

La regulación de Internet y la teoría jurídica*

Por MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO
Universidad de Cádiz

RESUMEN

La visión ciberlibertaria de Internet describía la Red como un lugar separado y excepcional con su propio derecho, creado por la autorregulación de los usuarios individuales. Contra esta teoría, otros juristas han argüido que Internet no es un lugar independiente y que las herramientas jurídicas tradicionales pueden resolver los problemas de regulación. Pero Internet es una realidad compleja que y no puede ser regulada sólo por una instancia. Ante esta situación, la unidad del sistema jurídico se rompe. El artículo explora respuestas desde teorías sistémicas postmodernas y ofrece una posible solución: la concepción del derecho como orden racional surgido desde la existencia de prácticas sociales.

Palabras clave: *Internet, derecho, autorregulación, complejidad, sistema autopoietico, práctica social.*

ABSTRACT

The cyberlibertarian vision of Internet described the Net a separate and exceptional place with his own law, created by the autoregulation of the individual users. Against this theory, other jurists have argued that Internet is not an independent place, and that the traditional legal tools can resolve the regulation problems. But, Internet is a complex reality that cannot be regula-

* Este artículo ha sido elaborado dentro del Proyecto I+D del Ministerio de Educación y Ciencia *Libertad y nuevas tecnologías: regulación jurídica* (SEJ2004-06124).

ted only by a single instance. The unity of the legal system breaks. The paper explores answers from the postmodern systemic theories and offers a possible solution: the conception of the law as rational order aroused from the social practices.

Key words: *Internet, law, self regulation, complexity, autopoietic system, social practice.*

SUMARIO: 1. EL DERECHO DE INTERNET: 1.2 *Posturas enfrentadas.* 1.3 *La inevitable complejidad.*—2. INTENTOS DESDE EL PLANO TEÓRICO.—3. UN COROLARIO PROVISIONAL.

1. EL DERECHO DE INTERNET

La irrupción de las nuevas tecnologías informativas ha ejercido ya una considerable influencia en todos los ámbitos de la vida social. El derecho no ha podido permanecer inmune y esa presión se ha hecho notar no sólo en el plano de la normativa concreta, sino también en el de la reflexión teórica. A pesar de tratarse de una realidad tan reciente, Internet ha llamado la atención de un cierto número de académicos preocupados por el efecto que sus peculiaridades pueden tener en las concepciones jurídicas tradicionales. Uno de los aspectos más conflictivos gira alrededor de la determinación de los sujetos encargados de regular la Red. Este problema ha generado una bibliografía considerablemente amplia ya que posee relevancia tanto práctica como iusfilosófica. Efectivamente, hace referencia a las fuentes sociales desde las que deriva el derecho, es decir, a la determinación de las notas de juridicidad específicas de Internet. Por supuesto, en las páginas que siguen no pretendo dar ninguna respuesta concluyente acerca de esta cuestión. Sólo intentaré esbozar algunas pinceladas útiles para replantear este asunto básico de la teoría jurídica desde las perspectivas que abre esta tecnología. Afrontar este asunto requiere aclarar previamente algunos puntos de vista acerca del debate sobre la regulación de Internet.

1.2 Posturas enfrentadas

En el momento del despliegue de Internet, una serie de usuarios integrados en el movimiento *libertarian* americano, saludó la nueva tecnología informativa como una salvaguarda aparentemente inexpugnable frente a los intentos gubernamentales de controlar al individuo. Esta mentalidad aparece reflejada en una serie de documentos publicados en la Red a lo largo de los años noventa del pasado siglo. En ellos, Internet es descrita como una realidad nueva e independiente —el

ciberespacio— en la que es posible un despliegue de la libertad individual inédito hasta entonces. Debido a esas características, la única normativa legítima de Internet deberá brotar de la autorregulación practicada por los internautas; éstos son los habitantes del ciberespacio, un lugar en el que el Estado no debe ni puede intervenir¹. El recuerdo de la Frontera Oeste de los USA, poblada por pioneros autosuficientes, está muy presente en estas primeras descripciones de Internet².

A estos textos programáticos siguieron análisis más precisos de los retos que Internet planteaba a los órdenes jurídicos existentes. En esa línea, David Johnson y David Post han defendido la autorregulación de los usuarios como única fuente legítima de derecho para la Red. Su tecnología, que salta las fronteras geográficas, impide la intervención de los Estados basados en la existencia de dichas fronteras³. Las teorías de estos juristas traslucen la influencia —a veces expresa— de autores como Friedrich von Hayek, Robert Nozick o los integrantes del Análisis Económico del Derecho.

¹ Vid. BARLOW, J. P./KAPOR, M.; «Across the Electronic Frontier», 1990, <http://www.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/eff.html> (Consultada 29-12-06). BARLOW, J. P.; «A Declaration of Independence of Cyberspace», 1996, <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.htm>; BARLOW, J. P., «Is There a There in Cyberspace?», http://www.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/utne_community.html (consultadas 10-1-07); «The Economy of Ideas», *Wired*, 1994, disponible en http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html (consultada 8-01-07). *Cyberspace and the American Dream: A Magna Carta for the Knowledge Age*, <http://www.pff.org> (consultada 11-1-07). En relación estrecha con estos planteamientos se halla la autodenominada «ética hacker». Vid. HIMANEN, P.; *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, disponible en <http://www.geocities.com/pekkahacker/pekka.pdf>, 166 pp. (consultada 7-2-07). (En papel está publicada en Barcelona, Destino, 2002). Mitchel Kapor y John Perry Barlow decidieron llamar ciberespacio a la nueva realidad informacional precisamente en *Across the Electronic Frontier*; alegaban que el término era usado ya por los internautas. La palabra procede de la ciencia ficción literaria. La ideó el escritor William Gibson en su relato *Burning Chrome* de 1982 y la convirtió en el eje de su novela *Neuromante*, publicada dos años después. En ella describía una alucinación cerebral colectiva proporcionada por la conexión a una red de ordenadores. Esa realidad alucinatoria, accesible electrónicamente, era el ciberespacio. Aunque Internet no proporcionaba experiencias tan impactantes, Kapor y Barlow escogieron el nombre para marcar su carácter supuestamente independiente.

² Cfr. GIBBONS, L. J.; «No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 1997, pp. 1-2, 83.

³ Cfr. JOHNSON, D. R./POST, D. G.; «Law and Borders —The Rise of Law in Cyberspace», *Stanford Law Review*, 48, 1996. Disponible en <http://www.cli.org> (consultada 10-1-07), pp. 1 y ss. Cfr. POST, D. G.; «Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace», *Journal of Online Law*, 1995, pp. 3 y ss. Disponible en <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html> (consultada el 20-1-07). JOHNSON, D. R./POST, D. G.; *And How Shall the Net Be Governed?* 1996, pp. 1 y 9, disponible en <http://www.cli.org/emdraft.html> (consultada 15-1-07). JOHNSON, D. R./POST, D. R.; «The New “Civic Virtue” of the Internet», 1998, pp. 11 y ss., disponible en <http://www.cli.org> (consultada 15-1-07).

De hecho, la inicial configuración de la Red ofrecía cierta base para estas elucubraciones: estaba diseñada para difundir información de la manera más rápida y libre posible, evitando las interceptaciones en un nodo concreto⁴. Sin embargo, la postura ciberlibertaria no tenía en cuenta que esa situación no era una realidad inalterable, sino el producto de decisiones concretas acerca de los programas que configuran Internet. Inicialmente sus creadores contribuyeron a construir una Red tendencialmente libre, pero desde los noventa esa situación ha cambiado un tanto con la aparición de programas favorecedores del control. Algunos expertos han señalado que el auténtico elemento normativo para el internauta es el conjunto de protocolos y programas que componen la Red; este código informático es el que realmente permite o impide las diversas actividades *on line* y, en consecuencia, debe ser considerado el verdadero derecho de Internet⁵. La afirmación es exagerada, entre otras cosas porque oculta que los desarrollos informáticos están predeterminados en buena medida por la influencia de empresas y gobiernos⁶. Esa situación es

⁴ Vid. sobre el origen de la Red, CASTELLS, M.; *La Galaxia Internet*. Madrid, Areté. 2001, cap. I. Aunque la iniciativa provino del ámbito militar lo cierto es que buena parte de los creadores de Internet estaba influida por las querencias libertarias y *hippies* de la cultura de finales de los sesenta y principios de los setenta. Por otra parte, las primeras aplicaciones de esta tecnología tuvieron un carácter universitario y reflejaron el espíritu libre que debe caracterizar la comunicación entre académicos. Cfr. BURK, D. L.; «Cyberlaw and the Norms of Science», *Intellectual Property & Technology Forum*, 1999, pp. 1 y ss.

Aunque sin compartir los presupuestos de *libertarians* como John Perry Barlow, muchos ingenieros informáticos y usuarios de la Red han creído posible gobernarla mediante autorregulación. El espíritu de la *Internet Society* (ISOC) responde a estas intenciones. Dentro de ella, la *Internet Engineering Task Force* (IETF) organiza reuniones de expertos e interesados que presentan, discuten y aceptan los estándares técnicos de Internet. Las decisiones no son impuestas desde arriba, sino que emergen de un consenso entre los participantes en las asambleas que ni siquiera requiere votaciones. Surgiría así una nueva forma de gobernanza basada en la igual participación de todos los navegantes de la Red. A. M. Froomkin incluso sostiene que tales prácticas constituyen una plasmación relativamente efectiva de la Teoría de la Acción Comunicativa de Habermas. Vid. FROOMKIN, A. M.; «Haberm@sDiscourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace», *Harvard Law Review*, 116, 2003, pp. 751-872.

Vid. la descripción crítica de esta mentalidad en GOLDSMITH, J./WU, T.; *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. New York, Oxford University Press, 2006, pp. 23 y ss.

⁵ Cfr. KATSH, E.; «Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace», *University of Chicago Legal Forum*, 1996, pp. 335-360. Inspirado por ideas parecidas, Joel Reidenberg ha denominado *lex informatica* al conjunto de reglas técnicas que constituyen Internet y que los políticos deberán tener en cuenta a la hora de regularla. Cfr. REIDENBERG, J.; «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology», *Texas Law Review*, 76, 1998, pp. 553-584. La propuesta de Reidenberg es matizada, ya que la *lex informatica* no basta y necesita la colaboración de las leyes tradicionales (pp. 576 y ss.).

⁶ El constitucionalista norteamericano LESSIG, Lawrence ha destacado la capacidad reguladora de los programas informáticos, pero ha hecho también especial hincapié en la influencia ejercida en ellos por los poderes políticos y económicos. Vid. «Reading the Constitution in Cyberspace», *Emory Law Journal*, 45, 1996, pp. 1-44.

especialmente importante para la regulación de la Red, porque la presencia de actores empresariales y estatales hace patente la inexistencia del supuesto ciberespacio. Como consecuencia de lo que acabo de señalar, las propuestas ciberlibertarias están un tanto desprestigiadas actualmente, sobre todo por haber exagerado las diferencias entre las actividades jurídicas realizadas mediante Internet y las propias del mundo «real»⁷. En realidad, como ha puesto de manifiesto un buen número de juristas, no existe un derecho propio del ciberespacio, sino problemas jurídicos específicos ocasionados por las particularidades de Internet, que podrán ser resueltos, en muchas ocasiones, interpretando y modificando de manera adecuada las normas y principios generales de los órdenes jurídicos ya existentes⁸.

Esa falta de excepcionalidad no supone ausencia de novedades. Al contrario, plantea un buen número de cuestiones que obliga a reformular bastantes concepciones jurídicas asentadas. Claro que esta necesidad no es una característica exclusiva de la Red, sino compartida con otras realidades clasificadas habitualmente bajo la etiqueta, no siempre clara, de globalización.

1.3 La inevitable complejidad

Para acercarse a esta cuestión resulta útil la reflexión ofrecida por Timothy Wu cuando declara que Internet no debe ser entendida como una realidad homogénea y unitaria, sino como un conjunto de aplicaciones informáticas con finalidades diversas; el análisis jurídico debe-

El código y otras leyes del ciberespacio. Trad. de E. Alberola, Madrid, Taurus, 2001, pp. 119 y 167 y ss.

⁷ Cfr. CREWS, Jr., C. W./THIERER, A., «Introduction», en *Who Rules the Net? Internet Governance and Jurisdiction*. Cato Institute, 2003, pp. XVII-XIX. Cfr. también BLAVIN, J./GLENN COHEN, I.; «Gore, Gibson and Goldsmith: The Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary», *Harvard Journal of Law & Technology*, 16, 2002, pp. 267 y 283 entre otras. En realidad, la noción de ciberespacio tendría una dimensión mítica: ha recogido un conjunto de anhelos centrado en una tecnología que libere de toda limitación física, acabe con la política y proporcione libertad individual sin límites. Los hechos, desde luego, no han dado la razón a esas aspiraciones. Vid. MOSCO, V.; *The Digital Sublime. Myth, Power and Cyberspace*. Cambr. Mass., MIT Press, 2005, pp. 4, 15, 24-25, 111 y ss.

⁸ Cfr. EASTERBROOK, F. H., «Cyberspace and the Law of the Horse», *University of Chicago Legal Forum*, 207, 1996, pp. 207-216. SHAPIRO, A. L.; «The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code», *Seton Hall Constitutional Law*, 1998, p. 6. Disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/is99/Shapiro.htm> (consultada 8-1-07). SOMMER, J. H.; «Against Cyberlaw», *Berkeley Technology Law Journal*, 15, 2000, pp. 3 y ss. Disponible en <http://www.law.berkeley.edu/journals/> (consultada 9-1-07). Quien de forma más destacada ha apoyado esta interpretación es GOLDSMITH, Jack L. Vid. «Against Cyberanarchy», *University of Chicago Law Review*, 1998, pp. 1-3, 6 y ss. Disponible en <http://cyber.law.harvard.edu> (consultada 20-3-06). Vid. también GOLDSMITH, J./WU, T.; *Who Controls the Internet? cit., per totum*.

rá centrarse en ese ámbito y no en el de la Red en sí⁹. La pluralidad de problemas obliga a seleccionar los instrumentos normativos más adecuados para cada uno. Y esta característica hace inviable que una sola instancia se haga cargo de ellos.

En efecto, los juristas empeñados en analizar el derecho encargado de Internet parecen concluir que es precisa la colaboración de normas y principios procedentes de ámbitos variados¹⁰. De manera no siempre pacífica, conviven tratados internacionales, normas estatales, prácticas empresariales, autorregulación de los usuarios, etc. Conviene destacar la relevancia del Estado en este ámbito digital, porque es un asunto que ha sido tratado a veces con excesiva ligereza. Constituiría un error grave afirmar que Internet es una creación estatal; su desarrollo ha obedecido en buena medida a impulsos y creaciones ajenas a las esferas políticas. Pero el papel impulsor representado por el gobierno americano, por ejemplo, muestra que los Estados pueden ejercer en estos asuntos bastante más influencia de la que les reconocían los ciberlibertarios¹¹.

La historia del desarrollo y control del *Domain Name System* (DNS) de Internet, que Milton Mueller ha narrado minuciosamente, es ilustrativa al respecto de las interrelaciones de actores sociales que han dado lugar a Internet¹². En los primeros tiempos fue gestionado por los pioneros informáticos bajo contrato de los USA. La ampliación de usuarios a principios de los noventa provocó la entrada de otros candidatos a la dirección. Tras un período de discusiones a veces

⁹ Cfr. WU, T.; «Application-Centered Internet Analysis», *Virginia Law Review*, 85, 1999, pp. 1163-1164. Cfr. también SOMMER, J.; «Against Cyberlaw», *cit.*, p. 8.

¹⁰ Vid. en este sentido, MUÑOZ MACHADO, S.; *La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*. Madrid, Taurus, 2000. BIEGEL, S.; *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*. MIT Press, Cambr. Mass., 2003, ambos *per totum*.

¹¹ DREZNER, D. sostiene que el Estado ha influido considerablemente en la adopción de los diferentes protocolos informáticos que componen Internet. No es sino una manifestación más del papel relevante que el Estado sigue teniendo en la llamada globalización. Cfr. DREZNER, D. W.; «The Global Governance of the Internet. Bringing the State Back in», *Political Science Quarterly*, 119, 2004, pp. 478-479. Manuel Castells ha puesto de manifiesto la compleja situación actual del Estado-nación. Ha aparecido un nuevo sistema de poder en el que los Estados ya no tienen el monopolio de la vida política, pero siguen existiendo y siguen desempeñando un papel destacado. CASTELLS, M.; *La era de la información. Vol. 2: El poder de la identidad*. Madrid, Alianza, 2003, pp. 390 y ss. Respecto a su relación con Internet, CASTELLS sostiene que a los Estados les resultará imposible controlarla, debido a su diseño abierto; en general los Estados han perdido la batalla por el control de la información (*El poder de la identidad, cit.*, pp. 337, 353). No obstante, está conclusión de CASTELLS quizá requiera algunas matizaciones, porque algunos países como China han establecido con bastante éxito filtros censores para evitar el acceso a páginas consideradas «sensibles» por esos gobiernos. Por otra parte, CASTELLS reconoce el papel impulsor de los Estados en el surgimiento de la Red. Cfr. *La era de la información. Vol. 1: La Sociedad red*. Madrid, Alianza, 2005, pp. 101 y ss.

¹² Vid. MUELLER, M.; *Ruling the Root. Internet Governance and the Taming of Cyberspace*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2002, *per totum*.

tensas, el acuerdo final dio lugar a la *Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números* (ICANN), encargado desde entonces de gestionar el DNS. Se trata de una corporación privada bajo contrato del Departamento de Comercio de los USA, con representación de miembros de la comunidad informática y comités asesores de otros países. Se trataría de un «régimen internacional» producto del acuerdo informal entre gobiernos nacionales y actores diversos del sector privado, aunque el gobierno norteamericano siga conservando cierto control sobre el sistema. Según Mueller, los instrumentos emanados de este organismo poseen un estatus jurídico difuso oscilante entre el derecho legislado y los acuerdos meramente privados¹³.

Precisamente, éste es uno de los problemas planteados por Internet que debe afrontar la teoría jurídica: explicar la juridicidad de las reglas elaboradas por una pluralidad compleja de instancias. Se trata de un asunto difícil que afecta la base de las fuentes del derecho. Cabe plantear incluso si son necesarios nuevos paradigmas iusfilosóficos para resolverlo. No obstante, a la hora de suscitar esta cuestión conviene tener en cuenta la mencionada ausencia de un derecho exclusivo de Internet; en tal caso, quizá tampoco sea precisa una filosofía jurídica propia para la comunicación digital.

2. INTENTOS DESDE EL PLANO TEÓRICO

Los ciberlibertarios, a los que acabo de aludir, sí pretenden ofrecer una fundamentación específica para sus pretensiones. Ellos insertan sus propuestas en el marco de una teoría jurídica basada en la idea de orden orgánico. El modelo mecanicista, que ve a la sociedad como una estructura diseñada según un plan racional supremo, y que concede al Estado ese papel organizador, olvidaría aspectos esenciales del desarrollo del derecho. Buena parte de las organizaciones sociales, como las corporaciones económicas o las instituciones docentes, no son construidos por el Estado, sino que son organismos que crean sus propias estructuras, roles y normas y evolucionan desde sí mismos. El derecho de Internet, desarrollado por los usuarios e incontrolable mediante un plan jerárquicamente organizado, es un ejemplo de este tipo de ordenaciones sociales¹⁴. Es preciso señalar que este organicismo tiene un carácter individualista. Está basado exclusivamente en la elección entre conjuntos normativos competitivos. De esa forma se despliega una especie de «federalismo electrónico» –son palabras de Post– relacionado con filosofías políticas contrarias a la centralización

¹³ Cfr. MUELLER, M.; *op. cit.*, pp. 217 y ss.

¹⁴ Vid. JOHNSON, D. R.; «The Life of Law Online», http://www.firstmonday.org/issues/issue11_2/johnson/index.html (consultada el 1-2-07), *per totum*.

estatal¹⁵. Más allá de las referencias al ciberespacio y de los argumentos organicistas, la clave de estos planteamientos parece residir en la lucha neoliberal para erigir al mercado como única instancia legitimadora frente a las pretensiones estatalistas¹⁶. Y, en cualquier caso, parece ignorar la interacción entre normas de orden diverso, no sólo procedentes de la autorregulación, que desempeñan su papel en la Red. Parece, por tanto, que la autorregulación basada en la interacción entre individuos digitales no resulta factible como instrumento normativo único para la Red.

Al mismo tiempo, resulta patente que la identificación del derecho con la normativa procedente del Estado tampoco atiende eficazmente a sus peculiaridades. James Boyle ha recordado que los ciberlibertarios sólo veían el derecho al modo de John Austin, es decir, al modo de mandatos imperativos del soberano. Convencidos –con razón– de su inadecuación para Internet, negaban –sin razón– la relevancia de todo derecho en su mundo¹⁷. En un sentido similar, Post y Johnson habían rechazado al Positivismo jurídico como teoría que identifica el derecho con un conjunto unitario de reglas derivados desde un centro de autoridad superior¹⁸.

Desde luego, resultaría complicado discernir la capacidad del Positivismo para explicar los fenómenos jurídicos de Internet, a causa de la diversidad de tendencias que suelen incluirse tras esa etiqueta. De hecho, muchos positivistas actuales no se sentirían reconocidos en el imperativismo de Austin. Es cierto, por otra parte, los orígenes de esa tradición muestran que sus partidarios iniciales defendieron con claridad la incardinación necesaria de todo derecho en la voluntad estatal¹⁹. Una teoría que no había sido inventada *ex novo* por los positivis-

¹⁵ Vid. POST, D. G.; «The “Unsettled Paradox”: The Internet, the State and the Consent of the Governed», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 5, 1998, p. 2, disponible en <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Sov.html> (consultada el 2-2-07). POST, D. G.; «Governing Cyberspace», *Wayne Law Review*, 43, 1997, p. 3, disponible en <http://www.temple.edu/lawschool/dpost> (consultada 20-01-06). Post cita como precedente de su forma de entender el liberalismo a Thomas Jefferson.

¹⁶ Esta idea aparece explicitada en POST, D. G.; «What Larry Doesn't Get: Code, Law and Liberty in Cyberspace», *Stanford Law Review*, 52, 2000, pp. 1439-1459. Un análisis de la relación de estas doctrinas ciberlibertarias con el neoliberalismo lo ofrece NETANEL, N. W.; «Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory», *California Law Review*, 88, 1999, pp. 3 y ss.

¹⁷ Cfr. BOYLE, J.; «Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors» (1997). Disponible en <http://www.law.duke.edu/boylesite/foucault.htm> (consultada 9-2-07), pp. 4 y ss.

¹⁸ Cfr. JOHNSON, D. R./POST, D. G.; «And How Shall the Net Be Governed?» *cit.*, p. 10.

¹⁹ Es el caso, por ejemplo, de Nikolaus Falk o Johann Kielruf, integrantes según CARPINTERO, Francisco de un «Positivismo jurídico estricto». Vid. al respecto, CARPINTERO, F.; *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Madrid, Actas, 1994, pp. 125 y ss. KRIELE, Martin ha afirmado que la clave del Positivismo jurídico reside en el monopolio de la creación del derecho en manos del legislador. Cfr. *Recht und praktische Vernunft*. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1979, p. 72.

tas. Porque una de las líneas doctrinales que recorre toda la Modernidad jurídica está basada en la interrelación entre el derecho y el poder²⁰. A pesar de las enormes variaciones entre las diferentes tendencias, y más allá de las etiquetas, la veta imperativista ha recorrido el pensamiento jurídico europeo desde entonces. En ese decurso, el hito de la Escuela de Derecho Natural Moderno fue decisivo. Sus integrantes escogieron como punto de partida inexcusable de toda reflexión la libertad natural del individuo, entendida como un poder de actuación, en principio ilimitado. En aras de la paz social, los individuos transferían ese poder al Estado, mediante un pacto; una vez cumplido ese trámite, el poder político era el único legitimado para establecer el derecho. A principios del XIX el Positivismo jurídico llevó a su máxima expresión esa mentalidad, eliminando toda referencia a supuestos individuos situados en el estado de naturaleza²¹. De esa forma, el marchamo único de juridicidad vendría dado por la emanación desde un poder político centralizado. A lo largo del siglo XIX y buena parte del XX, esta explicación ha gozado de enorme predicamento. Aunque reconozco que la presentación quizá haya sido excesivamente poco matizada, parece poco discutible que esa teoría jurídica no se amolda a la regulación de Internet. Como ya he señalado, la pluralidad de instancias normativas que ya concurren en la Red son irreductibles a una fuente única. Desde el punto de vista legalista, las prácticas empresariales, las cláusulas generales de contratación y otros fenómenos autorregulatorios que han brotado al margen de las decisiones estatales carecerían de juridicidad. Pero afirmar esto parece poco realista ante el desarrollo actual del derecho de Internet. Por ese motivo, Muñoz Machado señala la necesidad de atender a nuevas visiones del derecho, caracterizadas por su adhesión a las teorías del caos y del derecho en malla para explicar la realidad de Internet²². Por eso voy a referirme en las páginas siguientes a las explicaciones de autores que siguen vías de ese tipo, como Gunther Teubner y Karl-Heinz Ladeur.

De hecho, el reconocimiento de normatividades jurídicas ajenas al Estado no se ha debido exclusivamente a las nuevas tecnologías informativas ni a otros fenómenos de globalización jurídica. No carece de relevancia que Gunther Teubner haya titulado *Bukowina global* uno de sus estudios dedicados a analizar el papel creciente de los derechos extraestatales²³. Teubner, especialmente interesado por la compleji-

²⁰ En realidad, esa línea planta sus raíces en las explicaciones voluntaristas y nominalistas de los teólogos de la Baja Edad Media y de la Modernidad primera, que redujeron el derecho a una manifestación de voluntad –divina o humana. Vid. CARPINTERO, F.; «Voluntad, ausencias y normas: el sustrato histórico del Positivismo en el Derecho», *Dikaosyne*, 15, 2005, pp. 29-57.

²¹ Vid. CARPINTERO, F.; *Una Introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1988, pp. 51 y ss., 115 y ss.

²² Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.; *op. cit.*, pp. 34-35, 42.

²³ Vid. TEUBNER, G.; «“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, G.; (ed.); *Global Law Without a State*. Aldershot, Dartmouth, 1997.

dad creciente en los sistemas sociales, recuerda los planteamientos de Eugen Ehrlich acerca del derecho que efectivamente regía en la Bukowina, entonces provincia del Imperio Austro-Húngaro y que no era el Código Civil austriaco, pese a estar formalmente vigente²⁴. El nombre de Ehrlich es sólo un testigo de la reacción amplísima que, frente al Positivismo estatalista, quiso afirmar la existencia de realidades jurídicas fuera de la legislación²⁵. Por supuesto, los planteamientos de Teubner, derivados de la teoría sistémica de Luhmann, son muy diferentes a los expuestos por los iusliberistas. No puedo analizar ahora la compleja riqueza de su teoría²⁶. Por ese motivo voy a limitarme a exponer algunas de sus reflexiones acerca del derecho globalizado y del ejemplo que supone Internet.

El parte del reconocimiento de la inevitable fragmentariedad de la vida jurídica actual y considera la regulación de Internet un ejemplo de esa situación. Esa fragmentación es una de las características de la globalización jurídica. Lejos de ser una tendencia hacia la unificación de la sociedad mundial bajo un capitalismo generalizado, supone la instauración de una pluralidad de derechos irreductibles a una ordenación unitaria. Esa diversidad no ha sido producida por el pluralismo político propio de un mundo dividido en Estados, sino que es consecuencia de la división de la sociedad mundial en diferentes y contradictorias racionalidades institucionalizadas, que comprenden la ciencia, la educación, la salud, la economía, etc. Conforman un conjunto de discursos que pueden llegar a colisionar entre sí y dan lugar a una «globalización policéntrica»²⁷. El derecho ha de amoldarse a esa plu-

²⁴ Cfr. EHRlich, E.; «Soziologie und Jurisprudenz» *Österreichische Richter-Zeitung*, 1906 (Reprint de la separata, Aalen, Scientia, 1973), p. 7. Era un ejemplo para defender su tesis principal: el derecho no nace desde el Estado, sino a partir de las fuerzas sociales: instituciones como el matrimonio, los contratos, etc. no han surgido desde decisiones estatales. Cfr. EHRlich, E.; *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903 (Reprint, Aalen, Scientia, 1973), pp. 11 y ss. *Die juristische Logik*. Tübinga, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1925 (Reprint, Aalen, Scientia, 1966), pp. 81 y 84 entre otras.

²⁵ Vid. el análisis de LOMBARDI, L.; *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milán, Giuffrè, 1975 pp. 210 y ss. Desde la Escuela de Derecho Libre hasta la actual Hermenéutica jurídica han sido numerosos los intentos en este sentido. Sin embargo, la mayoría han estado preocupados por la presencia de elementos que vinieran a completar los contenidos legales inevitablemente insuficientes. El problema planteado ahora es más radical: la existencia de normas jurídicas ajenas por completo a la voluntad estatal.

²⁶ Vid. por ejemplo, su libro *Il diritto come sistema autopoiético*. Ed. A cargo de A. Febraro y C. Pennisi. Milán, Giuffrè, 1996, 228 pp. Ha defendido en él un «derecho reflexivo» como coordinador de las diferentes racionalidades sociales, mediante la regulación de la autorregulación sistémica. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A.; «Sociología sistémica y política legislativa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, V, 1988, pp. 260 y ss.

²⁷ Cfr. FISCHER-LESCANO, A./TEUBNER, G.; «Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit», en ALBERT, M./STICHWEH, A. (eds.); *Weltstaat – Weltstaatlichkeit: Politische Strukturbildung nach der Globalisierung*. Wiesbaden, VS, 2006, pp. 3 y ss. Cfr. también TEUBNER, G.; «Glo-

alidad. Y también la teoría jurídica. Teubner afirma que el positivismo jurídico, que él identifica con la unidad de derecho y Estado y la vinculación de lo jurídico con la idea de sanción, carece de sentido en la nueva realidad global. Ésta muestra diversidad de fuentes independientes del Estado, que, no obstante, crean auténtico derecho²⁸. Son necesarias, por tanto, nuevas aportaciones teóricas.

Frente a la usual diferenciación de órdenes jurídicos basada en el principio de territorialidad, la globalización reclama un principio temático-funcional: al lado de los derechos nacionales, que seguirán existiendo, surgen diferentes órdenes jurídicos adecuados a los varios sistemas parciales que integran la sociedad mundial. Entre ellos existe una relación heterárquica y de influencias recíprocas, pero no es factible la unificación final bajo una regla de reconocimiento última o una norma fundamental suprema²⁹. La causa es clara: las racionalidades fragmentarias que dan lugar a esos derechos no pueden ser reducidas a una racionalidad o metadiscurso superior, y, por tanto, sus derechos tampoco pueden acabar unificados. Se desarrolla así una serie de *private regimes* cuyo carácter jurídico está sujeto a controversias por parte de los defensores de la teoría jurídica de base estatista. Sin embargo, para Teubner, ese carácter es innegable. En efecto, las diferentes comunidades transnacionales establecen sus propias fuentes de derecho independientes de las estatales e interestatales. Su juridicidad obedece a la presencia de procesos institucionalizados propios de elaboración y aplicación del derecho. Ejemplos de fuentes jurídicas extraestatales son los contratos entre actores globales, la regulación privada del mercado mediante empresas multinacionales, la regulación interna de las organizaciones internacionales. La plena institucionalización de esos procedimientos requiere incluso la creación de Constituciones específicas diferentes a las propias de la política estatal y que respondan a las exigencias de los diferentes subsistemas de la sociedad mundial.

El derecho de Internet forma parte de esos regímenes privados necesitados de constitucionalización –una Constitución digital, en palabras de Teubner–. El punto de partida es la insuficiencia de los derechos nacionales –incluso el internacional elaborado entre Estados– para acoger los problemas de Internet. La dinámica de la Red implica la entrada de otros elementos normativos, como la autorregulación³⁰. Sin embargo, no forma un orden jurídico autónomo, depen-

le Zivilverfassungen. Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63, 2003, p. 8. TEUBNER, G.; «Vertragswelten. Das Recht in der Fragmentierung von *Private Governance Regimes*», *Rechtshistorische Journal*, 17, 1998, pp. 10 y ss. (Los artículos de Teubner están disponibles en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Person/Publicite.html> consultada 28-3-07).

²⁸ Cfr. TEUBNER, G.; «“Global Bukowina”», *cit.*, pp. 6 y ss., 12.

²⁹ Cfr. TEUBNER, G.; «Fragmentierung...», *cit.*, pp. 8-10.

³⁰ Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, p. 12.

diente sólo de la autorregulación y totalmente separado de la política estatal, sino un sistema jurídico híbrido compuesto de normas de diferente procedencia, incluyendo la estatal e internacional. En palabras de Teubner, constituye un ámbito social semiautónomo³¹.

Como acabo de señalar, uno de los problemas básicos de la constitucionalización de los subsistemas sociales globales es el establecimiento de las reglas de autocreación jurídica, es decir, los procedimientos para establecer el derecho. Teubner cita ejemplos de los que él considera «mitos fundacionales» del orden jurídico como el contrato social, el origen divino o la diferencia entre normas primarias y secundarias expuesta por Hart. En todo caso, estas reglas deben superar la idea fundacional del derecho centralizada políticamente en el Estado. Recuerda que si ya es difícil en el ámbito nacional remitir a la autorización parlamentaria la cualidad normativa de realidades como el derecho judicial, los contratos o las normas propias de las organizaciones, esa dificultad se multiplica en los regímenes autónomos –o semiautónomos– de la sociedad mundial de los que forma parte la *lex digitalis*. Es preciso establecer reglas secundarias específicas para Internet con la finalidad de averiguar cuál es el derecho vigente en el entorno digital y quiénes son los actores legítimos en el proceso de su creación³². El asunto es arduo, porque no sirven los criterios de las Constituciones políticas. En estos ámbitos, es necesario tener en cuenta otros elementos como los estándares propios como las condiciones generales de contratación internacionales o los códigos de conducta de las asociaciones profesionales. Particularmente importante es el código informático (Teubner cita en este punto a Lawrence Lessig). Sus programas crean una normatividad específica que determina en buena medida el comportamiento de los usuarios de la Red³³. De ahí que las cuestiones atinentes a su conformación, tal y como la polémica acerca de la *open source*, posean relevancia constitucional, entendida en el sentido de la Constitución civil.

Sin embargo, la propuesta final de Teubner resulta un tanto vaga. La regulación de la *lex digitalis* requiere la coexistencia de dos ámbitos regulatorios, uno organizado formalmente y otro espontáneo, sin que prevalezca uno sobre otro. Ya existen otros ejemplos de esa distinción en los ámbitos económicos, educativos, científicos. No parece que el ámbito organizado deba quedar en manos del Estado: Teubner

³¹ Cfr. TEUBNER, G./KARAVAS, V.; «<http://7www.CompanyNameSucks.com: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber Privaten im autonomen Recht des Internet?>», en LADEUR, K.-H.; *Innovationsoffene Regulierung des Internet*. Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 265-266.

³² Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, pp. 12-14.

³³ Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, p. 15-16. Quizá TEUBNER conceda demasiada relevancia al poder del código informático. No todas las relaciones jurídicas que surgen gracias a la Red son resueltas de la forma tan mecánica que él describe. En este punto su postura parece asemejarse un tanto a la defendida por los ciberlibertarios.

sólo dice que funcionará de forma similar a lo que ya ocurre con la organización estatal o empresarial en otros sectores³⁴. Precisa, no obstante, que la política aún desempeñará un papel destacado en esa convivencia: el derecho público tiene la misión de desarrollar progresivamente constituciones políticas que coordinen esos ámbitos diversos³⁵. Teubner ha señalado que una de las características de estos nuevos derechos –no sólo la *lex digitalis*– es su elaboración mediante una mezcla de espontaneidad y organización. No se trata de un derecho consuetudinario ni espontáneo en el sentido que le dio Friedrich von Hayek, porque buena parte de los procesos de decisión privados están altamente organizados. De todas formas, esa organización –pública o privada– nunca puede organizarlo todo y en el reconocimiento de esa interacción entre espontaneidad y organización reside, según Teubner, el secreto del éxito de la democracia moderna³⁶.

Un ejemplo de este proceder en el régimen jurídico de Internet lo ofrece el ICANN. Al estudiar la actuación de esta corporación, Teubner (colaborando con Vaios Karavas) defiende la plena juridicidad de sus decisiones, al decidir sobre los nombres de dominio, a pesar de no tener carácter estatal. Muestra de ello es que resuelve según sus propias normas, con medios específicos para hacerlas efectivas; es un orden jurídico que se acrecienta con la sucesión de decisiones particulares; no tiene una jerarquía unificada de instancias decisorias, pero sí cierta tendencia a unificación. Y aunque la *lex digitalis* normalmente carezca de legitimidad política en el sentido tradicional, el ICANN sí posee alguna en la medida en que tiene un acuerdo con el Departamento de Comercio de los USA³⁷.

Como ya he indicado, Teubner afirma que las regulaciones jurídicas de cada subsistema desarrolla mecanismos propios para fundamentar su juridicidad; ese derecho no surge de un proceso político, sino de las necesidades de regulación jurídica basadas en las expectativas de seguridad y de solución de conflictos³⁸. Esta afirmación podría aludir a algún tipo de necesidad o exigencia social que habría de satisfacer el derecho. Al fin y al cabo, es la policontextualidad de la sociedad globalizada y sus diversas racionalidades las que provocan la

³⁴ Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, pp. 17-18.

³⁵ Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, pp. 15-16, pp. 17-18. En otro momento, TEUBNER ha defendido la intervención estatal para garantizar derechos fundamentales amenazados por la expansión de sistemas sociales diferentes al político. Cfr. GRABER, CH. B./TEUBNER, G.; «Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?» *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, 1998, pp. 72-73.

³⁶ Cfr. TEUBNER, G.; «Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft», en SIMON, D./WEISS, M. (eds.); *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis*. Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 4-5, 12-13. En el caso de Internet se trata, por tanto, de una espontaneidad diferente de la que piden autores como JOHNSON, David.

³⁷ Cfr. TEUBNER, G./KARAVAS, V.; «<http://www.CompanyName...>», *cit.*, pp. 267-269.

³⁸ Cfr. TEUBNER, G.; «Privatregimes: Neo-Spontanes Recht...», *cit.*, p. 3.

aparición de los regímenes jurídicos autónomos. Sin embargo, no se trata de bienes jurídicos que reclamen protección positiva, sino de las características de un sistema autopoietico que instaura su propia racionalidad y se reproduce así mismo desde ellas, sin que exista ningún fundamento más allá. Teubner sostiene que, ante la inevitable inutilidad del recurso simbólico-legitimador del legislador político, la sociedad global fragmentada y su correspondiente derecho policontextual han de buscar nuevos mitos fundacionales. Por ejemplo, en la *lex mercatoria* la convicción de que las prácticas contractuales son vinculantes o que las decisiones arbitrales brotan desde consideraciones de equidad³⁹. En Internet las cuestiones que afectan a los derechos fundamentales, por ejemplo, y que hayan de ser resueltas por instancias no estatales –éstas tienen su propia legitimación– se apoyan en dos elementos: el recurso a la idea de un núcleo común de principios generales de las naciones civilizadas y a los actos de positivación de decisiones arbitrales consolidadas en el uso del precedente y según el modelo de los derechos fundamentales del ámbito estatal. Según Teubner se trata de una ficción pura, ya que no pueden basarse en ningún tipo de realidad (derecho natural, filosofía de derechos del hombre o nociones similares), pero se utilizan y sirven para positivizar los derechos fundamentales en la *lex digitalis*⁴⁰. De esa forma es resuelta la paradoja de la autovalidación del derecho, incluyendo el destinado a las actividades de la Red: el empleo de ficciones compartidas.

Teubner remarca que la pluralidad global está compuesta de discursos herméticamente cerrados, carentes de un metadiscurso capaz de integrarlos. El derecho tampoco puede realizar esa función, ya que está ceñido a los diferentes procesos productivos adoptados por los subsistemas. No obstante, en este punto hay cierta ambigüedad en su planteamiento, porque también señala que el derecho tiene ahora la oportunidad de institucionalizar la constitucionalidad dual –ámbitos espontáneo y organizado– de la sociedad. Así mismo, el derecho, si bien nunca podrá conseguir armonizarlos completamente, puede servir como foro en el que salgan a la luz los conflictos de racionalidades y puedan plantearse medios de resolución adecuados⁴¹. En este caso, el derecho sí representaría un papel relativamente armonizador de los discursos sociales, en la medida en que la constitucionalización social impidiera, por ejemplo, la colonización de un sistema por parte de otro (un papel que ya era propio del «derecho reflexivo»).

Karl-Heinz Ladeur defiende propuestas parecidas, a la hora de tratar los derechos extraestatales. Defiende una teoría jurídica postmoderna basada también en consideraciones sistémicas y autopoieticas.

³⁹ Cfr. TEUBNER, G.; «Des Königs viele Leiber. Die Selbdekonstruktion der Hierarchie des Rechts», *Soziale Systeme*, 2, 1996, pp. 21-22, entre otras.

⁴⁰ Cfr. TEUBNER, G./KARAVAS, V.; *op. cit.*, pp. 271-272.

⁴¹ Cfr. FISCHER-LESCANO, A./TEUBNER, G.; «Fragmentierung...», *cit.*, pp. 5, 21. TEUBNER, G.; «Privatregimes...», *cit.*, pp. 11-12.

Rechaza la existencia de un sujeto individual entendido al modo moderno como punto de referencia unitario y racional para la comprensión de la realidad. Frente a esta explicación, que considera superada, afirma la presencia de una pluralidad de juegos lingüísticos o sistemas autopoieticos que constituyen la realidad y determinan incluso al mismo sujeto. Cada sistema crea su estructura y por tanto el conocimiento posible dentro de ese sistema: por tanto toda observación no es sino autoobservación y autoconocimiento del mismo sistema. No hay realidad objetiva fuera del juego lingüístico de que se trate⁴². El derecho sería un sistema de este tipo⁴³.

Éste, aunque caracterizado por la «clausura recursiva» de la que hablaba Luhmann, de forma que se autoconstruye sólo de acuerdo con sus propias distinciones, sí posee una «racionalidad relacional» que lo hace accesible desde las observaciones policontextuales generadas por los diferentes sistemas sociales. Esto implica, según Ladeur, que el derecho derive inevitablemente hacia el pluralismo jurídico, ya que está situado ante una racionalidad fragmentada que da lugar a redes de relaciones heterárquicas y transubjetivas que van más allá de los Estados territoriales⁴⁴. Para esta situación resulta ineficaz el derecho centrado en el Estado. Es preciso, por tanto, diseñar un orden jurídico integrado por prácticas y formas transnacionales y abierto a la autorregulación. En él, no obstante, el Estado seguirá representando un papel importante: en sus manos está la supervisión y garantía de la transparencia en las relaciones entre las redes⁴⁵. En cualquier caso, resulta poco recomendable, debido a su inutilidad, intentar la utopía de un Estado mundial que regule estas racionalidades complejas, múltiples y cambiantes⁴⁶.

Preocupado por este tipo de cuestiones, Ladeur no ha podido permanecer ajeno a los problemas suscitados por Internet. Al hilo de una discusión acerca de la libertad de comunicación en ese medio, señala que el modelo de libertad puramente negativa no resulta adecuado para él. Dejando de lado ahora la cuestión de los derechos fundamentales en Internet, lo que me interesa destacar es la reflexión sobre la regulación de la Red que Ladeur deriva de esa apreciación. Advierte que, en general, el carácter individualista de las libertades negativas

⁴² Vid. LADEUR, K.-H.; *Postmoderne Rechtstheorie*. Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 80 y ss. Un resumen de estas consideraciones lo ofrece en LADEUR, K.-H.; «The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law», *EUI Working Paper*, 99/3, 1999, pp. 9-16.

⁴³ Vid. LADEUR, K.-H.; *Postmoderne Rechtstheorie*, cit., pp. 155 y ss.

⁴⁴ Cfr. LADEUR, K.-H.; «The Theory of Autopoiesis...», cit., pp. 16-26. Cfr. también LADEUR, K.-H.; «Globalisation and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State?» *EUI Working Paper Law*, 4, 2003, pp. 18 y ss.

⁴⁵ Cfr. LADEUR, K.-H.; «The Theory of Autopoiesis...», cit., pp. 38 y 43. «Globalisation and the conversion...», cit., p. 21.

⁴⁶ Cfr. LADEUR, K.-H., «Globalisation and the conversion...», cit., pp. 6-7.

no puede ocultar que las decisiones de esos mismos individuos constituyen redes de relaciones, modelos de ordenación y organizaciones que abren para otros sujetos tanto nuevas opciones como nuevas vinculaciones. Ésta es característica propia de las redes, como Internet, y por eso su regulación no puede ser resuelta sólo mediante la autoorganización espontánea entre individuos, estableciendo sólo límites legales externos. Tampoco puede quedar esa regulación en manos del Estado, debido a la complejidad de Internet: su infraestructura tecnológica obedece a una ordenación global más allá del Estado. A juicio de Ladeur, la identificación realizada por Lessig entre el código y el derecho de la Red, tal vez sea excesivamente simplificadora, pero es bastante acertada al mostrar que sus diferentes niveles técnicos abren un amplio abanico de posibilidades de comunicación. Ese conjunto compone un amplio modelo de ordenación tecnológicamente determinado que, por su complejidad, no puede surgir mediante decisiones individuales de los usuarios, ni mediante la imposición explícita de reglas formales. La arquitectura de Internet está en un nivel de ordenación superior al código técnico y a las reglas en sentido habitual; de hecho, puede suponer limitaciones para los individuos más estrictas que las procedentes de la normativa estatal. En suma, Internet posee una dinámica autoorganizativa colectiva especial que exige un tratamiento propio⁴⁷.

Como en el caso de Teubner, su propuesta se mueve en un plano un tanto genérico. Según explica, las relaciones en red, en general, requieren regímenes de autodesarrollo y autotransformación que estén entre el individuo y el Estado. Para el caso de Internet sería plausible la creación de una organización estructurada mediante el derecho público o el privado dedicada a la autoobservación (es decir, a la autorreferencialidad sistémica) de los modelos de comunicación en Internet y a su interrelación. Al mismo tiempo deberá preservar la apertura hacia la innovación y estar receptiva a la incitación proveniente de la intervención estatal. Esta organización crearía reglas, coordinaría la autoorganización de usuarios individuales y empresas y se preocuparía por la construcción de una infraestructura comunicativa distribuida en red. Por supuesto no sería una regulación en el sentido tradicional, sino una forma de autoobservación estructurada a través de una red de redes que se organiza a sí misma mediante un conjunto complejo de reglas en permanente variación. En ningún caso sería una organización centralizada para controlar Internet. Ladeur reconoce, no obstante, que esa tarea entraña dificultades considerables debido a la rapidez con que los cambios se producen en este entorno⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. LADEUR, K.-H.; «“Offenheitspflege” im Internet –eine neue Funktion für die objektiv-rechtliche Dimension der “Medienfreiheit”», en LADEUR, K.-H.; *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, cit., pp. 111 y ss.

⁴⁸ Cfr. LADEUR, K.-H.; «“Offenheitspflege” im Internet...», cit., pp. 127-128.

El modelo propuesto concuerda con los presupuestos iusfilosóficos básicos de Ladeur. Su crítica al individualismo moderno le lleva a rechazar la autorregulación entre individuos al modo ciberlibertario. Por otra parte, el reconocimiento de la pluralidad de sistemas y racionalidades que forman redes complejas, como Internet, imposibilita la regulación unitaria en manos del Estado. En consecuencia, como ya hemos visto reclama la creación de organizaciones nuevas que ocupen un lugar intermedio entre el individuo y el Estado⁴⁹.

Las explicaciones de Teubner y Ladeur tal vez puedan sintetizarse afirmando que apuestan por una autorregulación efectuada por los grupos, empresas, asociaciones, etc., que se desenvuelven utilizando Internet y acaso supervisada o garantizada en cierto modo por el Estado. Una especie de «autorregulación regulada»⁵⁰. La vertiente extraestatal no está en manos de las decisiones puntuales de los individuos, porque desde su punto de vista filosófico no existen tales individuos. Son las racionalidades parciales, organizadas a su modo, las encargadas de elaborar las nuevas regulaciones.

En un plano más concreto, Ladeur explica que tanto las instituciones jurídicas como las construcciones dogmáticas existentes deberán cambiar para afrontar los retos de la nueva tecnología de la información. La propiedad intelectual, por ejemplo, habrá de abandonar la concepción exclusivista vigente hasta ahora y admitir formas más cooperativas, adecuadas al espíritu de las innovaciones científicas. En cualquier caso, reconoce que no hay solución fácil. El camino está, desde luego, en experimentar nuevas formas de cooperación que se amolden a la lógica de vinculaciones múltiples e híbridas propia de las estructuras en red (como la colaboración entre organización estatal

⁴⁹ LADEUR inserta estas disquisiciones en un concepto amplio de democracia que bebe explícitamente en Alexis de Tocqueville o James Madison y que, además del Estado, tiene en cuenta otros tipos de redes relacionales a la hora de construir el discurso público. Cfr. «Globalisation and the Conversion...», *cit.*, pp. 8 y ss. Es interesante destacar que estas ideas recuerdan a las que, desde posiciones diferentes ha sostenido en reiteradas ocasiones HÄBERLE, Peter. Su teoría de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, le lleva a descartar el monopolio de la juridicidad en manos del Estado. *Vid.* HÄBERLE, P.; «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297-305. *Vid.* también sus estudios «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neueren Verfassungen – ein Textvergleich», en HÄBERLE, P.; *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik. Ausgewählte Studien zu vergleichenden Verfassungslehre in Europa*. Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 515 y ss. «Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat», en HÄBERLE, P.; *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein, Athenäum, 2003, pp. 137. HÄBERLE se basa en la epistemología defendida por Karl Popper. LADEUR, defendiendo una reformulación postmoderna del liberalismo, también propone el uso del método *trial and error* y el constante cuestionamiento de los resultados en su propuesta democrática. Cfr. «The Theory of Autopoiesis...», *cit.*, p. 26.

⁵⁰ Es una expresión empleada por HOFFMANN-RIEM, W.; «Gesetzliche Gewährleistung der Freiheit der Kommunikation im Internet?», en LADEUR, K.-H.; *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, *cit.*, pp. 77-78.

y la autoorganización)⁵¹. No deja de ser curioso que, a pesar de su defensa de una racionalidad sistémica y postmoderna, las argumentaciones de Ladeur al tratar cuestiones jurídicas concretas afectadas por la tecnología digital parecen consistir en una interpretación y adaptación del derecho existente según las particularidades y circunstancias de la Red. Cabría indagar por las justificaciones concretas de esas transformaciones y esta apreciación puede servir para enlazar con un aspecto polémico de estas teorías.

En efecto, ante las propuestas de Teubner y Ladeur quizá no tenga mucho sentido preguntarse por la justificación de esas racionalidades parciales que reclaman solución. Desde el punto de vista de la teoría sistémica que ellos adoptan, no parece haber lugar para esas cuestiones. Ellos niegan que exista algo así como una verdad práctica objetiva que vincule las decisiones jurídicas. Es cierto que Teubner parte de las peculiaridades de cada subsistema como punto de partida para una regulación jurídica propia, pero esas necesidades proceden de la propia recursividad sistemática. Es decir, cada racionalidad tiene sus características y produce su normatividad; no hay baremo objetivo para medirla⁵². Como he indicado ya, según Teubner, las fundamentaciones de los órdenes jurídicos –estatales o no– son mitos. Ladeur, por su parte, destaca que el derecho es un orden nacido desde el caos de racionalidades en perpetuo movimiento. Habrá que concluir que no hay justificación para esas nuevas normatividades. La propuesta de Teubner sólo reconoce una noción de verdad postmoderna en sentido débil, que no posee auténtico sustento⁵³.

Sin embargo, estas consideraciones acaso quizá resulten un tanto exageradas. En efecto, los riesgos de fraude en el comercio electrónico o los daños a la privacidad presentes en la Red, por ejemplo, no son precisamente mitos; las soluciones propuestas para evitarlos, tampoco. Al contrario, parecen afectar a bienes perfectamente reales más allá de la integración en una particular racionalidad sistémica. Esta apreciación requiere una explicación más detenida. Al analizar la filosofía de Teubner, Ricardo Prandini añade un «suplemento» para

⁵¹ Cfr. LADEUR, K.-H.; «Die Dynamik des Internet als Herausforderung der Stabilität des Rechts - "Virtuelles Eigentum", Copyright, Lauterkeitsrecht und Grundrechtsbindung im Internet als Exempel», <http://www2.jura-hamburg.de/ceri/publ/start.htm>, (consultada, 20-3-07), pp. 19-21, 23.

⁵² No obstante, TEUBNER está preocupado por la protección de los Derechos Humanos en la sociedad global. Los entiende como los garantes de la unidad psicofísica de los seres humanos, que es independiente de la pertenencia a una matriz comunicativa y suele estar amenazada por los diferentes sistemas sociales. Según TEUBNER, no se trata de derechos morales o jurídicos menesterosos de protección: son tendencias a la autoconservación de una diferencia frente a su entorno. Niega que esos derechos tengan algo que ver con el derecho natural o instancia normativa similar. Cfr. TEUBNER, G.; «Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch private Akteure», *Der Staat*, 44, 2006, pp. 161-188.

⁵³ Cfr. CEPPA, L.; «I fondamenti del diritto. Günther versus Teubner», *Rivista Critica del Diritto Privato*, XXIII, 2005, pp. 700 y ss.

justificar el origen de la racionalidad de los subsistemas y no reducirlo al ámbito de lo mítico. Basa ese añadido en el reconocimiento de que el derecho no es una pura decisión impositiva de la norma, sino «acto ordinativo» de la realidad mediante la razón jurídica. Esa racionalidad no nace de la nada, sino de la propia estructura de la realidad social. Es preciso tener en cuenta que la palabra *lex* procede del latino *legere* no de *ligare* y en la sociedad actual la positividad se muestra en la interpretación constante de las reglas a la luz de las diversas y plurales circunstancias del derecho globalizado⁵⁴. Expuesto de otra forma: las diferentes formas de juridicidad, anclarían su justificación en la configuración múltiple de la vida social, que hace brotar una variedad de bienes humanos que exigen tratamientos jurídicos específicos que no siempre puede proporcionar el Estado. Tales normatividades anclarían su justificación en la configuración múltiple de la vida social. Significativamente, Prandini apoya sus propuestas en la Hermenéutica jurídica de autores como Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria. Estos autores defienden un concepto de derecho basado en la noción de práctica interpretativa. Una de sus características es el establecimiento de un bien alrededor del cual gira su regulación; ésta no depende de la voluntad arbitraria de los partícipes en la práctica, sino que está objetivada en cierto modo por la presencia de unos fines que dan sentido a la práctica. Desde este punto de vista, la clave de la juridicidad no está en la existencia de un mandato político, sino en la regulación de esos bienes y en su interpretación constante a la luz de los diferentes contextos⁵⁵. Incluso el Positivismo jurídico más reciente defiende un concepto flexible de la positividad, superadora del mero imperativismo⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. PRANDINI, R.; «La “costituzione” del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Günther Teubner», en TEUBNER, G.; *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*. Roma, Armando, 2005, pp. 223-224. PRANDINI reconoce que no sabe si su suplemento es «incoherente e innecesario», pero afirma que sí es «diverso». (p. 223). Es preciso reconocer que la apostilla hermenéutica de PRANDINI no casa demasiado bien con los presupuestos de TEUBNER; más bien habría que verlo como una corrección.

⁵⁵ Vid. Cfr. Viola, F./ZACCARIA, G.; *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma/Bari, Laterza, 2001, pp. 116-117, 125-127. Cfr. igualmente, VIOLA, F.; *Il Diritto come pratica sociale*. Milán, Jaca, 1990, pp. 165-166. ZACCARIA, G.; «Dimensiones de la Hermenéutica e interpretación jurídica, en ZACCARIA, G.; *Razón jurídica e interpretación*. Trad. de A. Messuti y G. Robles. Madrid, Thomson-Civitas/Universidad de Padua, 2004, pp. 79 y ss.

⁵⁶ Vid. por ejemplo, la defensa del Positivismo Jurídico Incluyente que realiza VILLA, V.; *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*. Turín, Giappichelli, 2004, per totum. VILLA destaca que el derecho positivo contiene valoraciones, a veces de tipo moral, y no puede ser identificado con un mero conjunto de normas fijadas por la voluntad estatal. Letizia Gianformaggio prevenía contra «el viejo positivismo imperativista y estatalista» que identifica el derecho con el puesto directa o indirectamente por un acto de imperio del soberano; la positividad es una cuestión de grado establecida mediante el reconocimiento de algo como derecho de una manera

Justamente Francesco Viola se ha acercado a la globalización jurídica desde este paradigma iusfilosófico, defendiendo además la virtualidad de la vieja noción de derecho de gentes. Éste posee una positividad independiente de una autoridad política común (inexistente en la comunidad internacional); procede, en cambio, de la razón humana que establece reglas adecuadas (aunque discutibles y revisables) a las exigencias planteadas por las realidades globalizadas. Viola entiende que este derecho de gentes está basado en el consentimiento de los participantes en tales interacciones, pero no es un mero producto de la voluntad arbitraria de esos sujetos; está basado también en una «justificación razonablemente argumentada» y ese fundamento debe tener en cuenta la «substancia de las cosas», es decir el motivo social por el que han entrado en contacto un cierto número de personas que, por otra parte, pueden pertenecer a Estados y tradiciones culturales diferentes⁵⁷.

Al admitir que la juridicidad no viene establecida exclusivamente por órdenes procedentes del poder, sino por la existencia de determinados bienes humanos, resulta plausible admitir la existencia de un derecho nacido más allá de la voluntad estatal. En efecto, las prácticas contractuales mercantiles, que afectan al comercio electrónico, responden a la necesidad de garantizar el tráfico jurídico. El ICANN, como régimen internacional que agrupa intereses diversos, encuentra su justificación en la necesidad de órgano que dirija la asignación de nombres de dominio de primer nivel; es la propia configuración de la Red la que hace útil su existencia y de la aceptación general de esa utilidad derivaría, en buena medida, la juridicidad de sus resoluciones. Todas esas reglas, prácticas, cláusulas, principios..., no forman un *soft law* semijurídico. Son derecho en la medida en que corresponden a una racionalidad jurídica aceptada por los participantes en la práctica y conforme a los bienes y fines que están en juego en tal situación, aunque no hayan sido recogidas en la legislación política⁵⁸. Por

compleja y no institucionalizada. Cfr. «Il filosofo del diritto e il diritto positivo», en ZACCARIA, G.(ed.); *Diritto positivo e positività del diritto*. Turín, Giappichelli, 1991, p. 9. Sin embargo, ante los intentos de reformular el Positivismo, que vienen de la mano de los Incluyentes, cabe preguntarse hasta qué punto siguen siendo positivistas. Sobre las posibles inconsistencias de su actitud, vid. SERNA, P.; *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*. México D. F., Porrúa, 2006, pp. 53 y ss.

⁵⁷ Vid. VIOLA, F.; «Derecho de gentes antiguo y contemporáneo», *Persona y Derecho*, 51, 2004**, pp. 167-189. En esta línea, PARIOTTI, E. destaca que la dimensión cooperativa de la comunidad jurídica erigida en torno a las prácticas supera el límite de la moralidad política de un grupo concreto. La Hermenéutica toma en serio el contexto a la hora de determinar el derecho, pero no lo entiende de modo estático, sino abierto al diálogo y, por tanto, adecuado para la pluralidad de instancias y grupos presentes en el ámbito internacional. Cfr. PARIOTTI, E.; «Interpretazione, comunità giuridica e integrazione sovranazionale», *Persona y Derecho*, 51, 2004**, pp. 343-344, 356.

⁵⁸ Aunque no se refiere al caso de Internet, vid. PASTORE, B.; «Soft Law, gradi de normatività, teoria delle fonti», *Lavoro e diritto*, XVII, 2003, *per totum*.

supuesto, no se trata de un derecho que emane sin más de la naturaleza de las cosas; es precisa la presencia de decisiones humanas que conformarán tales exigencias, que normalmente son discutibles, y requerirán discusión y un cierto consenso⁵⁹. Pero esa decisión no se mueve en el vacío, sino, como señala Andrés Ollero, ante unos hechos que poseen un «peculiar sentido existencial», indicios del estar en el mundo social propio del ser humano⁶⁰. En el caso de Internet, también interviene la actuación de las fuerzas sociales a la hora de decidir la regulación concreta. En ese sentido, parte de sus instituciones jurídicas nacen desde la interacción de sus participantes –usuarios, empresas, etc.–, pero es preciso recordar que dichas fuerzas tienen un carácter enormemente difuso, de ahí que el carácter jurídico dependa menos de la afirmación voluntarista de los partícipes en la comunicación digital, que del interés por preservar ciertos bienes jurídico que a todos interesan. Conviene recordar, por otra parte, que el derecho de la Red es muchas veces interpretación y reelaboración de preceptos ya existentes y no la expresión de una racionalidad peculiar y excluyente del mundo digital. Y en otros supuestos, la regulación de la Red viene de la mano de los Estados, bien en el plano interno, bien en el internacional⁶¹.

A la vista de estas reflexiones, no parece muy aventurado afirmar que la realidad del derecho de la Red parece dar la razón a Sergio Cotta. Él ha insistido en describir al derecho como una forma de coexistencia humana antes que como un conjunto de órdenes. Esa vinculación es tan fuerte que las relaciones jurídicas no pueden estar confinadas en los límites de una sola comunidad política, a pesar de que contemporáneamente el derecho ha estado subordinado a ellas. El carácter difusor de lo jurídico supera los límites estatales, especialmente cuando afecta a instituciones básicas que pueden formar un cierto derecho de gentes⁶². El derecho resulta ser una forma de convivencia ineludible para la pervivencia de lo humano. Y también para las relaciones que tienen lugar gracias a la tecnología de Internet: el

⁵⁹ ALEXY, Robert ha puntualizado que ningún no positivista serio excluye del concepto de derecho los elementos de legalidad conforme al ordenamiento y de eficacia social. Pero, a diferencia del positivista, considera que el derecho debe ser definido también de acuerdo con valores morales y no sólo con la referencia a hechos. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. J. Malem. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 14. Claro que, precisamente, el problema para ciertos sectores de Internet es la dificultad a la hora de determinar el orden jurídico.

⁶⁰ Cfr. OLLERO, A.; *¿Tiene razón el derecho?* Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, p. 459.

⁶¹ Recordemos que ciertos ámbitos como el de los delitos informáticos requieren la intervención ineludible de los Estados.

⁶² Vid. COTTA, S., *El derecho en la existencia humana*. Trad. I. Peidró. Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 111, 117. Vid. también COTTA, S.; «La coexistencia como fundamento ontológico del diritto», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LVIII, 1981, pp. 256-267.

derecho también es ahí una forma de apertura posibilitante y no una mera herramienta de control⁶³.

A partir de estas reflexiones es plausible preguntarse si propuestas como las de Teubner o Ladeur no exageran la fragmentariedad e incompatibilidad de racionalidades. Es innegable que la sistémica resulta sugerente al poner de manifiesto la complejidad de la vida social. Pero aún así, resulta un tanto problemática la forma en que estos autores parecen basar las claves de cada sistema en una racionalidad que parece flotar en el vacío. Quizá sea posible encontrar una solución si matizamos un poco la cuestión de la objetividad. Estos autores parecen sentir un auténtico horror hacia esa la noción en los asuntos prácticos. Sobre ellos parece aletear el fantasma de una «naturalidad de la cosa» entendida al modo de una entidad metafísica inmutable, que muy poco tendría que decir en el mundo globalizado. Aunque ahora sea imposible analizar una cuestión como ésta, pero sí quiero recordar que la relativa objetividad de las prácticas jurídicas posee un carácter prudente, contextual y flexible, pero no por ello arbitrario. La objetividad en el derecho no siempre ha de significar la rigidez de la metafísica neoescolástica. Al fin y al cabo se trata simplemente de reconocer la relevancia jurídica de las «cosas» en las que estamos insertos cotidianamente. Entendiendo por «cosas», como indica Francisco Carpintero, las situaciones vitales en las que están en juego fines y bienes que hacen surgir una comunicación específicamente humana. No suponen objetividades unívocas, pero sí aportan razones para actuar desde las exigencias de la misma situación. Y es posible, a partir de ellas, conseguir un acuerdo modesto sobre ciertas soluciones. No son susceptibles de una teorización abstracta, porque, recuerda Carpintero, están adheridas a los problemas singulares⁶⁴. Esta consideración del problema quizá ayude a justificar la pluralidad de regulaciones en el mundo globalizado y en Internet en particular. Tal vez esa situación no se deba tanto a la existencia de racionalidades fragmentadas e irreductibles a un metadiscurso unificador, como al carácter multifacético de la vida práctica. Desde este punto de vista, Internet no conformaría un subsistema parcial que produce su propio derecho, al modo de una red discursiva independiente. Es más bien un instrumento de comunicación generador a veces de demandas específicas que, en ciertas ocasiones, no pueden ser resueltas con los instru-

⁶³ Me parece, por tanto, algo sesgada la visión de los protocolos informáticos de la Red como instrumentos de control que pueden ser reconvertidos en potenciadores de anarquía. Vid, por ejemplo, GALLOWAY, A. R.; *Protocol. How Control Exists after Decentralization*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2004, especialmente pp. 169 y 176 y ss. Tras estas teorías postmodernas está la imagen muy moderna del derecho como arbitrio originario que ha de ser limitado sólo por motivos de utilidad.

⁶⁴ Cfr. CARPINTERO, F.; *Derecho y ontología jurídica*. Madrid, Actas, 1994, pp. 193 y ss., 206 y ss. Vid. también su estudio «Persona y “officium”: derechos y competencias», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXIII, 1996, *per totum*.

mentos jurídicos disponibles y exige su transformación o la creación de otros nuevos. Una mirada a la evolución del derecho de la Red muestra la forma en que fatigosamente juristas y legisladores tratan de adaptarse a las novedades. No deja de ser llamativo que incluso los defensores de la independencia de Internet acaben reclamando la intervención del derecho para proteger ciertos bienes jurídicos tradicionales que consideren en peligro⁶⁵. Resulta interesante recordar que Josef Esser, al analizar el estatus de los principios jurídicos, había hecho hincapié en su independencia del texto legal. Su justificación brota de la misma naturaleza de la cosa o institución de la que se trate. Por ese motivo, dadas circunstancias análogas, los mismos principios son empleados en sistemas jurídicos diferentes. Esser escribía pensando en el papel de los principios en un derecho interno y no en los regímenes transnacionales, menos relevantes entonces. Pero la vinculación del origen de los principios con la existencia de problemas comunes indica que las causas del derecho muchas veces no están en la decisión normativa del poder, sino en la necesidad de resolver determinadas relaciones sociales; la utilidad y difusión de ciertas respuestas son fuente de juridicidad⁶⁶. Por eso, el despliegue del derecho de Internet se realiza normalmente mediante el desarrollo progresivo de reglas y principios que nacieron en contextos parecidos.

⁶⁵ GRIMMELMANN, James recuerda que los diseñadores de Internet partidarios de una libertad total frente al «derecho de la vida real», piden ayuda a ese derecho cuando estiman que sus creaciones digitales están afectadas por el comercio desarrollado en ese mundo del que se sienten ajenos. Vid. GRIMMELMANN, J.; «Virtual Borders: The Interdependence of Real and Virtual Worlds», pp. 8 y ss., en http://www.firstmonday.org/issues/issue11_2/grimmelm/ann11_2_g.html (consultada 2-03-07). En el mismo sentido, BALKIN, James M. advierte que, incluso en el ámbito de los juegos *on line* supuestamente creadores de una realidad virtual, se suscitan disputas sobre la libertad de participar en el juego o de diseñarlo; estas libertades serían una manifestación más de libertades ya recogidas en los textos constitucionales. Vid. BALKIN, J. M.; «Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds», *Virginia Law Review*, 90, 2004, *per totum*. DRAKE, W. J. y JORGENSEN, R. K. destacan que la protección de los derechos humanos en la Red no requiere novedades espectaculares, sino profundizar los instrumentos ya existentes. Vid. DRAKE, W. J. JORGENSEN, R. K.; «Introduction», en JORGENSEN, R. F. (ed.), *Human Rights in the Global Information Society*. Cambr. Mass., MIT Press, 2006, *per totum*.

⁶⁶ Cfr. ESSER, J.; *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. E. Valentí. Barcelona, Bosch, 1961, pp. 7 y 10. Es cierto que, ante esta cuestión, ESSER adoptó en *Principio y norma* una posición compleja. Negaba que el derecho fuera una mera declaración estatal, pero al mismo tiempo establecía el requisito del reconocimiento judicial para otorgar a los principios el marchamo completo de la positividad. Cfr. ESSER, J.; pp. 65, 68-69, 77 y ss., 90, 143. El jurista alemán hacía estas reflexiones antes de experimentar las influencias directas del pensamiento de Hans-Georg Gadamer, cuya obra *Verdad y Método* aún no había sido publicada.

Es interesante observar que los principios jurídicos elaborados por la ciencia jurídica occidental desde Roma tienen ahora una relevancia considerable para establecer las bases de un derecho global. Vid. la recopilación dirigida por DOMINGO, R.; *Principios de derecho global*. Pamplona, Cátedra Garrigues/Thomson-Aranzadi, 2003, 365 pp.

3. UN COROLARIO PROVISIONAL

Ante una realidad tan reciente como Internet, resulta muy complicado llegar a cualquier tipo de conclusión, por provisoria que sea. Sin embargo, me parece que pueden ser señaladas algunas puntualizaciones. Es preciso tener en cuenta que Internet no es una realidad independiente habitada por internautas virtuales, sino un conjunto de programas que permiten realizar determinado número de actividades que, a veces, tienen relevancia jurídica. La forma de afrontar esa regulación dependerá del tipo de problema; en ocasiones será suficiente con la intervención estatal; otras, habrá de llegarse a acuerdos internacionales; en otras, en fin, serán los usuarios internacionales, las empresas de informática, los actores participantes en el comercio electrónico los que usando una enorme diversidad de instrumentos jurídicos solucionará los problemas.

Normalmente ese derecho no será absolutamente novedoso, aunque ya no estará totalmente en mano de los Estados. Debido a este hecho, uno de los retos de la teoría jurídica consiste en ofrecer señas de identidad jurídicas diferentes a la emanación estatal. En este aspecto, tampoco Internet ofrece tanta originalidad como puede parecer. En primer lugar, porque esa pluralidad de instancias normativas no es una característica exclusiva de Internet: hay otros ejemplos, como el comercio internacional, en el que esa situación no produce extrañezas. En segundo lugar, porque las filosofías jurídicas que identificaban todo derecho con la voluntad del Estado han sido puestas en cuestión ya desde el siglo XIX y hay suficientes alternativas teóricas para responder a los retos de la comunicación digital. En las páginas anteriores he intentado presentar algunas propuestas procedentes desde ciertos ámbitos de la teoría sistémica. He pretendido mostrar también que las aportaciones derivadas desde las filosofías hermenéuticas y prudentiales ofrecen puntos de partida útiles para explicar la configuración plural de la Red. Resultaría pretencioso intentar enunciar ahora las bases para una filosofía jurídica para la Red. Sin embargo, a partir de lo expuesto en las páginas anteriores quizá tampoco sea necesaria una propuesta totalmente novedosa.