

LA CONSTITUCIÓN DEL CIBERESPACIO

Emilio Suñé Llinás

Profesor Titular de Filosofía Jurídica y Política
Informática Jurídica y Derecho de la Informática
Universidad Complutense de Madrid

1.- EL CIBERESPACIO COMO METAESPACIO Y SU ESTRUCTURACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA

1.1.- El ciberespacio, una diástole sin sístole, en la Historia de la Humanidad.

La auténtica revolución que ha transformado el mundo en un espacio global no se halla en el comercio transfronterizo, que ha existido siempre y en el capitalismo, en definitiva, sino en las telecomunicaciones. No nos engañemos al respecto. El capitalismo extiende su poder, hoy prevalente, a las telecomunicaciones; pero el fenómeno auténticamente revolucionario, desde el punto de vista de la existencia del mundo como espacio global, se halla en las telecomunicaciones y no en el capitalismo. El comercio transfronterizo existía desde antes de la Era Cristiana, desde los fenicios y mucho antes incluso, pero el mundo -ni siquiera el mundo conocido- nunca se globalizó, porque el particularismo siempre prevaleció sobre el universalismo.

Poco antes, en términos históricos, de la Era Cristiana el mundo vivió dos diástoles, que no fueron globalizadoras, porque llevaban en su ser las correspondientes sístoles atomizadoras. El mundo helenístico, reflejado políticamente en el Imperio Alejandrino, duró lo que el inmenso corazón de un héroe que vivió deprisa. El mundo se abrió al compás de la espectacular vitalidad de Alejandro y se cerró con él. Hubo que esperar un tiempo para que la obra del aguerrido hijo de una loba, Rómulo, alumbrara el mayor Imperio que han conocido los tiempos; pero el Imperio nunca fue más que la diástole de la Civitas Romana, cuya subsiguiente sístole, a partir de la entrada en el corazón de Roma de la punta de flecha del bárbaro Odoacro, se llevó por delante la magnificencia imperial, sustituyéndola por la dispersión del mundo medieval.

Ambas diástoles produjeron ondas de largo recorrido espacio-temporal. Con el helenismo se alumbró el *ius naturale* estoico que reconocía, por vez primera, la unicidad de la especie humana, más allá del grupo o etnia de pertenencia y alumbraba un *ius gentium*, germen del moderno Derecho interestatal -internacional, como diría Bentham, en su conocida confusión entre nación y Estado-, por el que un Derecho regía las relaciones interhumanas, más allá de los grupos humanos concretos. La Civitas Imperial, primer macroagregado de poder, con halo de permanencia, que ha conocido la Cultura Occidental, nos legó, por su parte, el gran instrumento de la arquitectura política de una sociedad, el Derecho Romano, sobre cuya base se construyen los más avanzados sistemas jurídicos de nuestros días, tanto el Europeo Continental, que es también el de

Centro y Sudamérica, como el Common Law, que es, asimismo, el de los Estados Unidos de América y la mayor parte de Canadá.

El Helenismo fue el latido de un gran hombre, Alejandro; el Imperio Romano el latido de una gran ciudad, Roma, la ciudad eterna, que quiso revivir su eternidad en el Imperio Romano de Oriente, en Constantinopla, la segunda Roma, y hasta en Moscú, la tercera Roma, cuyo espectacular infarto de miocardio, se ha llevado por delante la última de las redenciones ecuménicas que ha alumbrado la Historia de la Humanidad.

Sístoles y diástoles, a golpe de corazones ecuménicos, a veces grandes, como el de Jesús, el Cristo, y a veces no tanto, como el de Napoleón, o el de Lenin, se ha construido la Historia Universal de la Humanidad; con diástoles que inevitablemente conducían a sístoles, como la Renacentista, que explotó en un mosaico de Estados, o como la de los grandes Imperios coloniales renacentistas, como el de Castilla, el de Portugal, o el Británico, que añadieron más y más Estados al que luego sería el pluriforme, diverso y disperso mosaico de la descolonización.

Las Edades Moderna y Contemporánea que no son sino, en grandes líneas una, la Modernidad, representan la mayor sístole de la Historia de la Humanidad, que se traduce en los más de 150 Estados existentes al día de hoy. Esta sístole atomizadora ha llegado a su fin con la globalización... y la globalización no ha sido propiciada por el capitalismo, ni en la época de los fenicios, ni en la de la Compañía de las Indias Orientales, cuya ruina, por corrupción, tuvo mucho que ver con el colapso del Imperio Británico, ni la época de las grandes multinacionales, que en ocasiones se han dedicado más a depredar que a integrar, desde las que dejaron un triste rastro de Repúblicas Bananeras -así llamadas-, hasta las postcontemporáneas y más sofisticadas formas de colonialismo tecnológico.

1.2.- La revolución global es una revolución de las telecomunicaciones, no del capitalismo.

El capitalismo no es globalizador ni mercantilista, ni liberal ni proteccionista, ni nada en especial. El capitalismo sólo es capitalista, sólo es lo que le conviene. Cuando le han convenido los mercados fragmentarios ha sido proteccionista y cuando concluye que le interesan los mercados globales, neoliberal. Reitero: Lo auténticamente determinante en la creación de la globalidad y no sólo de los mercados, ha sido la expansión de unas telecomunicaciones transfronterizas, porque en sí mismas no son espaciales, sino metaespaciales. Por no necesitar espacio, no requieren ni siquiera del soporte material de unos cables, basta con el soporte energético de las ondas de diversos tipos. Telégrafo, teléfono, radiodifusión, televisión, Internet, multimedia...

Poco a poco se creó una *sociedad global de las telecomunicaciones*, una aldea global, en la gráfica expresión de Mc Luhan, que ya se ha convertido en una *Telecivitas Universal*, cuya savia vital es la información y la información acaso admita diástoles; pero nunca sístoles. *Ya nada puede ser nunca más local, ni mucho menos aldeano*; ni, por supuesto, las *finanzas*, que se basan en apuntes contables, en información, a fin de cuentas, que circula libremente por este metaespacio que es el ciberespacio, sin que tenga que radicar físicamente en ningún lugar determinado; ni tampoco es preciso que el *comercio* se sujete al espacio, puesto que las telecomunicaciones -todas las

telecomunicaciones y no sólo Internet- permiten una inmediatez comercial que ha sido menos y menos dependiente de la distancia, hasta haberse convertido en completamente independiente de ella. Se trata del comercio electrónico, que es mucho más que el comercio a través de Internet y cuando dicho comercio opera sobre bienes no tangibles, particularmente bienes que son información, como música, imágenes o dictámenes jurídicos, se cierra el ciclo de la desespacialización, o, si se quiere, desterritorialización, o deslocalización del comercio. Más allá del comercio electrónico, existe el *cibercomercio*, que es comercio no espacial, ni siquiera en el producto, que no es material. Han sido las telecomunicaciones las que han permitido la deslocalización del capitalismo, no viceversa. Esto lo hemos visto en el capitalismo financiero y en el capitalismo comercial; pero la misma realidad se reproduce en el *capitalismo industrial*. La empresa -industrial- más potente del mundo tiene su núcleo centrado en la producción de software; es decir, información, ¿y qué decir de la música, el cine, los videojuegos...?. También el capitalismo industrial se está desmaterializando y desespacializando, en la medida en que se está ciberespacializando.

Lo reitero una vez más, puesto que la idea dominante es la contraria, *son las telecomunicaciones las que han permitido al capitalismo deslocalizarse, y no al revés*. No nos dejemos engañar por el hecho de que las telecomunicaciones sean un servicio prestado por empresas y que, lógicamente, las empresas tengan su herramienta de control en el capital. No es el capitalismo quien crea la globalización, sino la sociedad global de las telecomunicaciones, quien da al capitalismo -y no sólo al capitalismo- un espacio global, tan global que es metaespacial, por ciberespacial; pero este espacio global no se lo dan sólo a la economía, sino también a tantos otros fenómenos de interacción social, como la cultura, la política, o el propio Derecho.

1.3.- El espacio global como un espacio integral, que afecta no sólo a la economía, sino también a la cultura, la política y el Derecho.

De la misma manera que el núcleo del capitalismo está ya fuera del espacio, en este metaespacio que es el ciberespacio, en otros grandes componentes del sistema social de la conducta, está sucediendo lo mismo. En otras partes de mi obra defino la estructura social global, o si se quiere el *macrosistema social de la conducta, como una realidad integrada por tres subsistemas básicos, el económico, el psíquico y el físico-coactivo*, pues no en vano, el gran sistema social de la conducta, refleja las tres dimensiones básicas del ser humano, en cuanto ser físico, ser vivo -y por lo tanto con necesidades- y con psiquismo superior. Es lo que Toffler denominaba *músculos, dinero y mente*. En este sentido, el subsistema *psíquico*, el integrado por los condicionantes psicológicos de la acción humana -que ciertamente es movida por ideas y pasiones-, lo que otros denominarían *la cultura*, se halla ya sustancialmente en el ciberespacio.

Todo el aparato simbólico de la acción humana, que tradicionalmente ha tenido su centro de gravedad en la religión, como principal universo de los símbolos y del propio actuar psíquico, hoy lo tiene en el ciberespacio. Las modas, los juegos, los espectáculos de todo tipo, sustancialmente los deportivos, las marcas comerciales, constituyen todos ellos un universo de símbolos *neopagano*, que radica en el ciberespacio. Se trata de un universo coyuntural, movido, sin duda, desde las empresas que controlan los símbolos y, por lo tanto, movido por el capitalismo; pero, de nuevo, no lo ha creado el capitalismo y existe por su propia dinámica ajena al capitalismo, si

bien, en las actuales coordenadas del poder, necesariamente asociada con él. La repercusión de todo lo anterior es enorme. Cabe pensar que en el mundo, sobre todo en el mundo islámico, resurge con particular fuerza el radicalismo religioso; pero ello no es sino el canto del cisne de un mundo que se va, de un mundo que se agarra con fuerza, casi con fiereza, a un pasado que está condenado a perecer. Puede parecer que el fanatismo religioso se enraíza en muchos jóvenes; pero lo que realmente arraiga en la juventud es la contestación, cualquiera que sea la forma, cualquiera que sea el pretexto y, una vez muerto el marxismo, para algunos hijos de inmigrantes islámicos, esta religión de la *guerra contra el infiel*, es el mejor de los pretextos.

La consecuencia de esta uniformidad cultural de la especie humana, con una diástole como la helénica, pero sin posible sístole, es una neoestoica *societas generis humani*, que está convirtiendo a todo el orbe en una sola Nación o, si se quiere, en una gigantesca Nación de Naciones, en la que ya existe una uniformidad cultural. Un niño colombiano, español, inglés o de Hong-Kong tiene patrones culturales mucho más parecidos que los que hace ni siquiera cincuenta años tenía un niño catalán, con respecto a un niño extremeño, dentro de la propia España.

Cierto es que España es una Nación plural o, lo que es lo mismo, una Nación de Naciones; pero la uniformidad cultural, a nivel global, a la que acabo de referirme y que no comparten sólo los niños, sino todos los seres humanos, desde los grandes espectáculos deportivos, a los automóviles, los perfumes, la cocina -cada día más internacionalizada-, la música, el cine, los negocios... está creando una inmensa Nación de Naciones a escala planetaria, como puso de manifiesto, en su Tesis Doctoral sobre *La Soberanía estatal en el Contexto Político Global*, el mexicano Xavier Díez de Urdanivia, que sólo requiere el elemento voluntarista de tener una dirección política global, para estructurarse en un Civitas Máxima a la que, si se le sabe dar una adecuada estructura federal a distintos niveles, como la que proponía el propio Urdanivia, constituiría una diástole política, sin posible sístole, que convertiría el mundo en la hermosa imagen de un corazón henchido en el que se aglutinaría la sociedad del género humano, la nación de naciones universal, a fin de hacer posible el sueño de Kant acerca de la paz -y, añadido, prosperidad- perpetua.

Ello requiere que se globalice el tercero de los grandes subsistemas sociales, el físico-coactivo, que es, precisamente, el núcleo del Estado Moderno, pues si algo define la sustancia del Estado es la coacción o, si se quiere, el monopolio del uso pretendidamente legítimo de la fuerza, frente a la unicidad cultural, que sólo ha sido característica de los raros Estados-nación propiamente dichos, o el mercado nacional, que todo tiene que ver con el extinto Mercantilismo y nada con la globalizada sociedad postcontemporánea.

El problema es que el sistema físico-coactivo, es el único de los grandes subsistemas sociales que, por definición es material y, por lo tanto, espacial, territorial, de lo que se deriva que se trate del más resistente de todos a la mundialización. Paradójicamente -o no tanto- dos de los grandes subsistemas sociales, el económico y el psíquico, son, al día de hoy, en la sociedad postcontemporánea, sustancialmente ciberespaciales y, por eso mismo globales, mientras que el subsistema que configura el núcleo del Estado, el físico coactivo, es sustancialmente material y, por lo tanto, más difícil de sustraer de la fragmentación del espacio del orbe en Estados. Bien visto, acaso esto sea una ventaja, pues la concentración en un solo polo del poder físico coactivo

entrañaría el enorme riesgo de un poder coactivo sin contrapeso que acabase aniquilando la libertad. El poder coactivo, a diferencia de lo que se mueve en el ciberespacio, ha de integrarse territorialmente, ha de federalizarse a nivel global, a través de mecanismos de Derecho Internacional y, después, acaso, de Derecho Constitucional... y eso es difícil... pero no imposible. *Sigamos construyendo el sueño de Kant; pero hagamos de él un sueño postcontemporáneo, centrado no tanto en el espacio, como en el ciberespacio.*

Hoy se necesita una política -y un Derecho- que atienda a la realidad crecientemente ciberespacial y, por lo tanto, metaespacial en que se desenvuelve la mayor parte de la dinámica social; aunque ello tropiece con el núcleo de la dinámica política, el de lo físico-coactivo, que es constitutivamente material y por lo tanto espacial, como los fragmentarios Estados que lo encarnan... y esperemos que algún día consientan en federalizarlo.

Se necesita, pues, que la cibernsiedad civil genere un nuevo poder constituyente para la *Telecivitas* que ha de globalizar la Nación de Naciones que es hoy, ya, la *societas generis humani*; un poder constituyente no basado en la fuerza, sino en la razón. *Este poder constituyente no ha de ser tanto internacional, como metanacional, por lo que su lugar propio no está en Naciones Unidas, en la ONU, que es el último residuo global de la sístole estatal, sino en una nueva organización ciberespacial, cuya sede principal debiera radicar en el propio ciberespacio.* Ciertamente, si desde Naciones Unidas se apoya la constitución del embrión de una organización constituyente del ciberespacio, bienvenido sea el apoyo, porque los aspectos metaespaciales del proyecto, guardan fuertes concomitancias con los aspectos internacionales que seguirán existiendo, toda vez que los Estados -al igual que las viejas Naciones-, aunque evolucionarán, seguirán -a su vez- existiendo; por la sencilla razón de que una parte del mundo sigue siendo material y, en consecuencia, territorial y porque la cultura universal no debe ser incompatible, sino complementaria, de la amplia riqueza cultural fragmentaria, alumbrada en largos siglos de rica Historia de la Humanidad.

Una organización política cuyo ámbito natural sea el ciberespacio, ha de partir, en cuanto a sus competencias *naturales* de la idea federalista de Proudhon, en la que se inspiraba asimismo Pi i Margall. Corresponden a la *Telecivitas*, o *Federación Ciberespacial*, o *Gobierno del Ciberespacio* todas aquellas competencias que atiendan directamente a la regulación del ciberespacio y eso es, sustancialmente el Derecho de la Informática o Derecho de la Telemática, que va mucho más allá del Derecho en Internet, del que hablan los que -sin saberlo- se autodefinen como *advenedizos*, por la sencilla razón de que las telecomunicaciones -y la revolución globalizadora que han generado- van mucho más allá de Internet. Ello no significa *menospreciar* Internet, antes bien todo lo contrario, pues como dice Paula López Zamora en el segundo volumen del Tratado de Derecho Informático que coordino: *la sociedad de la información rebasa el ámbito de Internet (...) aun así no parece lícito dudar que Internet sea el fenómeno estelar de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en esta nueva sociedad que paulatinamente se ha ido asentando en nuestras vidas.*

A colación de lo anterior, veremos a dónde va el Derecho Informático y, visto lo visto, no cabe dudar que va hacia un Derecho del Ciberespacio que, como Derecho de

un *metaespacio* que es, no puede ni debe ser confundido con el Derecho estatal ni con el Derecho Internacional; pero por el momento, resta por saber de dónde viene, y a ello se atiende en el siguiente epígrafe del presente capítulo.

2.- DERECHO INFORMÁTICO Y DERECHO DE LA INFORMÁTICA

2.1.- Derecho Informático y Derecho de la Informática.

Aunque la mayor parte de los autores empleen como sinónimas las expresiones *Derecho Informático* y *Derecho de la Informática*, para mí no lo son. Sin perjuicio de dar más adelante mi definición de Derecho Informático, por el momento me limitaré a definir, exclusivamente, el Derecho de la Informática, lo que efectuaré de la misma forma que ya lo hice en un artículo editado en 1986, que lleva por título *Introducción a la Informática Jurídica y al Derecho de la Informática*, publicado en el marco del monográfico nº 12 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que me correspondió coordinar. Entonces dije, y ahora lo reitero, que *Derecho de la Informática* es el *conjunto de normas reguladoras de objetos teleinformáticos o de problemas directamente relacionados con la teleinformática*.

Como he intentado dejar sentado en el propio rótulo del epígrafe, desde mi punto de vista, el Derecho Informático, al que la mayoría de los autores asimilan sin más con el Derecho de la Informática, es la disciplina que engloba a la Informática Jurídica y al propio Derecho de la Informática.

El Derecho de la Informática, de acuerdo con la definición que se acaba de dar, en ocasiones consiste en la regulación jurídica de una materia directamente informática, o teleinformática -pues es de sobra conocido que la expresión *teleinformática* o *telemática*, alude a la unión -cada día más insoluble- entre informática y telecomunicaciones-, como puede ser el caso de la protección jurídica de los programas de ordenador -software-, o un contrato de mantenimiento de un sistema informático, entre otros muchos supuestos; pero en otras ocasiones cabe también que el Derecho regule determinadas materias sociales que, aun no siendo propiamente informáticas, están decisivamente condicionadas por la presencia de tecnologías de este tipo. El supuesto paradigmático es el del derecho a la intimidad que, debido a la facilidad y a la intensidad de las vulneraciones del mismo que pueden producirse por medio de la tecnología informática, adquiere una nueva dimensión, que se refleja en la existencia de una legislación protectora de los datos personales, frente a todo tipo de tratamientos y especialmente cuando se trata de tratamientos automatizados.

Por lo que se refiere al nombre de la especialidad jurídica relevante o rama del Derecho *stricto sensu* -que en ningún caso pretende incluir las vertientes tecnológicas de la Informática Jurídica-, he escogido la expresión Derecho de la Informática, frente a la alternativa Derecho Informático, que da título a importantes obras de autores de habla hispana, como Miguel Angel Davara o Julio Núñez Ponce, puesto que esta última expresión, en pureza, va mucho más allá del Derecho regulador del fenómeno informático o Derecho de la Informática. Derecho Informático significa Derecho informatizado, en el que aparte del Derecho de la Informática se engloba una realidad completamente distinta, cual es la Informática Jurídica. De hecho no estoy solo en esta apreciación, ni siquiera en el ámbito de la Comunidad Iberoamericana de Naciones,

puesto que notables autores, como Julio Téllez, engloban en la práctica, en la expresión Derecho Informático, tanto a la Informática Jurídica, como al Derecho de la Informática.

Otra razón de peso para reservar la expresión Derecho de la Informática, en cuanto estricta regulación jurídica del fenómeno informático y sus más importantes implicaciones sociales, es que de este modo se denomina la disciplina jurídica aquí definida en los países de nuestro entorno; así por ejemplo en Francia, donde se emplea la expresión *Droit de l' Informatique*, que da título a la magna obra de Michel Vivant *et alter*, o en Italia, donde se la designa como *Diritto dell' Informatica*. Esto me lleva a desechar las expresiones Derecho de la Teleinformática o Derecho de la Telemática, para referirme a la rama del Derecho *stricto sensu*, a pesar de que son todavía más exactas que Derecho de la Informática, sencillamente porque no se alude así a esta disciplina jurídica casi en ningún país.

2.2.- Rudimentos de Informática Jurídica.

Puesto que en el curso de las anteriores disquisiciones terminológicas, se ha empleado la noción Informática Jurídica, en contraposición con Derecho de la Informática y que ha sido englobada, a su vez, en el Derecho Informático, resulta inexcusable dar asimismo una sucinta definición de Informática Jurídica, que también procede de mi artículo, previamente citado, *Introducción a la Informática Jurídica y al Derecho de la Informática*. Entiendo por *Informática Jurídica* la *aplicación de los ordenadores electrónicos orientada a la resolución de problemas jurídicos o, cuando menos, de problemas específicos de los profesionales del Derecho*.

La Informática Jurídica es, pues, el problema inverso del Derecho de la Informática, puesto que en la Informática Jurídica es la tecnología la que se ocupa de un problema jurídico o, con carácter más general, de cuestiones específicas de los profesionales del Derecho; mientras que, como se ha dicho, en el Derecho de la Informática es el Derecho, el que se ocupa de problemas informáticos, o de realidades sociales directamente relacionadas con la informática.

No se trata aquí de efectuar extensas referencias a la Informática Jurídica; pero a modo meramente introductorio, baste indicar que las principales cuestiones que se engloban en la misma, sin carácter limitativo, son la Informática Documental Jurídica - bases de datos jurídicas-, la Ofimática aplicada a la gestión de oficinas jurídicas - sistemas informáticos para abogados, procuradores, Tribunales de Justicia, etc.- y los Sistemas Expertos Jurídicos -sistemas de inteligencia artificial aplicados al Derecho-.

Derecho de la Informática e Informática Jurídica, son dos disciplinas que, pese a tratar de problemas distintos y aun inversos, han ido tradicionalmente de la mano, por razones diversas, siendo a mi juicio la principal de todas ellas, que una adecuada comprensión del Derecho de la Informática, requiere que el jurista tenga una razonable formación informática, lo cual, en nuestro contexto y debido a nuestras específicas preocupaciones, suele conllevar el estudio de la Informática Jurídica y la utilización de los correspondientes sistemas. Por decirlo con otras palabras, la informática *natural* para el jurista, es la Informática Jurídica. En todo caso es ya tradicional que ambas cuestiones se aborden por los mismos especialistas y sean tratadas conjuntamente en los

curricula universitarios, en congresos internacionales y en otras iniciativas relevantes, como el *Master en Informática y Derecho*, que he tenido la satisfacción de crear y dirigir, en cuanto Presidente del Instituto Español de Informática y Derecho (IEID), a raíz de los Convenios suscritos entre la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el propio IEID y otras importantes organizaciones e instituciones públicas y privadas, Máster que ahora está en procesos paralelos de *reconversión* en España y de *internacionalización*, mediante acuerdos con alguna de las más señeras Universidades del mundo, como la Universidad Externado de Colombia.

2.3.- El Derecho Informático aglutina la Informática Jurídica y el Derecho de la Informática.

De regreso al hilo conductor del discurso, el tratamiento conjunto de realidades a fin de cuentas dispares, como son la Informática Jurídica y el Derecho de la Informática implica la necesidad de nominar la cuestión global, cosa que se ha hecho básicamente con cuatro expresiones, Informática y Derecho, Derecho e Informática, Derecho Informático y Jurismática -acuñada, esta última, por el Juez argentino Luis M. Gaibrois, todo ello por no hablar de denominaciones surgidas al socaire de las modas imperantes, cuando no del estricto marketing, como Derecho de las Nuevas Tecnologías -que es más amplio, al incluir el derecho de la Biotecnología-, Derecho en Internet, o incluso Derecho de las TIC y E-Derecho.

Si nos ceñimos a las cuatro expresiones más clásicas, resulta que las dos primeras -Informática y Derecho y Derecho e Informática- son más yuxtaposiciones de nombres que nombres propiamente dichos; la tercera, Derecho Informático, sería probablemente la que hubiera prosperado, si en nuestro ámbito hispánico no se la hubiera identificado tan a menudo con el Derecho de la Informática; mientras que la última de ellas, Jurismática, es perfectamente adecuada para englobar ambas realidades, pero tiene el inconveniente de que es poco conocida y apenas se usa.

Aún cuando yo mismo he empleado la denominación *Informática y Derecho*, para nominar al Máster que me ha dado tantas satisfacciones, considero que ya es hora de superar la yuxtaposición de nombres y asentar la denominación *Derecho Informático*, como disciplina que engloba la Informática Jurídica y el Derecho de la Informática.

3.- EL DERECHO DEL CIBERESPACIO, DESTINO DEL DERECHO INFORMÁTICO

3.1.- La Constitución del Ciberespacio y la Declaración de Derechos del Ciberespacio.

Conforme se ha expuesto al final del primer epígrafe del presente escrito, el Derecho Informático y sustancialmente *el Derecho de la Informática va hacia un Derecho del Ciberespacio que, como Derecho de un metaespacio que es, no puede ni debe ser confundido con el Derecho estatal ni con el Derecho Internacional.*

Ello requiere, al menos de las siguientes acciones, que describo no como *cronograma*, sino en función de su importancia, por lo que comenzaré, en el marco del presente epígrafe, con la *Constitución del Ciberespacio* y la *Declaración de Derechos del Ciberespacio*, para seguir después con otras acciones a las que se darán epígrafes separados.

-Creación de una *Constitución del Ciberespacio*. Es cierto que la utopía de Kant, que se refleja en su opúsculo sobre *La Paz Perpetua*, conduce a una Federación mundial y, esta idea, con los oportunos retoques derivados de los nuevos tiempos, sigue siendo acertada, o al menos como tal la recoge -y adapta- Xavier Díez de Urdanivia. Mi idea acerca de la Constitución del Ciberespacio es complementaria, pero distinta. Independientemente de que la Macrofederación global pudiera tener competencias directas de Gobierno del Ciberespacio, dicho *Gobierno del Ciberespacio* podría ser asimismo una entidad distinta, no ya extraterritorial, sino *aterritorial*. Un *nuevo tipo de entidad política, de naturaleza distinta de la estatal, integrada no por territorio, población y organización soberana, sino por ciberespacio, ciudadanía universal y exclusiva competencia en todo lo que tuviera que ver con la ordenación del ciberespacio*.

Una entidad constitutivamente ciberespacial y, por lo tanto, metaterritorial, no puede ser un Estado, que es constitutivamente territorial. De forma que su territorio sería este *metespacio* denominado *ciberespacio*, en el que radicaría. *Una organización de estas características, no es imprescindible que esté asentada territorialmente*, ni que tenga sede física... aunque pueda tenerla, incluso a través de un *Estado medial*, si se considerase oportuno; pero su *lugar* propio es el ciberespacio y no tiene por que radicar ineludiblemente en ningún espacio físico concreto. Lógicamente la *población seguiría un principio de ciudadanía universal*, sin ninguna concesión, en este punto a la división del mundo en Estados, puesto que su base social, como antes se decía, es la *societas generis humani*. Por último, la organización política característica del Gobierno del Ciberespacio, no pretende ser *soberana*, en el clásico sentido de *plenitudo potestatis*, como caracterizara Bodin la Soberanía; pero sí reclama la exclusiva competencia en la organización del ciberespacio; y en este sentido, sólo en éste, sí sería soberana.

La *Telecivitas*, o *Gobierno del Ciberespacio*, o *Federación Ciberespacial*, se articularía jurídicamente a través de una *Constitución del Ciberespacio*, que debiera ser aprobada en dicho ámbito por todos los ciudadanos del mundo que quisieran participar, mediante *referéndum* que debiera ser articulado por un complejo sistema de voto digital. En todo caso, tan importante como el referéndum, sería que la Constitución del Ciberespacio se articulase a través de una amplia participación social, lo cual es perfectamente factible en *La Red*.

Una Constitución de estas características, aun partiendo de un Poder Constituyente Universal, obviamente democrático y directo, de forma realista debiera contar con el asentimiento de los Estados a su existencia y marco competencial, por lo que la organización promotora del Gobierno y la Constitución del Ciberespacio debiera actuar bien en el marco de Naciones Unidas y buscar el reconocimiento de los Estados, de su organización y actividad, mediante Tratados Internacionales Universales; bien articulando iniciativas políticas, normalmente bajo la forma de partidos políticos internacionalmente federados, que tuviesen esta iniciativa como núcleo de su actividad política en el seno de cada Estado. Si existen partidos ecologistas de notable éxito, no

veo por qué no puede plantearse y tener aceptación popular un *Partido del Ciberespacio*, o como quiera denominársele.

-Declaración de Derechos del Ciberespacio. Podría estar integrada en la Constitución del Ciberespacio, o fuera de ella. Este es un tema que fue muy *popular* en 1998, al coincidir con el 50º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, e incluso existen borradores, de los que uno de los más conocidos es el de Gelman, cada día más difíciles de encontrar en Internet, pues muchos *links* remiten a páginas web inactivas, lo que no es, precisamente, el mejor de los augurios sobre la *fortuna* de tales borradores. En todo caso una Declaración de Derechos del Ciberespacio es necesaria, y en ella se sintetiza y resume, sin duda, una nueva *generación* de derechos Humanos.

3.2.- Competencia exclusiva del Gobierno del Ciberespacio, en cuanto a la regulación de las redes globales de telecomunicaciones y singularmente de Internet.

Conforme ya se expuso, la sociedad de la información es anterior y más extenso que el fenómeno de Internet, que sin duda tiene carácter *estelar* dentro de la misma; pero de lo que se trata es de que un Gobierno del Ciberespacio, regule las redes globales de telecomunicaciones -dentro de las cuales se incluye Internet- sean éstas cuales sean. Recojo algunas ideas que ya tuve ocasión de exponer en otro tiempo y lugar, En concreto, en la Conferencia Inaugural del Vº Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, celebrado en Lima (Perú) en el emblemático año 2000, que llevaba por título: *Derechos de Autor y Nombres de Dominio en la Era Internet: Una Visión Crítica*. Tuve ocasión de decir lo siguiente:

La armonía entre dominios, marcas y nombres comerciales, que es lo razonable a priori, resulta a la postre difícil de implementar, debido a la particular organización de Internet, que se produce, fundamentalmente, a través de una autorregulación que opera al margen de los Estados y, en buena y consiguiente medida, del propio Derecho. Aunque no estaría de más plantearse si esta presunta autorregulación es tal y más en concreto si se ha permitido el actual estado de cosas, porque le interesa a algún Estado en particular, que de esta manera puede imponer mejor su peso específico a nivel global, pues de otra manera se vería estrictamente obligado a pactar la organización de la Red de Redes con otros Estados, a través de un Tratado Internacional de alcance más o menos universal, que a mi juicio es ineludible para una adecuada regulación de la cuestión. Esta no es, por supuesto, la situación actual. (...)

El sistema CORE, obviamente no gusta a NSI, que ve peligrar su monopolio y - como corresponde a sus intereses- hará todo lo posible por mantenerlo; ni tampoco a los Estados Unidos, que con el nuevo sistema son “algo menos” dueños de la red, por lo que hacen y harán todo lo posible por evitar que se les vaya de las manos.

De hecho, la Administración USA publicó en 1998 un Libro Verde, bajo el título de Propuesta para mejorar la administración técnica de los nombres y las direcciones de Internet que , en el mismo año, daría lugar a un Libro Blanco en el que la Administración USA fija su política, con respecto a las propuestas presentadas en el Libro Verde. Básicamente se intenta crear una Entidad distinta del ICANN, para

sustituir a la IANA que, por supuesto, tendría su domicilio en los Estados Unidos y, aunque habla de abrir el mercado del registro de dominios, no está nada claro que de verdad pretenda acabar con el monopolio de NSI. Por el momento, el sistema CORE ha comenzado su andadura, si bien es cierto que el ICANN está domiciliado en Estados Unidos y, en consecuencia, su creación y régimen de funcionamiento ha de atenerse a la legislación USA.

En resumen, dos ideas muy clara para la organización de Internet, cuya supuesta *autorregulación* en el marco de organizaciones no gubernamentales, no es sino un *cepo para incautos* que da lugar a una sumisión total a la legislación y jurisdicción de la gran potencia norteamericana. Frente a ello propuse una regulación de Internet a través de un Tratado Internacional de alcance más o menos universal, que es mucho más lógico. Ahora voy todavía más allá. Sin perjuicio de seguir postulando como solución de progreso, frente a la indeseable situación actual, la regulación de Internet por un Tratado Internacional Universal, lo que realmente propugno, como meta más ambiciosa todavía, es ni más ni menos que la competencia exclusiva de una futura *Telecivitas* o *Gobierno del Ciberespacio*, para la regulación de las redes globales de telecomunicaciones y singularmente de Internet.

4.- PRINCIPALES CUESTIONES DEL DERECHO DEL CIBERESPACIO

4.1.- Derecho a la Protección de Datos Personales y al secreto de las telecomunicaciones.

Sobre el Derecho a la Protección de Datos, entiendo que el problema fundamental lo reflejé en el *Resumen* de mi Ponencia sobre la *Protección de Datos Personales en Internet*, pronunciada en el IIº Congreso Mundial de Derecho Informático, celebrado en Madrid, en 2002, bajo la Presidencia de Honor de SAR el Príncipe de Asturias y cuyo Comité Organizador me correspondió presidir. Reproduzco el referido *Resumen*:

La Protección de Datos Personales en Internet está condicionada por el carácter básicamente inseguro de La Red, así como por su calidad de red global. La inseguridad técnica de los niveles básicos de Internet propicia los abusos en la captación de datos personales, en el que están interesadas importantes empresas multinacionales, que son precisamente las que han de desarrollar los productos hardware y software que permiten operar en Internet. Asimismo Estados de gran peso específico tienen interés en controlar la información que circula por Internet, y de hecho lo hacen.

Poner límites a este tipo de prácticas es difícil debido al carácter global de La Red y a la interesada anarquía que propicia su nada inocente desregulación, que la somete, más todavía, a la ley de los fuertes. La enorme disparidad de Ordenamientos en materia de Protección de Datos Personales y, sobre todo, los planteamientos tan divergentes, entre la normativa europea y la norteamericana, así como la permisividad que ésta tiene para los intereses empresariales, dificultan hasta el extremo la

consecución de unos estándares mínimos razonables, de protección de datos personales en Internet.

Es obvio, en estas circunstancias, que para que la Unión Europea pueda hacer respetar sus puntos de vista sobre protección de la vida privada en Internet, ha de mantenerlos con firmeza. Se trata de algo tan sencillo como de atreverse a aplicar la propia legislación, incluso si esto supone dejar claro que determinados productos y formas de hacer negocio de importantes empresas transnacionales están, en Europa, al margen de la Ley. De no actuar así se va a producir, a medio plazo, una deslegitimación de los organismos nacionales de protección de datos en Europa y de la propia legislación Europea, que puede resultar “vencida” por la tozuda dinámica de los hechos, que se está produciendo en Internet.

Por lo demás diré que aun cuando el Derecho a la Protección de Datos personales sea una adaptación *ciberspacial* del clásico derecho a la intimidad y, en consecuencia, distinto al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no lo es menos, que siempre han sido derechos íntimamente relacionados y cuando entramos en entornos de comunicaciones electrónicas, el derecho a la protección de datos personales y el secreto de las telecomunicaciones son prácticamente dos caras de la misma moneda.

En el año 2001, cuando fui invitado al Ier. Congreso Mundial de Derecho Informático, celebrado en Ecuador, en una entrevista radiofónica se me preguntó acerca de la intención del Gobierno de los Estados Unidos, en cuanto a cercenar, todavía más, el secreto de las comunicaciones, sobre todo en *La Red*, a resultas de los sanguinarios atentados del 11-S y contesté que ninguna Constitución democrática puede ignorar los más elementales Derechos Fundamentales, de tal forma que si medidas de este tipo se adoptan en los Estados Unidos, ello se hace de forma inconstitucional, que lógicamente habrá de ser corregida por la Jurisdicción competente. Cualquier otra hipótesis que pasase por una insólita *constitucionalidad* de tales medidas impediría considerar al correspondiente Estado como un Estado democrático, o por hablar con mayor propiedad, un Estado de Derecho. Como es natural, me resisto a aceptar esta última hipótesis, porque la *democracia* y el *Estado de Derecho*, y por lo tanto el respeto de los Derechos Humanos, son principios de *orden público* en el concierto de las naciones civilizadas.

4.2.- Código de las obligaciones en el ciberespacio.

Hasta ahora, las Organizaciones Internacionales -gubernamentales- y Comisiones de las mismas que han construido el Derecho Privado de la Informática, lo han hecho con criterios *antiguos*, dado su carácter de organizaciones de especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado, como la CNUDMI o UNCITRAL, en cuanto Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, o en Derecho Civil y, sobre todo Mercantil, como la OMPI o WIPO (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

A la OMPI me referiré en el punto siguiente, a colación de las propiedades incorpóreas en el ciberespacio, de una manera obligadamente crítica. A la CNUDMI debo referirme con una valoración muy positiva de su actividad, si bien está presa de limitaciones derivadas de la *inidoneidad* de su planteamiento estructural, basado en el

Derecho Internacional Privado y Comparado, para la regulación del ciberespacio. Son muy positivas, sobre todo, las leyes-modelo aprobadas en el marco de UNCITRAL, que tienen que ver con el ciberespacio, tanto la de Arbitraje -que tiene una indudable vertiente de arbitraje telemático-, de Firma Electrónica y, sobre todo, de Comercio Electrónico.

Todo esto está muy bien y, como decía antes, UNCITRAL ha desarrollado una excelente labor; pero de lo que se trata realmente hoy no es tanto de elaborar Leyes Modelo sobre temas abiertamente *ciberespaciales*, como la Firma Electrónica y el Comercio Electrónico, sino de promulgar, en forma de *Corpus*, o mediante un conjunto de leyes, un auténtico *Código de las Obligaciones en el Ciberespacio*, que aborde de forma uniforme para todo el orbe, cuestiones tales como la Firma Electrónica y el Comercio Electrónico, sobrepasando la técnica del conflicto de leyes y de jurisdicciones, basadas en el principio de estatalidad, tan característico del Derecho Internacional Privado, o el propio Derecho Uniforme, que es la raíz misma del Derecho Comparado, correctamente entendido.

Este Código de las Obligaciones en el Ciberespacio, no debiera quedarse en cuestiones pertenecientes a las clásicas áreas del Derecho Patrimonial, Civil y Mercantil, sino sobrepasarlas ampliamente, incluyendo un Libro en el *Corpus*, o una Ley específica sobre Teletrabajo, que, como antes decía, por su propia naturaleza es metaespacial o ciberespacial, e incluso ¿por qué no?, disposiciones sobre la contratación administrativa en el ciberespacio.

4.3.- Código Fiscal del Ciberespacio.

Un tema sin duda espinoso es el de la denominada *fiscalidad del comercio electrónico*, y lo es por múltiples razones, entre ellas las siguientes:

- Determinar *quiénes* intervienen en las correspondientes transacciones.
- Determinar *qué* es lo que está sujeto a tributación, lo que va desde la aplicación sin más de la legislación fiscal a un entorno para el que no fue concebida, a fórmulas típicas del ciberespacio, como el *bit tax*.
- Dificultad de determinar el carácter de *bienes* o *servicios* de las *entidades desmaterializadas*.
- Determinar la *localización* de quienes intervienen, sobre todo en un comercio *metaespacial*, *deslocalizado* y *desmaterializado*, como el comercio electrónico y, sobre todo, lo que aquí se ha denominado *cibercomercio*, lo que facilita, todavía más el protagonismo de los *paraísos fiscales*. Más allá incluso de los paraísos fiscales, pueden existir *entidades que no residan en Estado alguno*.
- Ideas muy distintas entre los Estados sobre dicha tributación*, desde la plena sujeción de los bienes ciberespaciales a la *tariff-free zone*, lo que de nuevo *potencia los paraísos fiscales*, así como el *establecimiento* de actividades cuaternarias en Estados más *flexibles*.
- Contradicción entre el ciberespacio metaterritorial y la soberanía fiscal de los Estados.

Para el *Gobierno del Ciberespacio*, esta *nueva forma política* con potestad regulatoria de las redes globales de telecomunicaciones, sería más fácil de controlar el

tráfico en el ciberespacio, de forma que muchas actividades molestas en *La Red*, que hoy se amparan en *paraísos de datos* y están prácticamente incontroladas, pasarían a tener controles tan severos que serían de muy difícil realización. Al tiempo, lo que aquí se ha denominado *cibercomercio* -comercio electrónico de bienes y servicios desmaterializados- debiera ser el *mínimo competencial exclusivo* de la *soberanía fiscal* del *Gobierno del Ciberespacio*, que al regular las redes globales, tendría mecanismos efectivos de *control* del mismo, así como una *fuerza de financiación* que le permitiera desarrollar de forma autónoma sus competencias exclusivas sobre el ciberespacio.

4.4.- Código Penal del Ciberespacio.

En Derecho Penal, ya hace tiempo que se conoce el principio de Jurisdicción Universal, que opera junto al clásico principio territorial que es, con mucho, el preponderante, al vincularse al *territorio* de cada Estado, donde el Derecho puede tener más *efectividad*, al menos cuando de aplicarlo por los propios Estados se trata. También opera el principio de Jurisdicción Universal, junto a otros principios más marginales del Derecho Penal Internacional, como el *Personal*, el *Real*, e incluso, en algunos países, el de Jurisdicción Supletoria; por causa de cuya marginalidad, me eximo de comentarlos.

El principio de Jurisdicción Universal, permite la *extraterritorialidad de la jurisdicción del Estado*, por razones *jurídicas*, vinculadas a *delitos de lesa humanidad*, expresamente recogidos en Tratados Internacionales Universales, como genocidio y terrorismo, piratería, esclavitud sexual o tráfico de estupefacientes. Pese a todo, el principio de *estatalidad*, tan caro a los derechos vinculados al *orden público* estatal, hace que dicho principio de Jurisdicción Universal -de los Estados- tropiece con enormes dificultades, que bien pudieron apreciarse en España, con el caso Pinochet; por lo que es más adecuado, si se puede, crear órganos jurisdiccionales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional. Este sería un buen ámbito para las competencias penales exclusivas de la Macrofederación mundial que imaginara Kant.

El fenómeno de los *Delitos del Ciberespacio*, más que de los delitos *en el* ciberespacio, es más complejo, porque la *universalidad* de tales delitos no se da, como en los supuestos de Jurisdicción Universal, por razones jurídicas, sino por razones *materiales o fácticas* derivadas de que se trata de un delito que se comete en todo el orbe a la vez. En ellos, conforme señalé en mi Ponencia del Ier. Congreso Mundial de Derecho Informático (Ecuador, 2001), lo que se produce es una *multiplicación de la territorialidad*, porque al cometerse el delito en este *metaespacio* que es el *ciberespacio*, se está cometiendo en todos los Estados a la vez. El supuesto paradigmático de tales delitos es el de *pornografía infantil*, pero no es el único, piénsese en los delitos de *cariz nazi*, en cuanto a *incitación a la violencia o al odio racial*, e incluso entra en terrenos que rebasan el de la *opinión/expresión aberrantes*, para entrar, por ejemplo, en el ámbito de los delitos de daños, como la *producción y distribución de virus informáticos*.

Personalmente di una solución a los que, en 2001, denominé *delitos globales*, en las actuales coordenadas del Derecho Penal, basadas en la territorialidad estatal. Contra el criterio de muchos, según el cual había que *buscar el servidor* desde el que se cometen, puse de manifiesto que tal servidor lo más probable es que se halle en un *paraíso de datos...* y eso *cuando exista...* porque la información son conjuntos de bits

que, aisladamente considerados no son nada y pueden hallarse dispersos en el ciberespacio. Esta información evidencia en todo caso el delito al reunificarse en destino y este destino pueden ser todos los países del mundo a la vez, por lo que nos encontraríamos ante lo que antes era un supuesto de laboratorio, el *delito ubicuo*, y que sin embargo hoy se produce en gran escala. Se trata -resumiendo- de un delito ubicuo que se produce en todos los países del mundo a la vez, al menos en todos aquellos en que la correspondiente acción está calificada como delito. Por la *teoría del resultado*, aplicable al delito ubicuo, al igual que también le resulta aplicable la teoría de la acción, *dicho delito podría ser perseguido desde cualquier país del mundo, porque produce efectos en su propio territorio*. Por el principio de *efectividad*, lo más práctico es que entienda del caso la Jurisdicción/Legislación del país donde se halle el delincuente; pero nada obsta a que se pida la extradición. El español Jesús Santos, entonces Fiscal de la Audiencia Nacional y actual Fiscal Jefe, me pidió el escrito y posteriormente me hizo llegar el feed-back de que en una red de pornografía infantil, se aplicó mi teoría del delito global, con el criterio práctico antes señalado: Cada uno de los implicados fue juzgado, con arreglo a la correspondiente Ley territorial, en el país donde fue capturado.

Sin embargo, terminaba el referido escrito -del año 2001-, diciendo: *Cierto es que este tipo de solución debiera entenderse como provisional, hasta tanto se aprobase un Tratado Internacional relativo a los delitos globales, que sería lo deseable, e incluso lo ideal sería que dicho Tratado estableciese una tipificación uniforme de los mismos, al menos en la medida en que se fuesen detectando, y una competencia judicial basada en lo posible en el principio de efectividad, sin que ni siquiera sea imprescindible la creación de un órgano jurisdiccional internacional.*

Pues bien, me quedé corto, lo ideal, al tratarse de *Delitos del Ciberespacio* -pues no en vano se cometen directamente en dicho metaespacio y sólo indirectamente en territorios concretos- sería que se tipificasen y penasen en el marco del *Gobierno del Ciberespacio*, con un *Código penal del Ciberespacio*, aprobado por el *Parlamento del Ciberespacio* y los enjuiciase y -en su caso- condenase la *Jurisdicción Penal del Ciberespacio*.

4.5.- Propiedades incorpóreas en el ciberespacio.

El mayor problema de las *antiguas* Organizaciones Internacionales -gubernamentales- que, en el marco del Sistema de Naciones Unidas han iniciado la formulación de un Derecho Ciberespacial más o menos global, es que están *presas* de viejos y consolidados grupos de intereses, que hacen que el Derecho resultante responda a las inquietudes de los intereses que las dominan y poco o nada a los de las comunidades de usuarios. Ello ha dado lugar a que se haya construido un Derecho de la Propiedad Intelectual en el ciberespacio radicalmente *antidemocrático*, como lo demuestra el hecho de que no goza del más mínimo consenso, sino de la abierta oposición de las Comunidades de Internautas. Desde tales entornos se intenta *criminalizar* a los usuarios del ciberespacio, llamándoles *piratas*, cuando las más de las veces lo que hacen tales usuarios es ejercer el Derecho Fundamental de acceso a la Cultura, a través de la legítima institución de la copia privada, que, los que nos llaman *piratas* se esfuerzan con saña, desde los mecanismos jurídico-institucionales que controlan, en restringir cada vez más nuestros derechos en el ciberespacio; es decir, que actúan como corsarios. Son los *cibercorsarios* y están *enquistados* en las organizaciones del viejo mundo.

Por ello conviene que de estos temas se ocupe -de este y de los anteriores- se ocupe, preferiblemente en el marco de Naciones Unidas una organización para el Derecho en el Ciberespacio. Tal organización podría general un nuevo y revolucionario *Código de las Propiedades Incorporales en el Ciberespacio*, que recogiera planteamientos, como los que he tenido ocasión de exponer en diversas ocasiones. Como muestra algunos de los *botones* que figuran en mi la anteriormente citada Conferencia que pronuncié en el año 2000 sobre *Derechos de Autor y Nombres de Dominio en la Era Internet: Una Visión Crítica*:

-La inadecuación del clásico sistema de Propiedad Intelectual, para la protección jurídica de los programas de ordenador, ha originado consecuencias que contravienen el Derecho de la Competencia.(...) Conclusión: La necesidad de un derecho de nueva planta, más que sui generis, establecido sobre la base del Derecho de Autor y complementado con principios y criterios extraídos de la Propiedad Industrial y del Derecho de la Competencia. (...)

-La cuestión de los programas copiadorees ya fue planteada en 1995 (...). La legislación propuesta fracasó en el Congreso de los EE.UU. en gran medida a causa de una fuerte oposición a la propuesta de protección técnica, en la que destacaba la oposición de las bibliotecas, de las industrias de bienes de consumo electrónicos y informática, y de la comunidad de la educación. Lo realmente sorprendente del caso fue que, a pesar de esta derrota nacional, los EE.UU. continuaron presionando en el frente internacional, demandando la adopción de la medida que no lograron sacar adelante en su propio país, en el Tratado sobre Derecho de Autor de 1996. (...) Es decididamente sorprendente que lo que Estados Unidos no ha podido conseguir en su propio país, lo traslade a la arena internacional y tenga en la Unión Europea, a través de la incorporación de esta medida a sus Directivas, a la más ardiente defensora de lo que, a fin de cuentas, son los intereses de las grandes multinacionales del software, mayormente americanas. (...)

-La duración de la protección jurídica del software excede con mucho de los intereses a los que sirve. Esta afinidad del régimen jurídico de la propiedad intelectual del software, con los intereses del núcleo duro del capitalismo; es decir, de las grandes multinacionales americanas, se hace de nuevo evidente en lo relativo a la duración de la protección: (...) al inspirarse en criterios propios de la legislación de Propiedad Intelectual, establece unos tiempos que se alejan, con mucho, de la dimensión real de los intereses protegidos, hasta el punto de que si no fuera porque lo establece la Ley, se diría que estamos ante un abuso de derecho, figura que en el fondo consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo, más allá del interés objetivamente protegido. No es, pues, abuso de derecho; se trata, simplemente, de derecho desde el abuso. (...)

-La prohibición de la copia doméstica del software, es una injustificada excepción a los principios generales de la legislación de Propiedad Intelectual. (...)

-De todas las cuestiones planteadas en el curso de la Conferencia Diplomática, según Jordi Masdevall, la propuesta de incluir las copias temporales dentro del derecho de reproducción tenía un serio peligro de frustrar por entero el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Las pretensiones de los grandes suministradores de contenidos y de los Estados que más allá de toda lógica les apoyan,

entran de lleno en el absurdo, si se constata que cada día los proveedores de servicios transmiten millones de mensajes digitales, y la transmisión de cada mensaje exige siempre al proveedor de servicios hacer varias copias temporales del mismo. Ni es viable controlar todos estos mensajes, ni sería tolerable que se hiciera tal cosa en una sociedad democrática, por lo que el proveedor no puede saber si los artículos transmitidos en su red están o no autorizados. Con iniciativas como las aquí descritas, la moderna ciberinquisición, o inquisición de la copia, está pidiendo con grandes aspavientos que en el ciber mundo se rompa el sacrosanto principio de la inviolabilidad de las comunicaciones, por intereses crematísticos que están más allá de cualquier justificación racional y moral. Incluso habría que decir que en la sociedad global de las telecomunicaciones, la copia adquiere otro carácter que el que tenía en las sociedades de segunda ola, pues forma parte de los hábitos de vida de las sociedades de tercera ola, en un sentido completamente distinto al que protegían los clásicos derechos de autor. (...)

-En la última fase de las sociedades de segunda ola, la de la legislación motorizada, en afortunada expresión de Forsthoff, habíamos asistido al declinar de la costumbre como fuente del derecho que, a mi juicio, se situó de facto al borde mismo de la desaparición; pero ha sido la propia dinámica social, la que ha acabado convirtiendo en vanos los afanes del legislador, legal o reglamentario, de regular todo lo imaginable. La crisis del Estado es esencialmente una crisis de poder y por lo tanto también una crisis de poder legislativo, por lo que ha de volver a renacer con fuerza el papel de la costumbre, la cual, lejos de rendir culto a la tradición, va a ser un mecanismo de autorregulación social, que en el marco de los principios legales, va a hacer posible digerir jurídicamente un cambio tecnológico y por ende social, que circula a tal velocidad, que ha rebasado, incluso, la omnipotencia del viejo Leviathan. En román paladino, esto significa que frente a los problemas artificiales que con un grado extremo de desconocimiento de la realidad tecnológica, se plantean burocratas, legistas de arte menor y demás aprendices de brujo, la sociedad sabe instintivamente distinguir el bien del mal y, en consecuencia, conoce también qué actividades no pueden considerarse como infracciones de la legislación de Propiedad Intelectual, sencillamente, porque son inherentes a la dinámica misma de la información, en su imparable movimiento por el ciberespacio.

Creo que estas ideas, expuestas -y publicadas- en el año 2000, tienen envidia, para fijar las líneas directrices de un nuevo Derecho de Autor en el ámbito de las Propiedades incorpóreas, sustancialmente en lo que al software se refiere. Y creo que ahora llega el momento de añadir algunas ideas más, en este caso relativas no ya al software, sino a los contenidos digitales. Recientemente en España se ha modificado el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, a través de la nueva Ley 23/2006, de 7 de julio. La Ley se dictó, en teoría, para adecuar el Derecho Español a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información; pero realmente se aprovechó la ocasión para seguir potenciando un supuesto Derecho de Autor, que en realidad lo es de la Industria de la Información y mucho más en concreto de la Industria del Ocio -lo que algunos denominan *Cultura-*, contra el Derecho de Acceso a la Cultura, que sí es un Derecho Humano, frente a un Derecho de Autor, del que sólo queda la denominación, porque, en la práctica, ha quedado convertido en un derecho de grandes corporaciones.

Anoto que todo se mueve en la gran *trampa* de la *compensación equitativa*, eufemismo con el que se conoce el *canon* sobre la copia privada, cuya justificación es discutible; pero que se implantó hace años en Alemania como *compensación* a la mayor facilidad tecnológica para el ejercicio del *derecho de copia privada*, que sigue siendo un *derecho*, por mucho que los *corsarios del ciberespacio* lo denominen *piratería*.

La presión sobre los legisladores, por parte de los referidos corsarios del ciberespacio es infinita y se mueve en varios frentes, entre ellos: La ampliación del canon, la restricción de la copia privada a la que se intenta desnaturalizar como derecho y la legalización de las medidas tecnológicas de protección junto con la prohibición de los sistemas copiadores.

1. *Ampliación del canon*: En Francia, por ejemplo -no en España- ya se ha establecido sobre las *conexiones de banda ancha* a Internet... al tiempo que sigue la *cruzada* contra las redes P2P. Una sola de ambas medidas podría ser discutible, pero reconozco que se podría defender con argumentos, que yo no comparto, pero que existen. Las dos a la vez no. Si alguien cobra el canon por la banda ancha, que luego no se queje de la copia masiva y si se queja -y la persigue- que no lo cobre.

2. *Restricción y desnaturalización del derecho de copia privada*: Para ello basta con comparar el antiguo artículo 31.2 LPI, con el recientemente reformado en 2006.

Redacción de 1996: *Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: 2.º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.*

Redacción de 2006: *2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.*

Nótese la *restricción* del concepto. La copia debe hacerse por una *persona física*, lo que no deja de ser razonable y *a partir de obras a las que haya accedido legalmente* lo que ya no es razonable, pues parece imponer al copista una verificación del origen de la obra que sólo pretende restringir lo que siempre ha sido un derecho. Afortunadamente no prosperó el todavía más draconiano texto remitido al Senado, que establecía que debía hacerse *a partir de un ejemplar adquirido legalmente*, lo que, en la práctica casi equivalía a confundir copia privada con copia de seguridad.

3. *Medidas tecnológicas y prohibición de sistemas copiadores*: En el Texto Refundido de 1996, esta cuestión no estaba regulada en España. En la vigente redacción de la LPI de 2006 (nuevos artículos 160 y 161), se legalizan las medidas tecnológicas de protección, se criminaliza tanto la fabricación y distribución de medios para eludirlos, como los actos de elusión de las mismas -y estoy resumiendo-, y obligan a que sean los titulares de derechos sobre obras protegidas los que faciliten los medios de

desprotección, incluso para copia privada, con lo que, en la práctica son los *dueños de decidir* quién ha *adquirido legalmente* el ejemplar y quién no.

Para más inri, la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Reforma de 2006, lleva como rótulo: *Medidas tecnológicas y límite de copia privada*. A tal efecto, se hace notar que, incluso a nivel terminológico, no se habla de derecho de copia privada, sino de “*límite de copia privada*” y, que se sepa, son los derechos los que tienen límites, por lo que, incluso terminológicamente, el derecho que realmente reconoce el legislador es el de establecer medidas tecnológicas, sobre el que la copia privada operaría como un mero “límite”. Es el mundo al revés. Debieran ser -en su caso- las medidas tecnológicas las que operasen como límite al derecho de copia privada.

A fin de no alargar más este tema, concluiré que el juego conjunto de las limitaciones a la copia privada y las medidas tecnológicas acaban produciendo un efecto de *burla al consumidor*. Por una parte se le obliga a pagar un canon -vía repercusión- que efectivamente está en la franja media/alta de la UE y por otra hay una enorme presión para limitar el derecho de copia privada. Con una legislación de estas características, al final va a acabar produciéndose la paradoja de que sea el consumidor quien pida que se suprima la copia privada y así no pagar el canon, pues difícilmente van a poder perseguir a todos los ciudadanos en sus propios domicilios. En idéntica paradoja, las gestoras de derechos de autor van a acabar siendo sus defensoras -eso sí, con todas las restricciones posibles-, para seguir teniendo el pretexto de, literalmente, *embolsarse* el canon.

18 de octubre de 2006.