afirma BARROSO ASENJO que *no hay que ser ingenuos, ya que la legislación no constituye la panacea para solucionar los problemas surgidos en Internet. Las innovaciones informáticas caminan muy por delante de todas las legislaciones*²⁸².

6. Por último podemos alegar la *supuesta* imposibilidad material de regular la red. Tras Internet hay hechos que no son regulables lo que, en principio, entorpece la acción de los Estados sobre la red.

Una vez analizado los aspectos positivos y los negativos de cada uno de los modelos estudiados, parece obvio que la respuesta correcta se encuentra en la combinación de ambos. Pensar en una red autorregulada se ha convertido en la actualidad en una utopía, por el contrario, definirse por un Ciberespacio completamente heterorregulado significa dejar atrás todas las ilusiones puestas en la red desde sus orígenes. Por ello, la red, como escenario plural y global, no requiere un tipo único de regulación, sino la combinación de variadas regulaciones. *La regulación de la red ha de ser tan variada y plural como es la*

281. LAGARES, D. *Internet y el Derecho*, op. cit., p. 91.

282. BARROSO ASENJO, P. *La ética en la cibernsiedad*, op. cit., p. 317.

*propia estructura, compuesta de decisiones centralizadas, también de decisiones 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*²⁸³. En este mismo sentido se expresa GARCÍA MEXÍA quien entiende que *la heterorregulación de Internet ha de limitarse al mínimo indispensable, debiendo ser por naturaleza más incisiva en algunos ámbitos casi imperceptible en otros*²⁸⁴.

En Francia, desde el Gobierno, se está promoviendo el concepto de corregulación que asocia empresas, usuarios y poderes públicos. En una entrevista al diputado CRISTIAN PAUL²⁸⁵ éste explica que *había que evitar crear una policía de Internet y Francia no ha querido instaurar una forma de control estatal de la red. El segundo escollo habría sido considerar, como suele ocurrir en los Estados Unidos, que solo los entes privados, las empresas, son capaces de regular Internet. Aunque creo que es útil que las empresas participen, está claro que las instancias elegidas por los ciudadanos poseen una verdadera legitimidad. La corregulación que propongo es un método de concertación entre los poderes públicos, los participantes de la autorregulación privada, los usuarios de Internet, a los que se debe proporcionar un ámbito de discusión y debate abierto. Y sugiero concretamente la creación de un foro de los derechos sobre Internet, cuyas funciones serían aconsejar, alertar, informar y actuar como intermediario. La creación de una estructura de este tipo, alimentada por la experiencia de los usuarios sería una excelente iniciativa*²⁸⁶.

283. MUÑOZ MACHADO, S. *La regulación de la red*, op. cit., p. 35.

284. GARCÍA MEXÍA, P. *El Derecho de Internet*, op. cit., p. 107.

285. *Autor de un informe para el primer ministro titulado Du droit et des libertés sur l'Internet (del derecho y de las libertades en Internet)*, junio de 2000. On line: www.Internet.gouv.fr

286. www.france.diplomatie.gouv.fr

