

CAPÍTULO CUARTO LA REGULACIÓN

I. Límites del derecho y funciones del Estado . . .	141
II. La problemática de la autorregulación	145
III. Regulación heterogénea	159
IV. Políticas de estímulo, medios de protección y poder público	165
V. Recapitulación	173

CAPÍTULO CUARTO

LA REGULACIÓN

I. LÍMITES DEL DERECHO Y FUNCIONES DEL ESTADO

La evolución y el desarrollo del derecho a lo largo de los siglos habían perfilado los límites del fenómeno jurídico de una manera que se podía considerar como estable (si es que se puede considerar que en el derecho existen elementos de ese tipo desprovistos de la azarosidad de lo relativo, pero ésta es otra cuestión en la que ahora no vamos a entrar). La figura del Estado, y sobre todo la del Estado constitucional, medió de manera pacificadora en esta problemática que merece especial consideración cuando hablamos del derecho público. Al mismo tiempo, se definieron con cierta claridad cuáles debían ser las funciones estatales.

Sin embargo, Internet, el fenómeno más característico de la sociedad de la información, ha incidido en el *status questionis* para introducir nuevas dudas que encuentran suma dificultad para diluirse aplicando las categorías jurídicas clásicas. Sin caer en determinismos técnicos, que rechazamos —porque, como señala Wolton (2000, 19), lo esencial en la comunicación no es la técnica— se puede afirmar que esa red de redes que es Internet ha afectado de manera importante nuestra vida, como ya hemos visto, haciendo emerger un conjunto de nuevos retos en los diversos órdenes del conocimiento humano y generando un cúmulo de incertidumbres que hacen tambalear los cimientos de diversos patrones culturales. Veremos en el capítulo siguiente cómo se difumina la distinción entre lo público y lo privado, entre lo individual y lo colectivo, entre

lo real y lo virtual. De igual modo, cómo las categorías del espacio y del tiempo se relativizan. La propia configuración técnica de la Red en un sentido determinado, excluyendo otros, condiciona la propia regulación. Es lo que quiere decir Lessig (2001, 67) cuando indica que “algunas arquitecturas hacen que la conducta resulte más regulable y otras hacen que resulte menos regulable”. También el propio *software* empleado tiene relevancia a la hora de diseñar las políticas de regulación porque, por ejemplo, el *software* libre o abierto es menos controlable que el cerrado, lo que da lugar, como apunta el autor citado, a que “mientras el código permanezca abierto, el poder del Estado será reducido” (*ibidem*, 202).

La superación de las fronteras estatales de la mano de Internet coloca al Estado en una difícil tesitura dadas las dificultades que experimenta para controlar el fenómeno, si bien es cierto que la crisis de las estructuras clásicas del Estado es previa a la Red. Una nueva forma de Estado (el Estado red) quizá sea inducida, como apunta Castells (1999, 399), por “la globalización del capital, la multilateralización de las instituciones de poder y la descentralización de la autoridad a los gobiernos regionales y locales”. Internet es un elemento nuevo que se suma a este panorama analítico. La realidad de Internet es plurilocal y diluyente de la frontera geográfica y de la autoridad controladora. La frontera como pauta de referencia de la regulación pierde gran parte de su sentido y la base virtual sobre la que se asienta Internet mengua en grado sumo la fuerza de la medida espacial física. La ineluctable aparición del ámbito internacional origina importantes problemas de ley aplicable, foro competente y alcance de las decisiones adoptadas, además de las discusiones en torno al lugar del control, en origen o en destino, aquél tal vez más eficaz, éste quizá más protector con los usuarios-consumidores. El mantenimiento por parte del Estado de todo su poder en el interior de su territorio no es suficiente para asegurar el dominio de la Red. Indica Castells (1998, 272) que

“el control estatal sobre el espacio y el tiempo se ve superado cada vez más por los flujos globales de capital, bienes, servicios, tecnología, comunicación y poder”. A ello añade que “la captura, por parte del Estado, del tiempo histórico mediante su apropiación de la tradición y la (re)construcción de la identidad nacional es desafiada por las identidades plurales definidas por los sujetos autónomos”. Por su parte, Muñoz Machado (2000, 27) afirma, en afortunada expresión, que “Internet desconoce los equilibrios de Westfalia”. Incluso hay posturas que sostienen posicionamientos tan radicales como el de la existencia de “una soberanía del ciberespacio, una soberanía que compete con los Estados soberanos del espacio real” (Lessig, 2001, 347). La mundialización que provoca Internet es uno de los elementos del proceso de globalización que nos envuelve.

Los ejemplos que corroboran lo dicho son abundantes. En este orden de ideas, podemos citar la controversia surgida en Francia con el portal *Yahoo!* por la venta que en éste se hacía de objetos relacionados con el nazismo. Aprovechando que la legislación francesa reprimía tal conducta, diversas asociaciones judías acudieron a los tribunales franceses para que se acabara con esa venta o, en su defecto, que la empresa estableciera una serie de filtros para que no se pudiera acceder desde Francia a las ventas. El Tribunal de Gran Instancia de París decidió, el 20 de noviembre de 2000, darle tres meses de plazo a *Yahoo!* para que bloqueara el acceso de los usuarios galos a la subasta de los objetos nazis, aunque admitía que era imposible establecer un sistema de filtrado que permitiese un bloqueo total. *Yahoo!* desoyó inicialmente tal requerimiento y acudió a sus tribunales para ampararse. En efecto, los tribunales estadounidenses le dieron la razón a la empresa y consideraron que la libertad de expresión cubría su actividad (sentencia del Tribunal del Distrito Norte de California, sito en San José, del 7 de noviembre de 2001). Sin embargo, razones de mercado aconsejaron a *Yahoo!* a re-

tirar de su página los objetos controvertidos, y no sólo para Francia sino para todo el mundo. Este caso pone de manifiesto la ineficacia de las normas estatales y la fuerza de las reglas e intereses mercantiles que dicta el funcionamiento del mercado.

Otro ejemplo ilustrativo de las dimensiones supraestatales de Internet es el siguiente. El médico particular del antiguo presidente de la República francesa François Mitterrand publicó en 1996 un libro sobre la muerte del mismo, acaecida a finales del año anterior. Un tribunal parisino estimó que dicha publicación, que recogía la última etapa de la vida del político, suponía una agresión a la intimidad, por lo que ordenó el secuestro del libro. Sin embargo, antes de que el secuestro se hiciese efectivo se vendió un elevado número de ejemplares, uno de ellos al dueño de un cibercafé que, raudo y veloz, procedió a introducir en la Red una copia. Diversas organizaciones y activistas de la libertad de expresión obtuvieron copias a través de Internet y lo tradujeron al inglés. Las autoridades francesas no pudieron hacer nada para controlar esta expansión de la publicación, a pesar de la medida de secuestro judicial adoptada en su territorio.

El derecho no escapa a la incidencia de Internet en todos los órdenes, una incidencia que está exigiendo replantear muchas de las instituciones jurídicas al uso y que reclama aproximaciones teóricas que arrojen luz a las oscuridades conceptuales que nacen al abrigo de la Red. No sólo obliga, como indica Féral-Schuhl (2001, 6), a una nueva mirada a las normas jurídicas, sino que también exige un esfuerzo de imaginación. La ciencia y la tecnología son, en palabras de Kaplan (2000, 8), “actividades e instituciones sociales”, por lo que el fenómeno jurídico tiene que entrar en ellas insoslayablemente. En este capítulo vamos a efectuar una serie de reflexiones teóricas sobre la regulación de Internet, uno de los temas capitales y en los que la incertidumbre es evidente, que nos precipitan a realizar un conjunto de comentarios sobre los límites del derecho y el

papel del poder público (en el sentido de estatal). Internet refleja de manera prototípica la tensión dialéctica entre la libertad y el control en el tablero de ajedrez de la regulación estatal. El planteamiento de las diversas cuestiones ligadas con esta problemática ha cambiado con el paso de los años, pues los inicios de la Red estuvieron marcados por la “tradición libertaria de los fundadores” y por “la anarquía y la evolución «democrática» de abajo arriba de la estructura y de los contenidos” (De Areilza en Mayor/De Areilza, 2002, 51). Ello llevaba a que se considerase permisible todo lo técnicamente posible. El trascurso del tiempo ha visto cómo los deseos intervencionistas estatales fueron creciendo de manera que, generalizando, se puede distinguir entre estas dos etapas, que casi se corresponden con dos tipos de generaciones de usuarios. El punto final en el que parecemos estar, al menos de momento, es el de la corregulación.

La inadecuación de diversas categorías tradicionales, las dificultades para afrontar jurídicamente la globalización y la superación de fronteras de la Red conducen a un debate que enfrenta a los partidarios de una mayor regulación y control con los defensores de un aumento de la libertad y de la retirada del poder estatal. A ello hay que añadir que la “tecnología, y especialmente Internet”, sobrepasa rápidamente la legislación y “la convierte en obsoleta” (Podesa, 1996, 1109), y que esta forma de comunicación global carece de un centro que la controle —Kass (1998, 93) considera este último dato como un “aspecto esencial” en la discusión de la regulación de Internet—. Se conforma, de esta guisa, un debate de singular relieve que es necesario afrontar.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA AUTORREGULACIÓN

El clásico tema del poder adquiere perfiles nuevos en el mundo digital. Los diversos modelos de regulación de las comunicaciones (muy poco intervencionista el de la pren-

sa, mucho el de la televisión *hertziana* y en una situación intermedia el de la televisión por cable) no pueden ser trasladados sin más al campo de Internet. Los esquemas de la comunicación que soportan las nuevas tecnologías digitales llevan a la crisis del marco de regulación tradicional. Éste se construyó para dar respuesta a un entorno de comunicación analógico alejado de la realidad actual del mundo digital. Lessig (2001, 25) sostiene categóricamente que el ciberespacio “requiere una nueva comprensión del modo en que funciona la regulación, así como de lo que regula la vida en ese espacio”. Esta superación del esquema de regulación tradicional de la mano de las nuevas tecnologías se suma a la superación del criterio que llevaba a separar la disciplina de las telecomunicaciones de la regulación de los medios de comunicación social como respuesta a la ligazón de aquéllas a parámetros técnicos. Los procesos de convergencia o el desajuste funcional aconseja dejar de lado dicho criterio.

Abordar la delicada cuestión de la regulación de Internet requiere la comprensión de los elementos que lo caracterizan, de sus especificidades individualizadoras, que serían el contenido de lo que el autor acabado de citar, Lessig, denomina “código” (la manera en que es el *hardware* y el *software*, que hacen del ciberespacio lo que es —*idem*—). Por eso, la aproximación a esta temática no debe hacerse desde las simplistas oposiciones que giren en torno a la idea de intervención. Es lo que nos quiere decir Morón Lerma (1999, 109) cuando afirma que “seguir planteando el conflicto «liberalización *versus* control» o «Estado *versus* usuarios» resulta, a estas alturas, una intolerable simplificación”.

Los desafíos de la Red en el terreno de su regulación son muy diversos. Paul (2001, 67 y ss.) los recoge de la siguiente forma: en el campo de la aplicación del derecho tenemos la dimensión internacional de la Red, que dificulta la lucha contra la criminalidad y que lleva a una concurrencia de sistemas jurídicos, y en el terreno de la elabo-

ración del derecho se encuentran la insuficiente reactividad del procedimiento de elaboración de normas, la también insuficiencia de las garantías judiciales y la necesidad de concertación.

Ante la globalización del fenómeno, que sobrepasa, como hemos visto, el nivel territorial estatal, y la imposibilidad de ejercer un eficaz control de Internet, se preconiza, por un lado, una huida del derecho estatal al postular la necesidad de elaborar códigos éticos o de conducta, y por otro, se estimulan formas de autocontrol y autorregulación como resultado de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de los particulares, más operativo en el nuevo contexto. Ambas ideas están muy conectadas pues una asociación de particulares que quiera establecer sus propias normas debe basarse en gran parte en lo ético, ya que carecerá del aparato coactivo estatal para imponer por la fuerza dicha normativa. Detrás de estas posiciones late la sensación de que son las exigencias del mercado las que debe fundamentar la autorregulación. Se alude, para justificar esta opción, a los problemas de competencia que acarrea la ausencia de territorialidad y la suma descentralización del fenómeno, lo cual es, por otra parte, una simplificación de todo punto exagerada, que habría que enfrentar con una armonización de la legislación internacional. En cambio, en otros momentos se concluye que es obligación de las autoridades garantizar el acceso a Internet, para lo que es preciso conjugar varios factores, entre los que está la regulación de la Red por parte de los órganos estatales; es decir, que la regulación buscaría primordialmente garantizar el acceso con la coactividad del aparato estatal detrás.

De manera paralela a la autorregulación se ha acuñado el término “netiqueta” para referirse a las reglas de trato social asumidas por los usuarios, a modo de deontología interna, y en torno a las cuales se ha generado consenso. En este sentido, se ha señalado desde un punto de vista sociológico, que tales medidas son cercanas al espíritu de

los usuarios anglosajones (Bertrand/Piette-Coudol, 2000, 5). Panzier y Jez (2000, 38) consideran que la “netiqueta” se basa en cuatro cuestiones principales: cortesía (no abusar de la utilización de un sitio monopolizándolo), prudencia (cuidado en el uso de los servicios de mensajería o buscando la facilidad de comprensión con el uso, por ejemplo, de *smileys* —combinaciones de caracteres alfanuméricos que en un determinado orden representan estados de ánimo, apariencias físicas, seres u objetos—), evitar el envío de datos sensibles a través de la Red, y respeto al derecho de autor. Realmente la “netiqueta” es algo diferente a la autorregulación, pues aquella está conformada por reglas sociales o de educación y ésta por normas jurídicas, aunque no originadas en el aparato estatal.

Pese a lo dicho, estas figuras aún no están totalmente perfiladas desde la técnica jurídica. En el concepto de autorregulación entran manifestaciones diferentes (códigos éticos o de buena conducta, usos, costumbres, cláusulas contractuales...) a las que se les trata de dotar de los rasgos propios de las normas jurídicas, como el de la coactividad, si bien esta posibilidad de imposición por la fuerza (que es en lo que se concreta la coactividad) no opera con la misma eficacia que en las normas de origen estatal, detrás de las cuales se halla un aparato público (tribunales, fuerzas de seguridad) que garantiza su aplicación. Por eso puede hablarse de *soft law* o “derecho blando”. Incluso, en las reglas de cortesía que se califican de “netiqueta” está también presente la idea de sanción concretada en la exclusión del grupo, pero ésta no es la sanción propia del incumplimiento de las normas jurídicas, ya que no va aparejada a la coactividad. De ahí que Paul (2001, 51) indique que “las reglas definidas por la «netiqueta» aparecen” sin garantía de respeto.

Como acabamos de decir, en este tema lo que se aconseja en algunas ocasiones es que las autoridades públicas se retiren. Ureña señala con claridad meridiana que los “Estados son conscientes de su incapacidad para regular

todas las manifestaciones de Internet”, por que lo “que han optado por la remisión a la autorregulación de los interesados” (en Cayón Garrido, 2001, 138).

Desde la Federal Communication Commission de los Estados Unidos se trata de encontrar nuevos modelos que permitan evitar la regulación, al tiempo que sirvan para la mejora de la competencia y de la universalización del servicio. Este órgano ha propiciado una libertad en Internet desligada de requisitos y regulaciones, aunque el Congreso estadounidense, como veremos más abajo, está siendo más intervencionista. En los orígenes estadounidenses del fenómeno de la Red se incidía bastante en la idea de la autorregulación, entendida como el establecimiento progresivo y consensuado de pautas de funcionamiento que se originaban y se aceptaban por los propios usuarios y desarrolladores (no obstante, en los propios Estados Unidos también se alzan voces contra los insatisfactorios resultados de la autorregulación, como el informe de mayo de 2000 de la Federal Trade Commission).

En México, la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada el 7 de junio de 1995, no aborda el fenómeno de Internet en ningún momento, aunque quizá deba entenderse como uno de los servicios de valor agregado que contempla. La ausencia de legislación específica deja el camino expedito a la autorregulación.

Por su parte, en la Unión Europea también se aboga por la autorregulación, como puede verse en el Plan de Acción del 25 de enero de 1999 para promover el uso seguro de Internet. En dicho Plan se trata de que los proveedores de acceso fijen las normas que deben cumplir sus clientes, de manera tal que éstos se ven obligados al cumplimiento de semejantes normas si quieren usar los servicios del proveedor. Ello pretende hacerse con importantes dosis de cooperación entre los interesados y coordinación entre las medidas tomadas en cada Estado. La propia Unión marcará directrices de referencia para hacer estos códigos de conducta, que se busca dotarlos de eficacia introduciendo

mecanismos específicos de control y sanción. También en Europa, en la directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, en su considerando 49, indica que “los Estados miembros y la Comisión fomentarán la elaboración de códigos de conducta; ello no irá en perjuicio del carácter voluntario de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente la adhesión a los mismos”. Estas ideas se desarrollan en el artículo 16 de dicha directiva, en donde se citan como elaboradoras de estos códigos las asociaciones comerciales, profesionales y de consumidores. Mención especial en este precepto merecen los códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana, que también despiertan la atención específica de la recomendación 98/560 del Consejo de la Unión para reclamar, de igual forma, códigos de conducta. Semejante apuesta de las autoridades europeas por la autorregulación se ha traducido en la aparición de un elevado número de códigos de este tipo y de principios generales para la elaboración de los mismos. Como ejemplo pueden citarse los códigos de conducta adoptados por la Asociación Europea de Proveedores de Servicios de Internet (EuroIspa) o el Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet elaborado por la Asociación Española de Comercio Electrónico en 1998, fecha temprana para este tipo de cuestiones. En fin, la Ley española 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, también promueve la elaboración de códigos de conducta, ya que considera que son un instrumento de autorregulación especialmente apto para adaptar los preceptos de la propia Ley a las características específicas de cada sector (apartado IV de la exposición de motivos y artículo 18).

Los sistemas de autorregulación se basan, fundamentalmente, en la elaboración, por parte de asociaciones de empresarios, de códigos de conducta que tratan de recoger las reglas deontológicas pertinentes para limitar la propia ac-

tividad empresarial y proteger a los usuarios. El ámbito en el que se originaron fue el de la privacidad, en concreto la protección de datos en relación con la publicidad. La gran virtud de estos códigos es su flexibilidad y, por ende, su capacidad de adaptación. Tales sistemas pueden tener una aplicación supranacional con la cual dar respuestas globales a una problemática que ya sabemos que también es global. Un mecanismo que se suma a los códigos de conducta es la solución extrajudicial de controversias (*alternative dispute resolution systems*). Tal mecanismo se configura como un segundo núcleo en la autodisciplina de la industria. En este sentido, Gómez Castallo afirma que “los consumidores requieren mecanismos rápidos, baratos y eficaces que permitan la solución de los eventuales conflictos que puedan surgir en sus relaciones, en Internet, con los diferentes oferentes; y esto sin importar el lugar donde esté radicado el oferente” (en Gómez Segade/Fernández-Albor/Tato, 2001, 460). La rapidez en la resolución, los nulos costos y la eficacia de la decisión son el valor añadido de estos sistemas extrajudiciales.

La directiva europea 2000/31/CE dedica un artículo, el 17, titulado “Solución extrajudicial de litigios”, a esta cuestión, tratándola de manera favorable. Los dos primeros párrafos de dicho artículo responden al siguiente tenor literal:

1. 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.
2. Los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas.

De igual manera, la recomendación 98/257/CE de la Comisión Europea establece cuáles deben ser los requisitos de un sistema de resolución extrajudicial si quiere ser reconocido. En este sentido se citan la transparencia, independencia, contradicción, eficacia, libertad de elección y derecho de representación del consumidor. Diversas organizaciones involucradas en la autorregulación ofrecen *on line* a los usuarios formularios de reclamación en diversos idiomas. La búsqueda de la dimensión supranacional a estas resoluciones extrajudiciales impulsa la figura del reconocimiento mutuo y la agrupación y coordinación de los sistemas nacionales. Ejemplo de ello es la Alianza Europea para la Ética Publicitaria (EASA o European Advertising Standards Alliance) o la Red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de controversias en materia de consumo. Asimismo, los sistemas de autorregulación están creando íconos o etiquetas electrónicas que se incorporan a los sitios *web* que forman parte de mecanismos de autorregulación con el objeto de despertar la confianza de los usuarios y dotarse, así, de un *plus* de calidad respecto a otras páginas. Esta etiqueta supone, por un lado, “que el proponente asume y se compromete a cumplir en su actividad, globalmente, las reglas deontológicas de conducta presentes en un determinado código”, y, por otro, “que ese oferente se compromete a cumplir las decisiones que, en aplicación del código de conducta, el órgano extrajudicial de resolución de controversias adopte de presentarse, en el entorno plurinacional de Internet, cualquier litigio por un consumidor o un competidor” (Gómez Castallo en Gómez Segade/Fernández-Albor/Tato, 2001, 463). El correcto funcionamiento de las diversas manifestaciones de la autorregulación aumentará la confianza de los usuarios, lo que traerá como consecuencia el crecimiento del uso de la Red. Todo ello pasa por una adecuada coordinación de las abundantes iniciativas nacionales ya existentes, primero en un marco regional y después global.

Esta situación proclive a la autorregulación contrasta con lo que se percibe en algunas ramas del derecho, como el derecho penal o el derecho tributario, en las que se buscan nuevas soluciones para mantener bajo control estatal el fenómeno de Internet. Incluso, en el origen de Internet, cuando en teoría el fenómeno era más libertario, los usuarios no tenían la capacidad suficiente para dar normas *per se* que agotasen las necesidades regulativas. Fue el gobierno de los Estados Unidos el que promovió, impulsó y protegió sus reglas de funcionamiento. La autorregulación no es, ni mucho menos, la solución definitiva ya que, como indica Llaneza (2000, 274), “suscita muy razonables críticas”.

En el derecho tributario han aparecido propuestas como la creación de un tributo específico (el *bit tax*), que se aplicaría en función del tamaño de los ficheros descargados desde la Red. Así se compensaría, en parte, la bajada de la recaudación impositiva que cabe esperar del comercio electrónico al ser más complicado ejercer sobre el mismo un control fiscal efectivo. La dificultad de implantar un impuesto así ha llevado a que se busquen vías alternativas de sujeción, pero no a eximir de gravamen. Igualmente, en el derecho tributario se ha debatido con intensidad la solución a la falta de eficacia en el campo de las redes informáticas de los criterios tradicionales de sujeción a un determinado poder tributario, es decir, del principio de territorialidad y del principio de nacionalidad.

Por su parte, en el derecho penal de un gran número de países ya existen diversas referencias y previsiones que afectan directamente a la Red y tipos penales en los que consta la utilización de una serie de medios informáticos (por ejemplo, en cuanto al descubrimiento y revelación de secretos el artículo 197 del Código Penal español de 1995 habla, como medio para descubrir secretos o vulnerar la intimidad, del correo electrónico, que también debe ser tenido en cuenta en el descubrimiento de secretos de empresa señalado en el artículo 278). Detrás de la represión

penal de ciertas conductas hay “un debate, cuyo telón de fondo no es otro que la seguridad en las redes de información, centrado en la bondad político-criminal de otorgar tutela jurídico-penal a determinados intereses relevantes, que pueden ser puestos en peligro por determinadas conductas, consideradas, *a priori*, antesala de su vulneración (así, por ejemplo, las conductas de *hacking* o de mero intrusismo informático)” (Morón Lerma, 1999, 94).

Desde postulados tradicionales, y un tanto genéricos para la cuestión que ahora estamos tratando, no parece muy afortunada la recomendación de dejar el derecho al margen. En efecto, desde un punto de vista general puede afirmarse que el derecho, fenómeno que regula la sociedad, debe abordar aquello que merece ser regulado, dejando sólo de lado lo que por carecer de importancia no resulta necesario prever. Sin duda, Internet no pertenece a la categoría de cuestiones irrelevantes que no es preciso abordar, sino que la trascendencia que atesora exige que lo jurídico le preste especial atención. Boix (2002, 134-135) es tajante en este sentido al entender que con Internet subsisten las razones que tradicionalmente han justificado la intervención pública en la regulación de la transmisión de información y ordenación de las comunicaciones. E, incluso, va más allá al considerar que la aparición de Internet, “lejos de deslegitimar la intervención pública, no viene sino a reforzar la importancia de la labor de creación del correcto marco para la realización de las actividades informativas”. El fenómeno general de liberalización de las telecomunicaciones conlleva, como lógica consecuencia, una regulación más importante que trate de garantizar la competencia. No obstante, no queremos perder el tópico de Internet para no diluirnos en la problemática más amplia de las telecomunicaciones. Las dificultades técnicas para aproximarse a la Red de redes no pueden ser una eximente para soslayar la necesidad de regularla. Otro asunto es que una vez realizada dicha regulación se vea que lo más operativo es no introducir *ius cogens* o derecho imperativo,

o sea, normas de cumplimiento obligatorio, sino hacer prevalecer los acuerdos de los particulares sobre la previsión normativa, que en todo caso debe existir. Sin embargo, en esta línea argumentativa puede no ser conveniente introducir normas de derecho voluntario dada la relevancia del fenómeno de Internet y el interés general que se puede predicar que ostenta. Un interés general que, como ya vimos en el apartado III del capítulo segundo de este libro, puede llegar a conectarse a la idea de servicio público.

No obstante, partir en esta cuestión de otros postulados da lugar a un razonamiento diferente. El fenómeno de las telecomunicaciones puede ser analizado en términos de libertad de expresión y comunicación, lo que quizá choque con la idea de servicio público. Ésta lleva a la titularidad pública del servicio y a la concesión para que un particular lo ejerza, mientras que la presencia en la materia de derechos fundamentales impediría tal titularidad pública y desembocaría, en todo caso, en una autorización, que es compatible con un previo derecho subjetivo del particular. La situación inicial del particular ante la actividad sería la de libertad (esta problemática se planteó, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español de 1994 sobre la televisión por cable). Ante ello, la opción de retirar el derecho no resultaría incorrecta.

En realidad, razonar en términos de servicio público resulta una agresión a la lógica por las características de Internet, que dejan en lo absurdo la *publicatio* de una actividad virtual y sin fronteras (cosa diferente es, por ejemplo, la instalación de una red digital de servicios integrados, que es una red con conectividad digital de extremo a extremo). En este sentido, en la Unión Europea se han aprobado normas que parten de semejante idea que excluye de raíz la noción de servicio público. Así, en la citada directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, establece el principio de no autorización previa al indicar

en su artículo 4.1 que “los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes”. De acuerdo con la directiva 98/34/CE anterior a la señalada (reformada por la 98/84/CE) se entiende por servicio de la sociedad de la información “cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de servicio” (considerando 17 de la directiva 2000/31/CE); quedan fuera los servicios prestados mediante transacción de datos sin petición individual y destinados a la recepción simultánea por un número ilimitado de destinatarios (por ejemplo, servicios de radiodifusión televisiva y radiofónica). La Ley española 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, recoge la fórmula europea de ausencia de autorización en su artículo 6o., aunque resulta un tanto desvirtuada cuando más adelante (artículo 9.1) se establece la obligación de comunicar el nombre de dominio o la dirección de Internet en un registro público para la “adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad”. La interpretación correcta de ello debería llevar a que tal obligación se limitase a sociedades mercantiles y no a otros casos, como los medios de comunicación en la Red, para no desvirtuar el ejercicio del derecho a la creación de medios. Otra interpretación nos acercaría a la inaceptable idea de autorización o censura previa, no admisible por la libertad de expresión e información.

Diferente a la noción de servicio y dominio público es la de “espacio público”, que parece establecerse en algunos ordenamientos europeos como necesaria actualización de categorías inapropiadas que busca una intervención no invasiva del mercado en un entorno presidido por la liberalización. Así, el ám-

bito de los nombres de dominio se empieza a considerar “espacio público”.

La regulación de Internet no debe buscar el control sino la garantía del desarrollo de la actividad en términos igualitarios, de eficacia y de universalidad del acceso. El acceso universal a la Red es visto por Lagraña (1997, 62) como el verdadero problema de la misma. Dicho acceso podría entrar en la órbita de lo que se denomina servicio universal de telecomunicaciones, para el cual nos es válida la definición que da la Ley General de Telecomunicaciones española en su artículo 37: “conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesible a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible”. El Estado no debe establecer registros sino obligarse a garantizar la libre utilización de la Red para satisfacer las necesidades de información y opinión. El poder público tiene que velar por el pluralismo en Internet enfrentándose a las tentativas de control por las grandes corporaciones mediáticas, lo que puede obligar a ir más allá de las normas de defensa de la libre competencia y buscar mecanismos novedosos. Asimismo, debe ofrecer mecanismos reparadores ante las vulneraciones de los derechos de los particulares, que previamente han sido educados en las características del medio para que sepan protegerse de eventuales intromisiones. Aunque resulte innecesario recordarlo, es preciso conjugar, por un lado, libertad de expresión y comunicación y, por otro, derecho al honor y a la intimidad. El carácter preferente de las libertades indicadas, en tanto medio para la formación de una opinión pública libre, tiene que llevar a subrayar el aspecto de garantía de la actividad antes que el de control. Pero desempeñar esta función de garantía no es abstenerse sino, entre otras cosas, efectuar una regulación encaminada a cumplir con tal fin.

Llegados a este punto parece oportuno introducir un elemento de complejidad adicional para no perder una perspectiva realista de la cuestión. Los códigos de conducta o

de práctica nacidos de la autorregulación pueden implicar también una homogeneidad similar a la impuesta por las normas emanadas del Estado, y de la que, en parte, se quiere huir. En este sentido, en la materia de nombres de dominio genéricos, el código de práctica lo dicta para todos la empresa *VeriSign* habida cuenta el monopolio que de momento tiene y al que ya hemos aludido en el apartado III del capítulo primero de este trabajo. En teoría esta normativa sería “derecho blando” (*soft law*) como toda que emana de la autorregulación, por oposición al “derecho duro” (*hard law*) de la regulación estatal. En la práctica el código de práctica de *VeriSign* funciona como “derecho duro”. *VeriSign* tiene firmados acuerdos con diversas entidades de registro de nombres de dominio (como en España con Nominalia), que en sus condiciones y términos de registro de los dominios .com, .net y .org deben sujetarse a lo que exige *VeriSign*, dado que esta empresa es el registro central de gestión de dichos dominios. Cuando una sola empresa impone los códigos de práctica en todo el planeta estamos ante una manifestación de autorregulación ciertamente *sui generis*.

El hecho de que una cuestión esté sometida a los dictados de la autorregulación no garantiza la idoneidad del resultado final. Por ejemplo, una práctica consolidada en materia de registro de nombres de dominio y que ha causado muchos daños es la que da prioridad en la tramitación, en el supuesto de dos solicitudes sobre el mismo nombre de dominio, al primero que sea pagado sin tener en cuenta las fechas de las solicitudes. Esta práctica se impone al margen de las previsiones sobre propiedad intelectual e industrial, lo cual no parece la opción más adecuada. También resulta criticable la falta de exigencia de prueba de los derechos de los solicitantes sobre los dominios. Sin embargo, alguna normativa estatal relativa a nombres de dominio territorial se aparta de estas prácticas nacidas con los dominios genéricos. Así, en España, la Orden del Ministerio de Fomento del 21 de marzo de 2000,

relativa al régimen de asignación de nombres de dominio con referencia a .es, tiene en cuenta el derecho que tenga el solicitante sobre el nombre. Este caso sirve de ejemplo para ilustrar la reacción de ciertos gobiernos ante determinadas prácticas en el registro de dominios genéricos, prácticas que parecen responder sólo, como indica Galindo, “al interés de las empresas de contar con el mayor número posible de nombres de dominio registrados que generen ingresos suficientes como para mantener a las propias empresas y al sistema” (en Cayón Garrido, 2001, 40).

III. REGULACIÓN HETEROGÉNEA

Según estamos viendo, la aproximación al tema de la regulación de Internet es, en el fondo, compleja. La cuestión quizá esté, como afirma Escobar de la Serna (1999, 81), no tanto en “la necesidad o, al menos, la conveniencia de su regulación, sino en el cómo”. En efecto, los esquemas aplicables a los medios de comunicación tradicionales, como ya hemos sugerido, no son muy útiles pues éstos responden a parámetros muy distintos. En Internet se produce una confusión entre medios de comunicación de masas y medios de comunicación individual. No hay, como era lo tradicional en un medio de comunicación de masas, una comunicación unidireccional entre un centro emisor activo y un gran número de receptores pasivos, sino que la interacción recíproca difumina los conceptos de emisor y de receptor y provoca una comunicación multidireccional. Ello hace que las reflexiones de mayor intervención (en la televisión o la radio, por ejemplo) o de injerencia mucho menor (en la prensa escrita, verbigracia) haya que reconstruirlas, cosa que ahora no nos atañe. Asimismo, la tendencia de los últimos años de desaparición de monopolios estatales en el marco de la comunicación y de las redes de datos ha alterado los esquemas jurídicos existentes y aportado nuevos elementos de complejidad.

Sea como fuere, parece que la regulación tiene que ser tanto de índole nacional (estatal y regional) como internacional, y partir de la noción de libertad, complementada por las de seguridad y responsabilidad. La regulación nacional no debe obviarse dado que el público es preferentemente nacional, desde un punto de vista sociológico, y no internacional, al menos de momento. Además, la cooperación entre Estados es imprescindible para conseguir niveles de eficacia aceptables. Una regulación que debe limitarse a lo estrictamente necesario con base en las finalidades que se establezcan. Esta última idea también se halla en el Libro Verde de la Unión Europea, del 3 de diciembre de 1999, “sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación”, en donde se defiende con energía el principio de “no regular por regular”, por lo que la reglamentación es una herramienta que busca un marco de seguridad a los operadores y usuarios. De ahí que haya autores, como Cousido González (2001, 127), que hablen de una intervención “proporcionada” y “subsidiaria” en relación con el papel del Estado.

El nivel internacional no debe perderse de vista con el objetivo de imponer una serie de pautas comunes imprescindibles para lograr ciertos niveles de eficacia. Muñoz Machado (2000, 38) dice que “la mayor parte de las regulaciones que se consideran imprescindibles tendrán que hacerse a escala universal, de modo que será inevitable un acuerdo entre los Estados, aunque conserven éstos el control sobre otros aspectos más locales del tráfico por las infocarreteras”. La Unión Europea también aboga por garantizar la coherencia del marco comunitario con el marco internacional, por lo que no pretende que su normativa prejuzgue “los resultados a que se llegue en los debates en curso sobre los aspectos jurídicos en las organizaciones internacionales”, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización de Cooperación y Desarrollo

Económico (OCDE) y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (considerando 58 de la directiva 2000/31/CE). A ellas habría que añadir la Unión Internacional de Comunicaciones (UIT).

Por tanto, parece inevitable que la situación responda a una *corregulación*, en el sentido de la necesaria participación tanto de los poderes públicos como de la industria y usuarios. En este sentido, Lessig (2001, 123) afirma coloquialmente que “el ciberespacio no se las arreglará por sí solo”. Por ello es necesaria la sinergia del sector público y privado (Papapavlou, 1997, 183). Esta apreciación parece común a ambos lados del Atlántico. La realidad ya responde a ello, como en Estados Unidos, donde en el marco de los compromisos adquiridos por su administración sobre los principios de “puerto seguro” (*safe harbour*), las medidas por ella adoptadas para conseguir mecanismos de protección de datos personales con niveles similares a los europeos, se completan con las que ofrece el sistema de autorregulación creado por la industria. También sirve de ejemplo el derecho de la Unión Europea; así, la directiva 2000/31/CE deja ver con claridad cómo la autorregulación privada debe complementar a la regulación estatal. La *corregulación* conlleva la necesaria y permanente cooperación y coordinación entre los diversos actores de la misma. Muñoz Machado recoge la opinión de Litan y de Niskaken sobre las cuestiones que deberían ser resueltas mediante regulaciones privadas, generadas en el mercado por los agentes interesados, y aquellas que necesitan normativa pública.

Ante lo sugerente del listado lo reproducimos a nuestros lectores: para el campo privado se citan la asignación de nombres de dominio, las funciones de certificación y autocertificación, la protección de la intimidad y el respeto a la confidencialidad de los datos, el control de algunos contenidos (los indecentes o nocivos), o el respeto a los derechos de propiedad intelectual; para el poder público quedarían la vigilancia de la libre competencia, la regulación

general de los contenidos de las comunicaciones, la contratación pública, el control de los servicios prestados por profesiones tituladas, la distribución de las disponibilidades de la Red o la regulación de los impuestos (Muñoz Machado, 2000, 60-61).

A su vez, De Areilza y Díaz de Rábago consideran que son ámbitos de inequívoca regulación pública los tributos aplicables, las relaciones entre administraciones y ciudadanos, la vigilancia de la libre competencia en el mercado, la intervención de los profesionales, el acceso, la tipificación de conductas prohibidas, o la jurisdicción aplicable (en Mayor/De Areilza, 2002, 149). Como se verá más abajo, no estamos de acuerdo con algunas de las adscripciones hechas, sobre todo las que se conectan con los derechos fundamentales, por cuya garantía última debe velar el Estado, al margen del papel que en ese sentido se le atribuya a sectores privados. El Estado, en palabras de Frydman (1997, 314) al concluir un estudio sobre Internet, debe presentarse como el “campeón de las libertades individuales”.

Esta regulación mínima que se hace en el marco nacional e internacional no debe responder a una estrecha concepción empresarial de Internet, porque Internet no es sólo un ámbito para hacer negocios sino que es, ante todo, un cauce para las libertades de expresión e información. No se puede asimilar Internet “a una modalidad técnica de la mundialización económica” (Frydman, 1997, 314). Matteart (2000, 405) entiende que “la particular visión del todo-planetario” que emana de la racionalidad mercantil “contribuye a enmascarar los envites de la complejidad de lo real”. Es en esta línea donde debe situarse la creación de medios de comunicación en la Red, cuya lógica no tiene nada que ver con la que mueve al comercio electrónico ni el potencial democratizador de una y otra comparable. Previsiones que respondan a una consideración empresarial de la Red están destinadas, en grandes sectores, al incumplimiento. Esta visión predominantemente comercial es la

que inspira a gran parte de la normativa que se hace en la Unión Europea y que afecta de una u otra forma a Internet, aunque hay ocasiones en las que ello no sucede y se adoptan objetivos de salvaguarda de derechos fundamentales (como con las directivas 95/46/CE, 97/66/CE y 2002/58/CE).

Asimismo, la regulación no debe obedecer tan sólo a la infraestructura técnica de Internet, que la limite a protocolos, claves o nombres, sino que tiene que abarcar, por igual, fenómenos sociales ligados a la misma, como los aludidos comercio y gobierno electrónicos, que no es únicamente cuestión de empresas y dirigentes sino de todos los usuarios y, por ende, de todos los ciudadanos.

La estructura de esta normativa debe ser como la Red, en malla, heterogénea, sin las típicas estructuras jerarquizadas, como reflejo de la pluralidad de centros de decisión. Muñoz Machado (2000, 35) alude a una regulación tan variada y plural “como lo es la propia estructura” de Internet. A esta regulación de “mínimos”, hecha por los poderes públicos, hay que añadirle la autorregulación de entidades privadas que aporten los códigos éticos o de práctica que hagan eficaces las previsiones de otro tipo. Las organizaciones privadas están llamadas a jugar un destacado papel. En este sentido, compañías tan importantes como *American Online* ya tienen sus reglas internas y en varios países se han constituido fundaciones para promover los compromisos éticos a los que llegan los proveedores de acceso. De esta forma, las regulaciones privadas abordarían cuestiones tales como la asignación de nombres de dominio, certificación, confidencialidad de los datos o “decencia” de las comunicaciones; para el aparato estatal quedan, por ejemplo, los temas impositivos, la distribución de disponibilidades de la Red o la garantía última de los derechos fundamentales en juego —el Estado, dice Álvarez-Cienfuegos (1999, 14), debe asumir “una posición beligerante en defensa de los derechos de la persona”—. La autorregulación debe hacerse por quienes intervienen en la misma y no de-

jarla en manos de una única empresa como sucede en alguna materia respecto a la ICANN. Como señala Galindo, “ICANN es un ejemplo limitado por su cometido y composición, lo que permite aceptar que son precisos otros mecanismos de autorregulación más representativos de los agentes sociales y políticos que están utilizando Internet” (en Cayón Garrido, 2001, 51). Todo ello tiene que llevarse a cabo sin perder de vista el carácter mundial del fenómeno y la insuficiencia de las regulaciones territoriales estatales. Hay que tratar de superar los distintos criterios que hoy en día existen en una visión mundial que exige la oportuna coordinación entre los distintos Estados, como se ha venido reiterando en diversos foros (por ejemplo, en el gobierno francés —Varios autores, 1997, 86 y ss.— o en varias reuniones del G-8, en cuyo seno la mayoría aboga por esta cooperación y no se apoyan medidas más intervencionistas propuestas por los estadounidenses como la de la creación de una ciberpolicía). La Red ya no es utilizada exclusivamente con fines académicos, empresariales o militares, sino que el proceso de expansión que ha sufrido la ha abierto a toda la sociedad en su conjunto y, con ello, a toda la compleja dinámica que se deriva de la misma.

A las propias dificultades teóricas para justificar la regulación de Internet se le suman las que dimanan de la propia diversidad de la Red desde el punto de vista del soporte físico. Esto provoca que la red propiamente dicha no exista como unidad, sino como una suma de varias infraestructuras cuyos regímenes jurídicos son diferentes. Las conexiones se producen, como sabemos, por cable de par trenzado, fibra óptica, por satélite o por soporte radioeléctrico y a través de cables “sin hilos” (como las tecnologías LMDS —sistema local de distribución por microondas—), lo que supone una complejidad añadida dadas las diversas previsiones que en los distintos países hay sobre dichos soportes. Y no sólo eso, sino que el mismo soporte puede presentar regulaciones diferentes en función de los servicios a que se destinan (por ejemplo, en Europa la re-

glamentación cambia si la finalidad es prestar servicios audiovisuales o de telecomunicaciones). Frente a esto, lo que parece más oportuno es diferenciar entre la regulación de Internet propiamente dicha y la reglamentación de los hipotéticos soportes que puede utilizar. Otro asunto es regular de manera diversa los distintos servicios (o sea, contenidos) que ofrece Internet, lo que sí resulta efectivamente procedente habida cuenta las importantes diferencias que existen entre los mismos. Esta regulación sectorial no debe perder de vista lo apuntado anteriormente respecto a la distancia que debe mediar en relación con los medios de comunicación tradicionales. De igual forma, esta regulación sectorial debe basarse en otra más genérica y uniforme para las distintas manifestaciones que supone Internet y que, como vamos a ver a continuación, tiene que tratar de garantizar el acceso en términos igualitarios y de calidad.

IV. POLÍTICAS DE ESTÍMULO, MEDIOS DE PROTECCIÓN Y PODER PÚBLICO

La regulación pública, con Internet, se ve sometida, como indica Christian Pau (2001, 67), a nuevos desafíos. El poder público tiene que regular Internet, pero no para articular medidas represoras de la libertad individual, sino proteccionistas y garantes de la libertad de expresión y de la intimidad de los navegantes. Está claro que de las garantías de seguridad que ofrezcan las entidades presentes en la Red dependerán en gran parte la fiabilidad en las relaciones que implican intercambio de datos (Font, 2000, 33 y ss.). El aparato estatal no puede desaparecer en este punto ya que, como indica Lessig (2001, 23), “la libertad en el ciberespacio no surgirá de la ausencia de Estado”, sino precisamente de la mano del mismo.

Resulta evidente que con el correr de los años el papel de los Estados ha ido creciendo en intervencionismo desde orígenes más libertarios, lo que es especialmente patente

en Europa. Incluso, el gobierno estadounidense, que nunca dejó de impulsar y controlar el fenómeno, asumió un papel más activo de coordinación desde finales del siglo veinte. La creciente importancia mercantil de la Red motivó este cambio de actitud como se desprende de lo afirmado por el Departamento de Comercio de Estados Unidos el 5 de junio de 1998: necesidad de controlar el registro de nombres de dominio, existencia de conflictos entre los propietarios de marcas comerciales y los poseedores de nombres de dominio, crecimiento comercial que reclama una estructura administrativa más formal y rigurosa, y otras afirmaciones en la misma línea. No obstante, esta afirmación genérica debe ser matizada ya que el papel del poder estatal y sus intentos intervencionistas varían de una materia a otra. De este modo, por ejemplo, el papel de los gobiernos es mayor en la temática referida a los proveedores de servicios de certificación que en lo que afecta a los dominios genéricos, cuestión, esta última, que gira en torno a la ya vista ICANN. La tendencia en materia de registro de dominios es a la competencia entre empresas e instituciones homologadas por la ICANN, empresas e instituciones basadas en la autorregulación. En servicios de certificación los códigos elaborados por los proveedores de los mismos coexisten con las habituales normas estatales sobre la materia. También en los dominios territoriales es común encontrar normas del Estado al que se refiere ese dominio. En todo caso, la intervención gubernamental debería responder a las ideas de proporcionalidad, defensa de objetivos culturales, neutralidad tecnológica y distinción entre la normativa sobre el soporte y la normativa sobre los contenidos.

Los intentos de control por parte del Estado han encontrado, y seguirán encontrando, importantes dificultades para lograr eficacia ya que las características de la Red juegan en contra de las medidas que se adopten en ese sentido. Ante la nueva era de comunicación extraterritorial, en opinión de Castells (1998, 287), los Estados lucha-

rán, en los años venideros, “para controlar la circulación de la información en las redes de telecomunicaciones interconectadas a escala global”, lo que es “una batalla perdida”.

En ocasiones muy diversas los poderes públicos han adoptado, y siguen adoptando, decididas políticas de impulso a la Red. Quizá de lo más conocido, en este orden de ideas, fue el anuncio del gobierno estadounidense, en 1993, del proyecto Gore (nombre tomado del apellido del que por aquel entonces era vicepresidente de Estados Unidos) de construcción de las autopistas (*superhighways*) de la información. O, por citar otro caso del mismo año, la Unión Europea, durante la dirección de Jacques Delors, elabora un Libro Blanco que marca el comienzo de la construcción en el viejo continente de dichas autopistas, cuya inmediata continuación fue el informe de un grupo de empresarios y expertos, dirigidos por el comisario Mario Bangemann, titulado “Europa y la sociedad global de la información”.

Los poderes públicos, como consecuencia de la cualidad de garantes que se les predica, deben llevar a cabo campañas de información para que los ciudadanos conozcan las opciones técnicas de seguridad informática y promover que los productos de *hardware* y de *software* para Internet faciliten a los usuarios información sobre los datos que pretenden almacenar o transmitir y con qué finalidad lo harían. Esto sería un paso importante habida cuenta la parcial analfabetización digital todavía existente en muchas sociedades, aunque inicialmente poco podría hacerse frente a ciertas agresiones, como los intentos camuflados de acceso no consentido a los datos personales y de interceptación no detectada de las comunicaciones. En este sentido, la directiva europea 1999/93/CE establece que, “para incrementar la confianza de los usuarios en la comunicación y el comercio electrónicos, los proveedores de servicios de certificación deben observar la normativa sobre protección de datos y el respeto a la intimidad” (considerando 24). En un momento posterior, cuando la cons-

cientización de los usuarios ya los haya convertido en precavidos, la labor de los agresores de la intimidación se vería obstaculizada hasta el punto de ser desaconsejable. No obstante, estas afirmaciones hay que recubrirlas con dosis de relatividad dadas las diversas variables que intervienen en esta cuestión, teniendo en cuenta, sobre todo, que los hipotéticos avances futuros en el campo de la informática y de la matemática, ahora desconocidos, podrían convertir en mucho más vulnerables las medidas de protección existentes. En diversos países occidentales ya se han publicado en fechas recientes estudios que revelan la inseguridad de un altísimo porcentaje de páginas dedicadas, por ejemplo, al comercio electrónico.

Esta labor de protección exige que se articulen medidas de diverso sentido desde instancias diferentes. Como señala Friedelbaum (2002, 987) refiriéndose al Congreso de los Estados Unidos, lo que resulta extrapolable a otras instituciones legislativas, este órgano puede y debe jugar un importante papel en el establecimiento de estándares para prevenir la erosión del derecho a la privacidad en una época altamente desarrollada, ya que los tribunales por sí solos no pueden asegurar una protección individual adecuada de la vigilancia cada vez más asociada con el ciberespacio.

En este orden de ideas, sería conveniente arrojar luz sobre los mecanismos que estarían autorizados para proceder a la interceptación y recogida de comunicaciones y datos personales que sólo podrá hacerse con autorización judicial, cosa que no siempre sucede en el derecho comparado. Esta interceptación tiene que estar amparada en una previsión legal, que aplica el juez en su autorización con base en el principio de proporcionalidad. Este principio lleva al concepto de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en un sentido más estricto. La interpretación de los medios lícitos para tales operaciones de interceptación y de los supuestos en los que procedería debe ser restrictiva como exigencia del principio de mayor valor de los derechos.

Pero aún hay más puesto que los poderes públicos están llamados a desempeñar un papel clave a la hora de garantizar la igualdad de acceso a la Red en condiciones de calidad que permitan reducir la ya aludida brecha digital. En este sentido, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en la Declaración de Estambul que nace de la Conferencia Mundial de Desarrollo de Telecomunicaciones de 2002, señala que “los gobiernos desempeñan una función cardinal en el desarrollo de las telecomunicaciones”, y se les insta a crear “un entorno propicio que promueva un acceso razonable y asequible a los servicios básicos de las telecomunicaciones para todos”. A lo que se añade que “en dicho entorno se debe crear asimismo un marco estable y transparente, promover una competencia leal y proteger al mismo tiempo la integridad de la red, además de garantizar los derechos de los usuarios, los operadores y los inversores”. Las necesidades financieras de todo ello son evidentes, como también recuerda la citada Declaración: “Se insta a las instituciones mundiales, regionales y nacionales de financiación e inversión a que asignen una elevada prioridad al crecimiento de las telecomunicaciones, particularmente en los países en desarrollo”. La regulación, como da a entender Wolton (2000, 25), no debe constituir un obstáculo para la libertad de comunicación, más bien todo lo contrario, una protección de esa libertad. En efecto, como también apunta el citado autor, “no existe libertad de comunicación sin reglamentación, es decir, sin protección de esta libertad” (*ibidem*, 135). Es evidente la necesidad insoslayable de no prescindir del poder público, pues, como afirma Shapiro, “la idea de confiar en el sector privado para que se autorregule y en los consumidores para que protejan sus propios intereses... provocaría relegar al estado de meras mercancías los principales bienes públicos, como son la libertad de expresión, la intimidad, la igualdad y el sentido de comunidad” (en Mayor/De Areilza, 2002, 16). El Informe de la Comisión Especial sobre Redes Informáticas del Senado español, del 17 de diciembre de

1999, recoge de manera explícita que “las actuaciones públicas deben ir encaminadas a conseguir que Internet no sea una nueva vía de discriminación”. “Ello justifica —prosigue dicho Informe— que los poderes públicos deban sentar las bases para que el acceso a Internet sea universal”. Más adelante, en las conclusiones, ratifica las ideas expuestas: “la universalización del acceso a la información... aparece como una necesidad, un servicio y un derecho que los poderes públicos deben garantizar, auspiciar y proteger”. Corolario de todo ello es defender el derecho fundamental de acceder libremente a la Red, un derecho cuya titularidad es de todas las personas.

En relación con ideas vertidas anteriormente, está claro que las medidas de índole normativa que impulsan los poderes públicos pueden resultar ineficaces por la mundialización de la Red. Como indica Muñoz Machado (2000, 175) “el problema, en este punto, vuelve a ser universal porque nada se resolvería con aplicaciones locales que no fueran secundadas en todos los puntos en que se pueden conectar servicios a la red universal”. Por ello, se impone una complicada coordinación a nivel internacional. La Unión Europea ha buscado armonizar las legislaciones de los países miembros en el tema de la protección de datos. Se procura un nivel de protección similar en los distintos Estados. Para esto se han dictado tres directivas, ya citadas (la 95/46/CE, la 97/66/CE y la 2002/58/CE), destinadas a proteger la intimidad en el campo de las telecomunicaciones y que se han entendido plenamente aplicables a Internet. Con ellas se trata no sólo de proteger la intimidad sino también de crear un marco de protección común que facilite el mercado, ya que se entiende que las diferencias de protección serían un obstáculo en ese sentido y falsearían la competencia. Estas directivas han sido incorporadas por las legislaciones de distintos Estados (en España, por ejemplo, a través de la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

La Unión Europea ha comprendido la importancia del avance tecnológico y, a sabiendas de su retraso respecto a Estados Unidos, considera necesario construir la sociedad de la información como medio imprescindible para aumentar el nivel de riqueza. Así, en diciembre de 1999, se aprobó la iniciativa “*e-Europe*. Una Sociedad de la Información para todos”, un plan de acción que presenta los ambiciosos objetivos de llevar la era digital a todos los lugares de su territorio, crear una Europa de la “formación digital” que financie y desarrolle nuevas ideas, y velar por que este proceso sea integrador, afirme la confianza de los consumidores y refuerce la cohesión. Estos objetivos tienen que soslayar diversos obstáculos que se considera que aún existen en el viejo continente: un acceso generalmente caro, poco seguro y lento, insuficiente población conectada y formada, falta de cultura dinámica y emprendedora, e inexistencia de un sector público que sea el verdadero motor de las nuevas aplicaciones y servicios. Las concretas acciones prioritarias de la iniciativa “*e-Europe*” son las siguientes: dar acceso a la juventud europea a la era digital, abaratar el acceso a Internet, acelerar la implantación del comercio electrónico, una Red rápida para investigadores y estudiantes, tarjetas inteligentes para el acceso seguro a las aplicaciones electrónicas, capital-riesgo para las pequeñas y medianas empresas de alta tecnología, la participación de los discapacitados en la cultura electrónica, la salud en líneas, el transporte inteligencia, y la administración pública en línea. La consecución de los objetivos concretos de cada una de estas diez acciones prioritarias requiere un esfuerzo compartido entre los Estados miembros de la Unión, la Comisión Europea, el sector industrial y los ciudadanos. Asimismo, la Unión se encuentra preocupada por los obstáculos jurídicos que, derivados de la disparidad de legislaciones, entorpecen el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información (considerando 5 de la directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información,

en particular el comercio electrónico en el mercado interior).

Pero los intentos unificadores en Europa no son suficientes, ya que la Red es, insistimos, mundial. Por eso se han buscado, en el tema de la transferencia de datos, acuerdos con Estados Unidos con el fin de garantizar un estándar de protección adecuado. Son los llamados “principios de puerto seguro”, ya citados en la parte final del capítulo tercero de este libro.

En México también se han dado pasos significativos por parte de los poderes públicos en la promoción de la cultura de las nuevas tecnologías, aunque todavía resta mucho por hacer. Ovilla Bueno (1998, 437) denunciaba a finales del siglo pasado que era “necesario que el Estado mexicano” favoreciera “la creación de redes y servicios”, y que se desarrollaran “nuevos sitios mexicanos”. En este sentido merece destacarse un decreto publicado el 6 de mayo de 1996 por el que se aprueba el “Programa Especial de mediano plazo denominado de Desarrollo Informático”, vinculante para la administración federal, en virtud del cual “la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, promoverá la concertación e inducción de acciones con los sectores social y privado para el aprovechamiento y desarrollo de la informática” (artículo 3o.). Para todo ello se articularán acuerdos con los diferentes estados y municipios. Dicho Instituto, conocido por las siglas INEGI, es el encargado de la supervisión y avance del programa, cuyas líneas básicas parecen haber sido recogidas en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. El INEGI es el responsable de la política informática en México, para lo cual ostenta dos competencias formuladas de manera genérica: el fomento del uso de la informática en la administración pública federal, y el desarrollo informático nacional. De cualquier manera, las medidas específicas para Internet quedan enmarcadas, y tal vez ocultas, por una “política de fomento del uso de la informática que permita al país ser

un consumidor sagaz, incorporar la informática en los procesos productivos, enriquecer los servicios, añadir valor a los productos y obtener así el máximo provecho de la tecnología”. Estas palabras, que, por otra parte, rezuman mercantilismo, se pueden leer en la propia página *web* del INEGI (www.inegi.gob.mx), aunque bien es cierto que el Grupo Consultivo de Política Informática, integrado en el INEGI, ha adoptado una postura mucho más concreta al señalar, por ejemplo, la necesidad de “promover proyectos piloto que faciliten el acceso público a Internet, a través de kioscos, *cibercafés* y bibliotecas públicas”, de “promover proyectos piloto para fomentar el acceso a Internet a través de los servicios que otorga el gobierno en áreas de salud, educación, centros culturales, servicios municipales”, de “analizar las propuestas de clasificación de áreas locales y del cobro por minuto en llamadas telefónicas, para propiciar un uso extendido de Internet”, y de “apoyar el proyecto Internet 2, con la finalidad de aprovechar en el sector público la infraestructura de redes que se genere”. Todos estos esfuerzos no merecen más que una valoración positiva y la expresión de un deseo de continuidad.

V. RECAPITULACIÓN

El tema de la regulación de Internet se halla en la actualidad no sólo en proceso de construcción, sino también abierto dadas las diversas posiciones que se detectan tanto en el terreno de las regulaciones existentes en los diversos países como en el campo de las aproximaciones teóricas a la cuestión por parte de los investigadores y analistas. Pese a todo, parece que la idea de la corregulación (pública y privada) despierta consenso. Hemos abogado en las páginas anteriores por una regulación heterogénea, pública y privada, tanto nacional como internacional, que se haga a imitación de la estructura en malla de la propia Red —una “anarquía organizada” como dice Fernández Esteban (1998, 24)—

y que difumine (por no decir elimine) el tradicional principio de jerarquía. Una regulación garantista y de “mínimos” que sea común para todas las manifestaciones de Internet. A ella se deben añadir previsiones sectoriales en función de los contenidos y reglamentaciones privadas (en el sentido de autorregulaciones). En la construcción de esta regulación heterogénea deben intervenir los distintos agentes implicados, sin que basten las instituciones que se encargan del funcionamiento técnico de la Red. Asimismo, como asevera Paul (2001, 15, también 133), la regulación debe suponer la transposición de los principios reconocidos en las sociedades democráticas, pues la Red no puede ser ajena a las conquistas axiológicas del desarrollo humano.

Todo esto sólo será operativo con la anuencia de los diversos Estados implicados que, si bien se han visto superados por la supraterritorialidad de Internet, siguen siendo los actores claves a la hora de la regulación jurídica en general, aunque bien es cierto que esta afirmación hay que tomarla en sus justos términos porque la coactividad desplegada por un órgano estatal se relativiza en el mundo digital. Al fin y al cabo, esta anuencia de los Estados que estamos comentando es prácticamente imposible verla en términos absolutos dado que hay y habrá, por supuesto, quien preferirá quedar fuera de los hipotéticos acuerdos internacionales que se efectúen y quien, aun suscribiendo los acuerdos oportunos, lo haga con reservas para preservar ciertos intereses nacionales puntuales.

Esta regulación, que sí debe existir, tiene que buscar, ante todo, no el control y la represión sino la facilidad del acceso, la igualdad en el mismo, la seguridad y el fomento del uso de la Red, que es una herramienta muy útil para el desarrollo de las modernas sociedades en términos económicos, sociales y culturales. Desde un punto de vista mercantilista se puede afirmar que si en un territorio la regulación es inadecuada, ello puede tener consecuencias muy negativas para esa zona de conformidad con la inversión y con la actividad económica, pues los agentes eco-

nómicos buscarán un emplazamiento más propicio. Hay que, superando las diferencias territoriales, garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la Red, que se logrará con el concurso de variables de diverso tipo y no sólo jurídicas. Los poderes públicos están llamados a jugar un papel esencial en esta labor de universalización del acceso, que debe verse acompañada por dosis de calidad que jueguen a favor de la conectividad y de la capacidad del proceso. El poder público tiene que tratar de reducir el tamaño de la brecha digital que aún hoy recorre nuestras sociedades. La diferencia entre ricos y pobres está más acentuada en el terreno de las nuevas tecnologías que en otro tipo de cuestiones. Es responsabilidad de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional mejorar esta situación que por momentos cobra visos alarmantes. Las exigencias financieras para ello son altas pero no cabe duda de que redundarán en beneficios futuros muy positivos valorables en clave de progreso. Todo lo dicho no puede hacer olvidar que las mejoras sociales, educativas y de infraestructuras también son, en parte, responsabilidad del sector privado que no debe desconocer las obligaciones que genera vivir en una comunidad, de la cual, por cierto, se beneficia. La cooperación entre el sector público y el privado se nos antoja imprescindible para un avance eficaz y de respuestas satisfactorias a los retos planteados por la regulación de la Red. Una regulación que en ningún caso debe ser deudora de la racionalidad económica que teje gran parte de la Red.

En definitiva, tenemos en el *ámbito público*: 1) al Estado (nivel nacional), que debe: a) garantizar el acceso a la Red en condiciones de igualdad y en términos de libertad; b) informar a los usuarios de los riesgos de la navegación; c) ofrecer medidas protectoras de la intimidad, y d) establecer mecanismos de garantía y respuesta ante las vulneraciones de la intimidad. En el nivel internacional: 2) hay que: a) garantizar el acceso a la Red y b) coordinar los principios y las pautas de protección a la intimidad. En el *ám-*

bito privado deben: a) elaborarse códigos de conducta y b) existir medidas de autoprotección. La conjunción de todo ello quizá responda de manera satisfactoria al problema de la regulación de Internet. El resultado final en la aplicación práctica de este esquema da lugar a la coexistencia de normaciones de diferente tipo y naturaleza, de “derecho duro” y de “derecho blando” en una correlación que variará en función de la materia en la que estemos (ya hemos visto la diferencia que, en este sentido, se produce, por ejemplo, entre el registro de nombres de dominio y lo referido a los proveedores de servicios de certificación).