

El derecho del ciberespacio:

FUNDAMENTACIÓN

TECNOLÓGICA

EN EL ANÁLISIS

ECONÓMICO

DEL DERECHO

Daniel Peña Valenzuela

I. Introducción

El ciberespacio presenta como característica fundamental un ensanchamiento *artificial* y *arbitrario* del mundo real como consecuencia de la masificación de los medios electrónicos, de los acumuladores de información y de las redes de intercomunicación de datos que permiten a individuos, gobiernos y empresas interactuar bajo formas, modelos sociales y características diferentes –quizás simplemente complementarias– al mundo real.

Con la aparición del ciberespacio, los pilares de la regulación legal podrían estar experimentando cambios dramáticos derivados de la introducción de elementos científicos y técnicos en la perspectiva de áreas fundamentales del derecho.

Hasta ahora, las más fuertes –por no decir apasionadas– reacciones frente a la teoría pura del derecho¹ provienen de la perspectiva económica y política. El análisis del derecho debería estar funcionalmente ligado según las escuelas de *law and economics*² y *critical legal studies*³ a parámetros diferentes a su propia esencia o mejor, el análisis jurídico estaría necesariamente configurado por elementos extralegales como el mercado y la ideología política.

Mientras en nuestros países se empieza a abrir campo, de manera científica, a estas escuelas y mientras en el mundo existe un debate académico intenso sobre la validez de esas perspectivas de la teoría legal, aparece paulatinamente una posible nueva vertiente en la cual la no pureza del análisis jurídico provendría de la perspectiva técnica y científica. El ejemplo más preponderante de esta nueva visión es el llamado derecho del ciberespacio⁴.

1. Las principales obras del positivismo jurídico son Hans Kelsen. *Pure Theory of Law*, Berkeley, California, University of California Press, 1967; *Hans General Theory of Law and State*, Cambridge Massachussets, Harvard University Press, 1949.

2. Antonio José Núñez. "Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley", en *Colección de Derecho Económico*, Vol. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

3. James Boyle. *Introduction to Critical legal Studies*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1987.

4. Cyberlaw, law of cyberspace o internet law son algunos de los términos que han sido utilizados por la doctrina anglosajona para describir la rama del derecho que estudia los aspectos legales relacionados con internet y en particular la regulación jurídica del ciberespacio.

En el presente ensayo argumentamos que además de la economía y de la ideología como elementos de análisis del derecho y de los fenómenos sociales regulados por éste, se vislumbra a la tecnología y la ciencia con sus propias reglas y leyes como bases epistemológicas de un nuevo análisis del derecho, lo cual podría redundar en una síntesis entre el método científico y la teoría jurídica. Sería entonces, si llegáramos a un punto radical, el principio de reconciliación entre el tradicional método de análisis de las ciencias naturales y el método de interpretación de las ciencias jurídicas.

II. La sociedad de la información como cambio de paradigma

La sociedad de la información⁵ que está en tránsito de construirse y que promete unos nuevos paradigmas sociales, culturales y económicos trae consigo un elemento fundamental: su base es técnica, la aplicación de una nueva noción de información en los procesos sociales y la modificación consecuente de la estructura social. Más allá de internet y comercio electrónico que son las nociones de actualidad (de moda), es evidente la preponderancia de lo intangible como nuevo motor de la economía y la sociedad.

La sociedad de la información que se vislumbra tiene entonces como característica la puesta en marcha de mecanismos técnicos y sociales con una capacidad de almacenamiento, manejo, manipulación, transformación y clasificación de la información como nunca antes podría la humanidad imaginarlo.

Esta revolución esencial del contenido y concepto de la información, como bien es sabido, no es privilegio de lo informático. La revolución genética ha puesto, por ejemplo, a la biología molecular y en particular a la biotecnología en el centro de la discusión de cómo regular jurídicamente la innovación, la privacidad y el uso de la información genética, cómo construir una estructura ético-social coherente con los descubrimientos sobre la más íntima identidad humana⁶.

Ciencia y técnica, entonces, serán el centro de la nueva civilización del porvenir, tanto como pudo ser industria y comercio en todos los momentos preponderantes de la revolución industrial que aún vivimos. Podríamos con certeza atrevernos a pensar entonces que la economía y la ideología como formas de construcción

del análisis jurídico moderno serían complementadas por otra categoría: el análisis tecnológico-científico del derecho.

III. Corrientes actuales de estudios del derecho del ciberespacio

A. Estudios descriptivos

En el caso del derecho del ciberespacio es evidente que la primera ola de estudios sobre los efectos de internet en el derecho estuvo básicamente enfocada a la descripción de las categorías jurídicas afectadas por un nuevo medio. Propiedad intelectual e internet, contratos *on line*, elementos jurídicos de la banca virtual, aspectos probatorios de las firmas digitales y demás discusiones similares atestiguan los intentos de análisis por la ciencia jurídica de las repercusiones socio económicas de la red global⁷.

5. En el considerando 18 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior se hace referencia a los servicios de la sociedad de la información, estos cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea: dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Los servicios de la sociedad de la información no se limitan a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos.

6. *The Economist*, Survey *The Human Genome*, Londres, 1º de julio de 2000.

7. Algunos ejemplos de esta bibliografía cada día más extendida son Lillian Edwards y Charlotte Waelde. *Law and the Internet, regulating the Cyberspace*, Hart publishing, 1999; Lionel Bochner. *Internet et commerce électronique*, Encyclopedie Delmas, 2000. En nuestro medio las memorias del foro *Comercio Electrónico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000 y Daniel Peña Valenzuela. *Aspectos legales de internet y Comercio electrónico*, Bogotá, Edit. Dupre, 2001.

8. Lawrence Lessig, Profesor de la Universidad de Stanford; varios documentos esenciales para el análisis de la teoría legal desde la perspectiva tecnológica entre ellos se debe resaltar *The Law Of The Horse: What Cyberlaw Might Teach*, Harvard Law Review, Vol 113:501, 2000.

9. Lawrence Lessig. *Code And Other Laws Of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

10. Andrew SHAPIRO. *The Control Revolution, Century Foundation*, New York, 1999.

11. James Boyle. *Shamans, Software & Spleens*, Harvard University Press, Cambridge Massachussets, Boston, 1996.

Los anteriores intentos provienen sobretodo de los operadores prácticos del derecho que, ante la evidencia de una falta de regulación de un fenómeno acuden a diversos métodos de interpretación con el fin de dar solución a los problemas prácticos. No nos compete en este artículo, sin embargo, definir los diversos métodos utilizados por los doctrinantes en el derecho del ciberespacio y los posibles problemas esenciales que podría enfrentar aquel que precisamente defienda la existencia de tal derecho como materia independiente que podría ser vista como algo particular frente a las categorías tradicionales.

Por el contrario, debe establecerse que el ciberespacio ha permitido probar la eficacia y posibles límites de los métodos tradicionales de análisis del derecho propuestos por la teoría legal.

B. Perspectiva analítica de la regulación del ciberespacio

Lo más interesante, desde la óptica de la teoría legal es determinar que la escuela más actual de análisis del tema de la regulación de internet tiende a incorporar en sus disquisiciones elementos naturales de la ciencia informática en la construcción de su discurso. No estamos refiriéndonos a la utilización de un determinado vocabulario o de incorporar definiciones técnicas en las leyes, es por el contrario, la definición de regulación legal asociada de manera necesaria a la arquitectura técnica.

La definitiva importancia que atribuye el profesor Lessig⁸ a la noción de *Code* en su obra sugiere que estamos en la génesis de un tipo de análisis en el cual la arquitectura tecnológica, la estructura misma de una determinada herramienta de manejo de información, lo que el denomina genéricamente *Code*, se incorpora de manera inescindible respecto del ordenamiento jurídico en la búsqueda de una regulación adecuada. Lessig establece que la regulación está compuesta de diversos vértices. La norma legal, la norma social, el mercado y la arquitectura de las estructuras tecnológicas, en el caso del ciberespacio⁹.

La arquitectura tecnológica del ciberespacio está integrada por la red telefónica, los protocolos y los programas de ordenador, los equipos necesarios para la interconexión e interoperabilidad de la red, las herramientas técnicas para la presentación de los contenidos. Si bien es cierto cada una de esas categorías se encuentra ya regulada por ramas del derecho como

el derecho de las telecomunicaciones o el derecho de la propiedad intelectual, lo cierto es que esa estructura, los poderes e intereses implícitos a su desarrollo y la técnica utilizada para su construcción permiten un análisis particular, diferente, *aislado* y *aislable* de la teoría jurídica pura.

Lo anterior es comprobable por las evidencias empíricas en el análisis del ciberespacio que demuestran como la regulación legal construida en yuxtaposición con la arquitectura tecnológica ha convertido a internet en un medio regulado por gobiernos y empresas a diferencia del medio anárquico y libertario de sus inicios históricos. Todo lo anterior enmarcado en lo que se denomina la revolución del control¹⁰.

Los bits, como el ADN representan la materia prima de la información cuya funcionalidad, derechos de propiedad y usos autorizados no depende de su *valor* y *significación* intrínseca sino de la manera en que la regulación legal interviene en la determinación de su régimen. Sin embargo, cualquier regulación jurídica parte del desarrollo técnico y científico que cada materia tenga. El *objeto* a regular se convierte en el eje conductor de la regulación misma.

IV. Lo privado y lo público en la teoría legal del ciberespacio

Lo privado y lo público como la gran dualidad que marca la mayor parte de los estudios del derecho del ciberespacio estaría ligado no solo a nociones tradicionales de derecho como intereses en juego, ideologías subyacentes y estructuras de mercado sino también a la arquitectura de la red global¹¹.

La forma de garantizar en mayor o menor medida la privacidad de los individuos en la red estaría vinculada con los dispositivos existentes para tal efecto en los programas de software llamados navegadores. La existencia de un consentimiento válido por una parte en un contrato *on line* entre un consumidor y el propietario de un web site dependería de la adecuada disposición de archivos informáticos que permitan al aceptante discutir efectivamente los términos contractuales.

En el caso de los signos identificadores en la red, es decir, los nombres de dominio, la principal característica de los mismos frente a otros derechos de propiedad intelectual es la imposibilidad *técnica*

de registrar el mismo signo luego de que alguien anteriormente haya realizado la inscripción de la misma expresión. Lo anterior también es evidente en las medidas *tecnológicas* de protección de los contenidos presentados en la red.

“El mercado y la ideología han inspirado la discusión sobre teoría legal contemporánea, así ha sido básicamente por la influencia de la economía y de la ciencia política como factores extralegales de los análisis de la realidad contemporánea”

Luego de muchas discusiones sobre la protección de la propiedad intelectual en la era digital, la evidencia demuestra que los creadores de obras y los intermediarios en su diseminación han adoptado medidas técnicas que pretendan obstaculizar la infracción (reproducción, copia o representación pública) de los derechos de autor. En el campo de la propiedad intelectual por ejemplo se podría llegar a la conclusión que el objeto de protección de las misma es decir la innovación tecnológica y comercial puede ser regulado de manera *extralegal* de forma más eficiente a través de herramientas tecnológicas. Lo mismo se puede predicar de los mecanismos de seguridad y confianza en línea como firmas y certificados digitales cuya regulación legal depende de protocolos y estándares técnicos fijados por entidades internacionales que a través de pruebas técnicas y científicas determinan su eficiencia y confiabilidad, determinando de paso los parámetros de la consecuente regulación legal.

V. Conclusiones

“El mercado y la ideología han inspirado la discusión sobre teoría legal contemporánea, así ha sido básicamente por la influencia de la economía y de la ciencia política como factores extralegales de los análisis de la realidad contemporánea”. En los tiempos actuales, la ciencia, informática y biología, cada vez de manera más ostensible hacen parte de la metodología de análisis del fenómeno jurídico.

El ciberespacio como nuevo espacio de contraposición de intereses debe ser regulado de manera legal y social, pero que esa regulación tradicional estará condicionada en gran medida por la forma en que se construyan las herramientas tecnológicas, las redes y aparatos de telecomunicaciones, los programas de ordenador y los controles de seguridad de contenidos y transacciones en línea.

El derecho del ciberespacio y los análisis sobre su regulación legal han permitido comprobaciones empíricas para la ciencia del derecho sobre la necesaria imbricación entre lo jurídico y lo científico en la sociedad de la información que empezamos a vivir. La teoría legal aún en construcción para la sociedad de la información deberá responder además a preguntas relacionadas con el límite de la propiedad privada frente al dominio público con fines redistributivos de la riqueza inmaterial.

con texto