

Derecho Transnacional Moderno e ICANN: retos y oportunidades en la Gobernanza de Internet¹

Discurso de Javier Rúa-Jovet en ocasión de su instalación en la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación.

Buenas noches. Enorme honor poder dirigirme a ustedes, Académicos y Académicas. Veo a mentores, colaboradores, amigos, mi familia. Un saludo a la Embajadora y Académica Mari Carmen Aponte, quien aceptó leer y responder a nuestro discurso. Gracias a todos por estar aquí. Comencemos.

En estos tiempos de calamidades climáticas y virales valoramos la Internet más que nunca, porque funciona: Zoom con familiares y amigos, educación a distancia, Netflix, Amazon, banca por Internet, webinars, teletrabajo; la lista es tan larga como los aspectos de nuestra vida cotidiana. De hecho, seguro que la actividad de hoy es la primera que tiene carácter virtual en la historia de esta Academia.

Pero no es por coincidencia que normalmente damos con la página web que buscamos ni un milagro que recibamos el email correcto. Y tampoco es por arte de magia que la Internet global se mantiene fundamentalmente libre, abierta e interoperable, como hoy la conocemos.

De hecho, la **Internet es un campo de batalla.**

La batalla no es nueva: autoritarismo versus liberalismo. Este versus Oeste. Pasado versus futuro. La batalla se da en múltiples frentes; comerciales, geopolíticos, diplomáticos, técnicos, y, particularmente, en uno que recoge todos los anteriores: la gobernanza de Internet, es decir, el establecimiento de las reglas, políticas, estándares y prácticas que coordinan y dan forma al ciberespacio global.

La humanidad enfrenta dos opciones críticas para atender exitosamente los retos de escala global como la gobernanza de Internet. La primera, entre vigilancia totalitaria y empoderamiento ciudadano. La segunda, entre el aislamiento nacionalista y la solidaridad humana global.

Pensemos en el coronavirus: un método efectivo para su control es el rastreo y vigilancia estatal constante del ciudadano, progresivamente autoejecutable vía sensores, apps y algoritmos y el

¹ Este escrito es una versión abreviada de un artículo inédito de título idéntico, el cual está disponible a los miembros de esta Academia y será publicado en su revista.

castigo a quien infringe las normas. Es aparentemente tan efectivo desde la perspectiva epidemiológica que nuestras sociedades abrazan estos métodos a pesar de su dudosa juridicidad y su erosión de derechos fundamentales. Pero la persecución y la represión no son las únicas formas de lograr cumplimiento con normas.

El cumplimiento también podría basarse en la confianza de la ciudadanía en el conocimiento científico, en buen liderazgo político, en el respeto a la constitucionalidad acordada y en permitir que la ciudadanía tome decisiones individuales y colectivas conforme a esta información. Esta opción es mucho más complicada, incluso parece imposible ante el perfil de nuestros líderes electos y también del electorado. Pero de lograrse, creo que el mundo post-Covid-19 sería uno mejor.

Asimismo, la pandemia, por definición, es un problema transnacional. Solo puede resolverse eficazmente mediante la cooperación efectiva transfronteriza. Para vencer al virus necesitamos compartir información y estrategias científicas libremente. Si expertos canadienses dudan entre tal o cual curso de acción, pueden consultar a sus colegas surcoreanos, quienes quizá viven un punto más avanzado de la curva. Incluso, alguno de estos médicos canadienses y surcoreanos de tiempo en tiempo coinciden en convenciones medicas internacionales, profundizando aún más el grado de comprensión y confianza mutua.

La cooperación efectiva global basada en la confianza es fundamental para atender efectivamente las problemáticas transfronterizas, sean pandemias, proliferación nuclear, terrorismo internacional, cambio climático o el tema que hoy tocamos: la gobernanza de Internet global.

.....

La Internet, libre

La Internet nació entre tensiones geopolíticas y todavía las enfrenta. Aunque concebida para fines bélicos, un sistema de comunicaciones capaz de resistir un ataque nuclear, afortunadamente su gestación y desarrollo -la construcción de sus protocolos y reglas- es producto de colaboraciones y consensos entre técnicos y universitarios civiles; un proceso de construcción constante, progresivamente inclusivo y abierto que hoy continúa y se perfecciona.

Estos procesos de gobernanza por consenso dieron y dan pie a la ubicua, transnacional y muy pronto extra-planetaria red de redes: **la Internet. El mercado de información, ideas, servicios y bienes de mayor tamaño, eficiencia y libertad en la historia de la humanidad. Un mundo**

construido sin necesidad de un estado policiaco para hacer cumplir sus normas y prestando muy poca atención a los Estados-naciones, a las fronteras, a las soberanías.

Un país como Corea del Norte puede, a su propio costo, confiscar todos los aparatos e intentar cerrar vías para acceder a Internet global. Y China puede hacer lo posible por limitar aspectos de Internet dentro de sus fronteras. Pero ninguna de esas acciones inhabilita la Internet global. De hecho, en la medida que China ha decidido ser un líder del comercio global, entiende el inmenso valor económico y político de una red global funcional e interoperable.

Desde su origen, la Internet refleja una ideología liberal sofisticada: la apuesta a que la libertad de acción científica, el respeto a acuerdos normativos y consensos técnicos, así como la innovación apalancada en libertad empresarial pueden lograr y sostener objetivos de interés público de forma satisfactoria, en lugar de la acción estatal exclusiva. De hecho, estatutos claves como la Ley Federal de Comunicaciones de EEUU de 1996 se fundamentan en esos ideales.

Al otro extremo, China. La civilización y estado administrativo de mayor antigüedad y longevidad. Lista para establecerse como la superpotencia tecnológica global del siglo XXI y exportar su hasta ahora efectiva cosmovisión iliberal.

Como nueva potencia, China naturalmente busca afirmar su “ciber-soberanía”, sus modelos autoritarios de gobernanza, entre los cuales está el *Great Firewall*: la gran muralla tecnológica de censura y supresión de información a cargo del Ministerio de Seguridad Pública. Personas y tráfico constantemente vigilados; bloqueo de direcciones de Internet e interconexiones indeseables; criminalización y persecución de las innovaciones tecnológicas que logran evadir esas barreras. El estado del arte en soberanía nacional sobre Internet.

Entre múltiples estrategias, China busca establecer un ordenamiento internacional ideal para sus objetivos, y junto con varios aliados busca gubernamentalizar la Internet global, por vía de Naciones Unidas. Busca resolver un “problema” de larga data en la agenda de los regímenes autoritarios:

-Ningún Estado ni entidad intergubernamental controla ni regula la Internet global. Las reglas, estándares y políticas de Internet se han establecido de forma fundamentalmente privada y técnica, en una conversación que envuelve organizaciones no gubernamentales, académicos, empresas, individuos y, en menor grado, a los Estados.

Durante mi presidencia del Foro Latinoamericano de Reguladores de Telecomunicaciones (REGULATEL), entidad intergubernamental de cooperación hemisférica y trasatlántica, fue que abrí los ojos a la institucionalidad que mejor representa este “problema”: la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), una organización no-gubernamental de alcance global a cargo de aspectos críticos al funcionamiento de la Internet. Un espacio de acción internacional que no presta demasiada atención a la estadidad o la nacionalidad, en donde individuos se sientan como iguales, en la misma mesa, con China o Irán en procesos de creación de políticas públicas globalmente vinculantes.

ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) es la institución global que establece las normas para un muy específico, pero crítico, espacio en Internet: el sistema de nombres de dominio (o DNS, por sus siglas en inglés).

¿Y qué es el DNS? A diferencia del mapamundi, los lugares y direcciones de Internet no se conciben en virtud de un territorio, ni de una jurisdicción. El DNS es lo que permite la asignación y el uso de un identificador único para cada lugar y aparato en el ciberespacio. Dicho de otra forma, para que un website pueda existir en Internet (o para que un mensaje pueda arribar a su destino), es necesario asignarle un número de Protocolo de Internet o IP, por ejemplo, 104.27.155.194. Evidentemente, ese número es bastante difícil de recordar. Así, para ‘marcarlo’ fácilmente, basta recordar su correspondiente nombre de dominio: academiajurisprudenciapr.org/.

ICANN controla la “zona raíz”, el archivo digital básico de direcciones de Internet; por ello, es la autoridad global del DNS. En esa raíz residen los dominios de nivel superior que todos conocemos como <.com>, <.org>, <.net>, <.edu> o <.pr.>, otros menos conocidos como <.gay> o <.solar>, así como los dominios “internacionalizados”, es decir, aquellos escritos con tildes, acentos y otros símbolos o en caracteres no-romanos.

Una sola zona raíz global y coordinada asegura que todas las tecnologías que usan DNS (sitios web, e-mail) sean interoperables y funcionen irrespectivamente de la jurisdicción donde ubica el registrador o el operador del dominio de Internet o el proveedor de servicios de Internet.

En fin, y en términos no técnicos, los nombres de dominio son como el número de una casa en una calle. Permiten a las personas naturales recordarlas y encontrarlas. Las direcciones o números IP, por otro lado, son la ubicación geográfica de las casas, sus coordenadas específicas en un ciberespacio de múltiples autopistas, carreteras y calles.

ICANN, una corporación sin fines de lucro organizada en California, controla las coordenadas y los nombres de todos los lugares en la Internet y también controla el mapa mismo, pues solo ICANN tiene acceso a la zona raíz y sus archivos. ICANN ‘manda’ en ese espacio transfronterizo.

Y ICANN es, fundamentalmente, autogobernada por individuos voluntarios.

Derecho Internacional y Derecho Transnacional

Evidentemente, **los deslindes jurídicos tradicionales entre lo público y lo privado resultan inadecuados para describir una dinámica actualidad internacional en donde actores e instituciones privadas cohabitan con Estados soberanos y sus organismos intergubernamentales.** El eminente tratadista Philip Jessup fue quien primero utilizó el término “derecho transnacional” para describir esta jurisdicción transfronteriza y público-privada: “todo el derecho que regula acciones o eventos que trascienden fronteras nacionales. Tanto el derecho internacional público como el privado se incluyen, al igual que otras reglas que no se ajustan totalmente a dichas categorías”.

Hoy, por ejemplo, la Asamblea General de la ONU les reconoce status de observadores al Comité Olímpico Internacional, una corporación suiza, y a la Cámara de Comercio Internacional, una entidad que representa intereses privados comerciales de su membresía global. Y la Cruz Roja Internacional, una entidad investida con mandatos, privilegios e inmunidades bajo el derecho humanitario -categoría indiscutible del más ortodoxo derecho internacional público- es una asociación privada en virtud del derecho suizo. Y hoy varios convenios de derechos humanos reconocen la legitimación activa de personas naturales agraviadas para llevar causas contra estados infractores en foros judiciales internacionales, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

La Internet global existe dentro de este derecho transnacional. Claro, la mayoría de sus espacios continuarán requiriendo respuestas mayormente estatales, bilaterales y/o multilaterales; - por ejemplo, la tributación justa de corporaciones multinacionales (particularmente los gigantes estadounidenses de Internet), la persecución efectiva del cibercrimen y el ciberterrorismo, entre otras. Pero **en algunos espacios, hoy se demuestra que la intervención internacional de individuos, actores no gubernamentales y gobiernos no soberanos es conveniente y apropiada. ICANN es un ejemplo muy sofisticado.**

Al menos desde 2016, una “comunidad global de múltiples partes interesadas” está indiscutiblemente al timón de ICANN. Esta comunidad venía ejerciendo sus funciones en ICANN de forma bastante autónoma desde 1998, pero siempre sujeta a la autoridad delegada contractualmente a ICANN por la Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información

del Departamento de Comercio de los Estados Unidos (NTIA). Pero **en 2016, EEUU cortó ese cordón umbilical.**

Ocurre que China, India, Rusia e Irán, vienen tratando de sustituir a ICANN desde que se fundó en 1998; pedían (y piden) una ‘verdadera y legítima organización intergubernamental’, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones de la ONU, para gobernar el DNS. Algunos de estos países incluso han amenazado con fragmentar la Internet global, y crear nuevos internets nacionales alternativos, en protesta al alegado control unilateral estadounidense del DNS. **Eliminar el rol del NTIA sobre ICANN, fue, pues, un acto geopolítico defensivo de EEUU y sus aliados para evitar la gubernamentalización total del DNS; para evitar mayor influencia de estados rivales en su gobernanza.**

Pero también, por decirlo de alguna manera, fue una especie de evento constituyente, en la medida que se reconoció la existencia de una “comunidad global de múltiples partes interesadas” capaz de autogobernarse en el escenario de la acción mundial.

Esa comunidad se manifiesta de forma muy específica: actores públicos y privados interesados en la gobernanza del DNS y sus recursos numéricos, los cuales están activos en los diversos organismos intra-corporativos para la gobernanza de ICANN. Estos organismos, conocidos como “Organizaciones de Apoyo” o “Consejos Consultivos”, tienen, según sea el caso, deberes específicos sobre las normas aplicables a dominios o nombres de Internet genéricos, códigos de países o territorios y recursos numéricos, en procesos prescriptivos altamente informados por posturas comerciales, posturas de usuarios individuales, posturas técnicas y posturas gubernamentales nacionales o internacionales, entre otras.

En fin, en el multilateralismo, los gobiernos soberanos hablan con los gobiernos soberanos y los gobiernos soberanos toman las decisiones. Sin duda, pueden pedir consejo a las empresas o la sociedad civil, pero la toma de decisiones es provincia exclusiva de los estados. **En contraste, el multistakeholdersimo o la auto-gobernanza multiparcitipativa en ICANN, procura la intervención de actores no estatales en todas las etapas del proceso. Al involucrar a todos los interesados en una discusión abierta, transparente y colaborativa, las decisiones logran gran confianza y aceptación de los diversos ‘stakeholders’ envueltos.**

Puerto Rico como stakeholder o parte igual en ICANN

Evidentemente, el multistakeholderismo de ICANN ha propiciado la participación puertorriqueña en procesos de creación de políticas públicas globales. Varios boricuas ocupamos posiciones claves de liderazgo en ICANN, particularmente en el ccNSO, la

organización de apoyo que gobierna los códigos de países y de territorios, (Dr. Pablo Rodríguez, vicepresidente), en el *At-Large*, la comunidad amplia de usuarios finales de Internet y sus sub-organizaciones geográficas, incluyendo la correspondiente a América Septentrional (Ing. Eduardo Díaz, presidente) y en su consejo consultivo rector, el Comité Asesor *At-Large* o ALAC, en el cual represento a los usuarios de América del Norte.

De hecho, **ICANN reconoce a Puerto Rico de forma independiente y particularizada**. Por ejemplo, la región del *At-Large* correspondiente a América Septentrional (llamada NARALO o *North America Regional At-Large Organization*), es oficialmente el hogar en ICANN de los usuarios finales de Internet de Canadá, de Estados Unidos, y específica y diferenciadamente, de Puerto Rico. Y Puerto Rico ya ha sido sede de las asambleas generales de ICANN en dos ocasiones (2007 y 2018) y lo será nuevamente en mayo del 2022, gracias fundamentalmente al esfuerzo e inversión del .PR bajo el Dr. Rodríguez.

Interesantemente, este particular impacto y reconocimiento puertorriqueño en ICANN es atribuible a una afortunada decisión durante los orígenes del DNS. Resulta que desde la década del 1980, mucho antes de la existencia de ICANN, los ingenieros de computación padres del DNS optaron por utilizar la abreviatura de dos letras establecida por un tercero confiable, la Organización Internacional de Estandarización (*International Standards Organization o ISO*), como la base para los códigos de país nivel superior (ccTLDs). **Por suerte para Puerto Rico y otros ‘países no independientes’, los códigos en las normas del ISO no solo indican estados soberanos, sino también territorios no integrados a su metrópoli. ISO asigna códigos de país a estados miembros de la ONU primariamente, pero también puede asignarlos cuando un territorio está geográficamente separado y fuera de las aguas territoriales de su metrópoli.**

Por ello, el espacio de ccTLDs incluye a soberanos como China <.cn>, y también a jurisdicciones no independientes como Hong Kong <.hk> y a estados disputados como Taiwán <.tw>. Y gracias a esta lista, la designación del ISO para Puerto Rico (<.pr>), siempre ha sido un código de país diferenciado y autónomo para efectos de ICANN, en igualdad de condiciones con el <.us> o el <.cn> y los restantes 170 ccTLDs de todo el planeta.

Asimismo, el estatuto de admisión del consejo asesor que reúne a los gobiernos en ICANN (el Consejo Asesor Gubernamental o GAC, por sus siglas en inglés), también refleja este enfoque, pues la a membresía no solo se encuentra abierta a todos los Gobiernos nacionales soberanos sino también a “economías diferenciadas reconocidas en foros internacionales”. [...]” [Principio 15]. Esta fórmula evita juicios sobre la condición política de Taiwán o de Palestina, y permite la membresía plena a jurisdicciones no soberanas, como Islas Caimán, Hong Kong, Montserrat y Tokelau. El Estado Libre Asociado, no obstante, no ha estado activo directamente y por derecho

propio en el GAC desde 2006, fecha en que el entonces Secretario de Justicia de Puerto Rico designó a nuestro último y único representante acreditado.

Las implicaciones que esta, hasta ahora creciente, juridicidad transnacional tiene para jurisdicciones no independientes como Puerto Rico, y para sus ciudadanos, resultan bastante obvias. El otrora exclusivísimo club de estados soberanos hoy admite corporaciones privadas comerciales en la Asamblea General. Y corporaciones privadas como ICANN, prescriben normas con efectos en países soberanos en cuya confección participaron personas jurídicas y ciudadanos de países no soberanos, quienes incluso dirigieron esos procesos. **Demasiadas veces autolimitamos innecesariamente nuestras perspectivas, evitando explorar las posibilidades de acción del derecho internacional moderno.**

Para concluir, y retomando nuestros párrafos iniciales, la cooperación global, basada en confianza mutua, en datos y en ciencia es fundamental para atender efectivamente los fenómenos y retos transfronterizos. **El cambio climático antropogénico, la proliferación nuclear, el terrorismo internacional, los virus biológicos y también los informáticos son problemas de todos, problemas humanos, problemas transnacionales, inmunes a las fronteras. La gobernanza multistakeholder de la Internet global dentro de ICANN es un muy avanzado ejemplo institucional de esta idea puesta en acción.**

La Internet e ICANN son hijas de las tensiones y procesos geopolíticos del siglo XX. Su desarrollo libre, abierto y en gran medida privado es parte y también motor de los procesos globalizadores económicos, políticos y tecnológicos que han demostrado la progresiva porosidad de las fronteras nacionales, han achicado al mundo y hecho patente la interconectividad e interdependencia de los seres humanos entre sí.

Si la pandemia de Covid-19 nos ha dado algo positivo es la oportunidad y el tiempo para reflexionar. Hay muchas preguntas y pocas respuestas. ¿Fortalecerá la pandemia a los Estados-naciones y reforzará los nacionalismos? ¿Ocurrirá una transferencia de poder hacia el este, ante la noción de que los modelos autoritarios han reaccionado efectivamente y el dato que EEUU ha perdido toda semblanza de liderazgo moral y político? ¿Veremos un nuevo tipo de globalización cuyas opciones sean el modelo surcoreano vs. el chino? ¿Estamos condenados a un siglo XXI menos abierto, menos próspero y menos libre; un siglo de control?

O, por otra parte, ¿nacerá un nuevo internacionalismo, un nuevo sistema global, con nuevas formas de seguridad social y sistemas para gestionar la interdependencia y la cooperación? ¿Dará la actual crisis el empujón necesario para que EEUU y las democracias liberales despierten, mejoradas, con cadenas de suministros y económicas más racionales e instituciones de gobernanza locales y globales más efectivas?

Algo sí parece claro: **no estamos ante el fin de un mundo interconectado. La pandemia en sí misma es prueba de nuestra interdependencia. Si la pandemia nos ayuda a reconocer el interés de la humanidad en cooperar multilateral y ‘multiparticipativamente’, habrá servido un propósito no solo útil, sino quizás salvador de la humanidad misma. Los grandes problemas del siglo XXI son globales no solo en su distribución, sino también en sus consecuencias.**

Al menos hasta ahora, la marcha de la globalización ha ido aumentando el impacto y la relevancia de las personas naturales y jurídicas privadas en la acción internacional, distanciándose de la simplicidad nacionalista y soberanista.

El multistakeholderismo -y su institucionalidad avanzada en ICANN- se cimienta sobre una moderna ideología de cooperación y consenso que valora y distingue al voluntario capacitado, prefiriéndole sobre narrativas no muy evolucionadas desde el barroco tardío. En lugar de ubicar al Estado-nación en el rol internacional protagónico al que estamos acostumbrados, ICANN trata al interventor gubernamental como una parte más, a través de canales deliberadamente diseñados - como el Comité Asesor Gubernamental (GAC). A la vez, ICANN entiende bien que la presencia y participación adecuada de soberanos en sus procesos le fortalece y le legitima geopolítica y jurídicamente, como innovación de gobernanza en el derecho internacional.

Estas no son ideas inéditas. Y menos aquí, ante estudiosos de las tendencias más recientes del derecho mercantil, del derecho ambiental internacional, del derecho deportivo y del derecho de la informática. Pero fuera de este recinto, que personas naturales puedan participar en gestiones normativas internacionales, de forma igualitaria o ventajosa vis à vis países soberanos, no es un dato muy conocido.

ICANN no es perfecta. Sin duda, refleja las estructuras y asimetrías de la vida real. Como diría Orwell, hay algunos “más iguales que otros”: grandes potencias nacionales que presionan individualmente y en bloque, mega-corporaciones multinacionales, organizaciones globales gubernamentales y ONGs e incluso individuos con más poder que otros.

Pero aun estas aparentes patologías pueden operar como fortalezas: el fuerte choque de intereses, la competencia de ideas, de tesis y antítesis dan credibilidad a los avances o consensos que sí se puedan lograr en temas controvertibles o espinosos. **Y las batallas por la esencia liberal de Internet serán aún más cruciales en un mundo post coronavirus en donde la imposición estatal y vertical parecen más aceptables.**

Gracias