

E

STADO, LEGITIMIDAD Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

37

Leonardo Espinosa Quintero¹

SUMARIO

1. Legitimidad de la jurisdicción en Internet. 2. Ciber-estado. Estado virtual. Estado transfronterizo. Comunidad internacional. 3. Conclusiones. Bibliografía.

SÍNTESIS

La irrupción de las nuevas tecnologías plantea al legislador el desafío de enfrentar los marcos regulatorios que ellas demandan. Los crea o simplemente espera que otros los creen. En consecuencia, se está frente a la actitud oportunista que Habermas menciona como de *"esperar y ver"*, que sería la del legislador que *"renuncia a hacer uso de sus competencias y a regular materias que por su propia naturaleza exigen leyes"*, o por el contrario, la de tomar conciencia en la participación activa en el diseño y arquitectura de dichos marcos, disputando la legitimidad que le corresponde

ABSTRACT

The irruption of the new technologies offers the legislator the challenge of facing the regulatory boundaries that they demand. He creates them or just simply waits for the others to do so. Consequently, one faces an opportunist attitude mentioned by HABERMAS as "wait and see" which in other words would be that the legislator "gives up to use his competences and to regulate subjects which demand laws in response to their own nature"; or on the other hand, the position of taking control of the active participation of the design and architecture of such boundaries, within its own legitimacy.

¹ Profesor de Derecho Comercial y Director del Departamento del área en la Universidad Sergio Arboleda. Miembro líder del Grupo de Investigación Globalización y Derecho, de la misma Universidad, registrado en Colciencias. Actualmente atiende estudios de Doctorado con la Universidad Alfonso X El Sabio, en *"Cuestiones actuales del Derecho Español e Internacional"*, patrocinados por la Universidad Sergio Arboleda.

PALABRAS CLAVES

Estado, Soberanía, Legitimidad, Globalización, Lex Mercatoria.

1. LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN EN INTERNET.

Si en Estados Unidos los constitucionalistas desarrollan su disputa en torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional más bien desde puntos de vista politológicos que desde puntos de vista de metodología jurídica², este referente no es ajeno a las reflexiones que despiertan las disposiciones públicas y privadas expedidas a manera de marcos regulatorios de las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, en adelante (Mrntic) por parte de los líderes en las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, en adelante, (Ntic). Siguiendo a Habermas, se trataría de entender la problemática relación entre legislación e Internet, o entre legislación y usuarios de Internet en un orden jurídico internacional, como "[...]orden jurídico al cual se encuentran subordinados todos los Estados (es decir, todos los órdenes jurídicos nacionales)", según Kelsen³.

Se llega a la reformulación del interrogante sobre la justificación de la existencia del Estado⁴, para determinar si éste según la *concepción liberal* o la *concepción republicana* frente al ciudadano y su papel en el Estado, está destinado, por ejemplo, en la *concepción republicana*, a la actividad que Habermas⁵ lleva más allá de la simple protección de "*iguales derechos subjetivos*", sino

"[...] en la garantía que ofrece de un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad, en el que sujetos iguales y libres se entienden acerca de qué objetivos y normas son en interés común de todos. Con ello al ciudadano republicano se le exige más que la orientación por su propio interés".

² Habermas, Jürgen (2001): *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid. ISBN 84-8164-151-0. P. 340.

³ Kelsen, Hans (1988): *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México. ISBN 968-58-0541-5. P. 143.

⁴ Vid, Moncayo C, Víctor Manuel. *El leviatán derrotado*. Bogotá, Norma, 2004. ISBN: 958-04-7822-8. P. 127-150 trae sus planteamientos sobre la derrota del Estado-nacional y la pérdida de su principal atributo: la soberanía. Se refiere a los cambios del mundo mercantil y las tendencias de flexibilidad; las nuevas formas monetarias del sistema financiero y crediticio privado. La llamada "desregulación", que según el autor, empieza a campar en todos los órdenes del derecho positivo. Sostiene que "[...] la atipicidad contractual se vuelve dominante [...] la normatividad se hace flexible y versátil no sólo en cuanto a su contenido, sino en lo relativo a sus formalidades o solemnidades". P. 135.

⁵ Op.cit., P. 344.

A qué orden jurídico obedecen los líderes de los marcos regulatorios de la red y de las Ntic?. Qué concepción se predica en la "*observancia recíproca de derechos y deberes*"⁶, la liberal, la republicana?⁷.

Se trata de establecer si la alternativa es la de "*ir juntos o ir por separado*", en términos que Habermas evoca de Michelman. Aun más, el punto neurálgico se enfoca hacia el establecimiento de las condiciones que permitan establecer la fuerza legitimadora del gran andamiaje regulatorio de la red y de los asuntos vitales que viajan por ella⁸. Esa tierra de nadie que es de todos, clama por una especie de acuerdo o *contrato original* que en muchos aspectos no dista tanto del *contrato social inicial* que teóricamente ha servido para explicar la razón de ser y los elementos de esa forma antigua y ahora moderna conocida como Estado. Es como buscar nuevamente el justo equilibrio – en palabras del profesor Eloy García López⁹, entre la "*libertad de los antiguos*" y la "*libertad de los modernos*", para "*hacer presentes en la doctrina legal las voces, ausentes hasta ahora, de grupos sociales que empiezan a cobrar conciencia de sí*", según la cita que Habermas¹⁰ hace de Michelman.

Qué puentes tender para mediar entre ideal y realidad. Cómo asumir desde ahora que la historia "*se calienta*", obligando a "*el pueblo*" a salir de la normalidad de su privatismo ciudadano-burgués, para que se apropie de la

⁶ Op.cit., P. 345.

⁷ Habermas, citando a Michelman, señala que "[...]mientras que para los liberales algunos derechos se fundan siempre en un "derecho superior" basado en una razón transpolítica o en la revelación...Desde un punto de vista republicano, el objetivo de una comunidad, el bien común, consiste sustancialmente en el éxito de sus esfuerzos políticos por definir, establecer, por poner por obra y sostener el conjunto de los derechos (o, menos tendenciosamente, de leyes) que mejor se ajuste a las condiciones y *mores* de esa comunidad, mientras que desde el punto de vista liberal los derechos basados en aquel derecho superior son los que proporcionan las estructuras trascendentales y los correspondientes frenos al poder, que son menester para que la persecución pluralista de intereses diversos y en conflicto pueda desarrollarse de la forma más satisfactoria posible". Op.cit., P. 345.

⁸ Vid. Pocock, J.G.A.: *El Momento Maquiavélico*, Tecnos, Madrid, 2002. ISBN: 84-309-3840-0, al referirse a los hombres que no se dejan guiar por las estructuras de la legitimidad habitual, reseña: "El príncipe nuevo resulta, pues, vulnerable a la fortuna, pero – y probablemente constituya la afirmación central de *Il Principe*-, el mundo, es decir, el dominio temporal en que ahora vive, no es ni completamente impredecible, ni absolutamente ingobernable. Es un mundo hobbesiano en el que los hombres persiguen sus propios fines sin tener en cuenta de ninguna estructura jurídica; su proceder es debido, en parte, al propio hacer del innovador, y el hecho de que él mismo viva en semejante mundo es casi de su única responsabilidad; la fuerza es el medio a través del cual persigue sus fines, una fuerza definida de tal modo que el poder de cada hombre representa una amenaza al de todos los demás". Pp. 250-251.

⁹ García, Eloy (2004): Conferencias dictadas por el profesor Eloy García, durante el Doctorado en Cuestiones Actuales del Derecho Español e Internacional, organizado por la Universidad Alfonso X El Sabio. Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda.

¹⁰ Op.cit.,P. 349.

actividad política que le estaba burocráticamente extrañada y siente durante esos momentos transitorios de activismo una base legitimatoria imprevista para innovaciones que apuntan al futuro¹¹. Cuáles son los "*ciudadanos virtuosos*", los ciudadanos orientados al bien común que darán la batalla por unos marcos regulatorios justos en materia de Ntic?, aquellos que renuncien a la placidez de su vida privada y pasen a ocupar y desempeñar adecuadamente el puesto que les corresponde en el espacio público-político?; "[...] *los ciudadanos, que buscan juntos en el espacio público-político aquello que en cada caso pueda ser lo mejor para ellos como colectivo*"¹². Que hagan respetar las promesas hechas en el momento fundacional.

Con la nueva realidad que implica la aparición global de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, es pertinente retomar estos hechos frente al ideal de una "*república ética*" y la formación de la "*voluntad política*", presentada como "*discurso ético*", al cual se refiere Habermas¹³, sosteniendo que:

"[...]el discurso político habrá de efectuarse *siempre* con la finalidad de averiguar qué es lo mejor en cada caso para los ciudadanos como miembros de una comunidad concreta en el horizonte de su forma de vida y de su contexto de tradición".

Atendiendo a la cita que Habermas hace de R. Beiner, procede preguntarse ¿Cómo hemos de *ser* o *estar*-juntos y cuál ha de ser el marco institucional de ese *estar* juntos? .

Las "*cuestiones morales*" y las "*cuestiones pragmáticas*", al decir de Habermas¹⁴, guardan relación con los discursos de autoentendimiento sobre lo que los participantes quieren como "*tipo de sociedad en la que queremos vivir*". Indudablemente, dichas cuestiones están ahora teñidas de un elemento nuevo, global, universal, que exige señalar el "*cómo ha de regularse una materia en interés de todos por igual. La producción de normas se halla primariamente sujeta al punto de vista de la justicia y por este lado tiene su criterio primario de corrección en los principios que dicen qué es bueno para todos por igual*".

En la "*génesis*" del derecho que pretende regular las Ntic, cuáles elementos, argumentos, razones, intereses o cuestiones son las determinantes de la

¹¹ Tomado de la cita que Habermas hace de B. Ackermann. Op.cit., P. 352.

¹² Op.cit., Pp. 352-353.

¹³ Op.cit., P. 356.

¹⁴ Op.cit., P. 357.

"legitimación" de dichos marcos regulatorios o del sistema jurídico bajo el cual se pretende, con alcance global, legislar sobre dicho particular?. Es bueno recordar la idea republicana conforme a la cual "el pueblo" en su calidad de "soberano" no puede dejarse representar. Su "poder constituyente" en materia de tecnologías debe fundarse en la "práctica de la autodeterminación de los ciudadanos, no de sus representantes", si hemos de retomar las ideas esbozadas por Habermas¹⁵.

Bajo la presunción de racionalidad del procedimiento democrático y la "regla de la mayoría", el "Estado democrático" debe garantizar el libre debate entre partes o aliados de una coalición gubernamental, que al seguir el citado procedimiento institucionaliza discursos y negociaciones, según lo refiere Bobbio, en la cita que hace Habermas¹⁶.

*"El criterio de legitimidad sólo vale para cuestiones políticamente decidibles; no puede aplicarse a problemas concernientes a la sociedad global"*¹⁷.

Habermas, al referirse a la opinión pública, habla de una "[...] opinión pública hipotecada por relaciones de poder que excluyen las discusiones fecundas y clarificadoras"¹⁸.

El "público de los ciudadanos" que menciona Habermas, ha de ser convencido por contribuciones e intervenciones inteligibles que tengan interés para todos a propósito de temas que se perciban como relevantes¹⁹.

Habermas²⁰, citando a F. Kübler, al referirse a los paradigmas del derecho, afirma que este último constata:

"[...] que el derecho privado necesita de forma cada vez más urgente de una explicación y justificación de sus referencias a, y de sus relaciones con, la sociedad global, lo cual significa: tanto de su propio nacimiento como de su forma de funcionar en la sociedad", y ello porque "los intentos habituales de explicación", sea el que representa el modelo liberal, sea el que representa el modelo relativo al Estado social, "ya no tienen suficiente capacidad de convicción". El paradigma buscado habría de satisfacer a la mejor descripción de las sociedades complejas; habría de hacer nuevamente visible la idea original de autoconstitución de una comunidad jurídica compuesta de miembros iguales

¹⁵ Op.cit., P. 377.

¹⁶ Op.cit., P. 380.

¹⁷ Op.cit., P. 423.

¹⁸ Op.cit., P. 443.

¹⁹ Op.cit., P. 444.

²⁰ Op.cit., P. 475.

y libres; y habría de superar el prolífero particularismo de un orden jurídico que en su adaptación a la complejidad de un entorno social, de la que carece de concepto, parece haber perdido su centro y deshilacharse en términos incrementalistas[...]"

Al referirse al ordenamiento de ámbitos jurídicos dispares y heterogéneos, Habermas se apoya en L. Raiser, evocando la *"teoría del rol social"* para distinguir *"esferas"* o ámbitos de acción cuyo *"grado y contenido de publicidad"* guardaría una relación inversa con la intensidad de la protección jurídica individual garantizada. Señala que el autor en mención establece un deslinde entre una *"esfera de la vida privada en sentido estricto (que incluiría la esfera íntima doméstica de la vivienda, la familia y el matrimonio, el ámbito del tiempo libre y del consumo, la vida en el club o asociación primaria, etc.)* y una *"esfera privada en sentido lato", determinada por intereses tipificados de grupos. En cambio, la "esfera social" vendría dominada por "[...] interacciones entre corporaciones empresariales, grandes organizaciones, federaciones y estructuras intermedias de todo tipo, que a través del ejercicio de poder económico y poder social influyen sobre las decisiones de los individuos"*²¹.

Como *"dramáticos"* califica Habermas, según la dogmática, los cambios que se han producido en el *"derecho contractual"*, que han conducido a una *"objetivación"* de las relaciones de intercambio, que en palabras de D. Hart:

También el "derecho a concluir contratos se considera parte de un derecho general privado concerniente a compensaciones por ventajas y relaciones de dependencia, sistémicamente inducidas, derecho que, en lugar de confiar en la ficción de la igualdad de los sujetos que concluyen el contrato, hace accesibles las ventajas o desventajas estructurales que esos sujetos puedan tener en lo tocante a información, poder y competencia a un análisis empírico y a la correspondiente valoración jurídicamente reguladora"²².

Sostiene Habermas que la soberanía del Estado queda enterrada en la medida en que las corporaciones socialmente poderosas participan en el ejercicio del poder público, sin quedar sujetas a las responsabilidades que son habituales cuando se trata de órganos del Estado. Insiste en que:

"Como ya hemos señalado, actores sociales dotados de un poder paraconstitucional de negociación hacen añicos el marco de la Constitución"²³.

²¹ Op.cit., Pp.480-481.

²² Tomado de la cita que Habermas hace de D. Hart., sobre el concepto "ficción de la igualdad de los sujetos que concluyen un contrato". Op.cit., P. 486.

²³ Op.cit., P. 519.

En relación con el aumento de complejidad de las tareas del Estado, que de la tarea clásica de *"mantenimiento del orden"*, ha llegado a tener que atender *"la previsión de los riesgos provocados por la ciencia y la tecnología"*, sostiene Habermas, se marcan los temas *"epocales y las metas: seguridad jurídica, bienestar social y prevención. A la medida de estos objetivos estarían entonces cortadas las formas típico-ideales de Estado, a saber, Estado de derecho, Estado social y Estado de la seguridad"*²⁴.

Sostiene que los problemas que no hay más remedio que afrontar, son cada vez menos de naturaleza jurídica, sin que ello signifique que la correspondiente *"praxis de la Administración"* pueda sustraerse cada vez más a la regulación jurídica.

La irrupción de las nuevas tecnologías plantea al legislador el desafío de enfrentar los marcos regulatorios que ellas demandan. Los crea o simplemente espera que otros los creen. En consecuencia, se está frente a la actitud oportunista que Habermas menciona como de *"esperar y ver"*²⁵, que sería la del legislador que *"renuncia a hacer uso de sus competencias y a regular materias que por su propia naturaleza exigen leyes"*²⁶.

Según el criterio de Habermas, *"La figura fundamental del derecho privado burgués es el contrato"*. En sus palabras, un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos *"[...] solo puede tener por contenido algo que todos puedan racionalmente querer por ser de interés de todos y de cada uno"*²⁷.

Al referirse a la sustitución del derecho natural por la idea de Estado de derecho, Habermas señala que toda tentativa de deducir de principios supremos, de una vez por todas, los fundamentos del derecho privado y del derecho público, *"[...] tenía que fracasar ante la complejidad de la sociedad y de la historia"*.

Complementa:

"Las teorías del contrato social – y no solamente las idealistas entre ellas– estaban planteadas en términos demasiado abstractos. No habían reflexionado sobre los

²⁴ Op.cit., P. 520.

²⁵ En sentido similar, Pocock, Op.Cit., señala: "La alternativa a la acción es la dilación y la contemporización y una vez que el tiempo se ha convertido en el dominio de la contingencia pura resulta imposible contemporizar porque no caben hipótesis seguras acerca de lo que reserva el tiempo por venir; o mejor, la única suposición que puede darse por cierta es que, a no ser que se actúe, el tiempo traerá cambios que obrarán en nuestra contra. Uno tiene el poder, y los otros carecen de él: el único cambio que puede sobrevenir es que los otros se apoderen del poder y que ese uno pierda el que ahora tiene". P. 251.

²⁶ Op.cit., P. 525.

²⁷ Op.cit., P. 578.

supuestos sociales de su "individualismo posesivo". No se habían confesado a sí mismas que las instituciones básicas del derecho privado que son la propiedad y el contrato, así como los derechos subjetivo-públicos de protección frente al Estado burocrático, sólo podían prometer la realización de la justicia en el contexto de una economía de pequeños propietarios. Pero a la vez, las teorías del contrato social –y no solamente las que procedían en términos aprióricos– estaban planteadas en términos demasiado concretistas. No se habían dado cuenta de, ni sometido a examen, la alta movilidad de la vida social y habían subestimado la presión adaptativa que el crecimiento capitalista y, en general, la modernización social ejercen"²⁸.

En su escrito sobre Estado Nacional y Democracia en la Europa Unida, Habermas indica que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia:

"[...] se orienta por las "cinco libertades del mercado común" e interpreta como derechos fundamentales el libre tráfico de mercancías, la libre circulación de trabajadores, el derecho de establecimiento de las empresas, la libre circulación de servicios, y la libertad de operaciones de pago[...]. Las nuevas élites que proveen al cumplimiento de estas tareas funcionales están ligadas formalmente a los gobiernos e instituciones de sus países de procedencia; pero de hecho quedan ya por encima de sus contextos nacionales. Estos funcionarios que trabajan en términos profesionales constituyen una burocracia desligada de procesos de legitimación democrática"²⁹.

Resalta Habermas como para los ciudadanos se vuelve cada vez más ancha la sima entre el "*quedar afectado por las decisiones y la participación en ellas*". Al reflexionar sobre el particular, se pregunta:

"¿o no ocurre más bien que en estas burocracias (se refiere a lo que denomina "expertocracia de Bruselas") que operan conforme a criterios de racionalidad económica no hace más que perfilarse de forma más clara una evolución que desde hace mucho tiempo y de forma incontenible viene produciéndose también dentro de los Estados nacionales, a saber: la autonomización de los imperativos económicos y una estatalización de la política, que socavan el *status* de ciudadano y desmienten su pretensión y su autoconcepción republicanas?"³⁰.

Concluye Habermas que "*Sólo una ciudadanía democrática que no se cierre en términos particularistas puede, por lo demás, preparar el camino para un status de ciudadano del mundo o una cosmociudadanía, que hoy empieza a cobrar ya forma en comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial [...] El Estado cosmopolita ya ha dejado de ser un puro fantasma, aun cuando nos encontremos todavía bien lejos de él. El ser ciudadano de*

²⁸ Op.cit., P. 580-581.

²⁹ Op.cit., P. 630-631.

³⁰ Op.cit., P. 631.

un Estado y el ser ciudadano del mundo constituyen un continuum cuyos perfiles empiezan ya al menos a dibujarse"³¹.

2. CIBER-ESTADO. ESTADO VIRTUAL. ESTADO TRANSFRONTERIZO. COMUNIDAD INTERNACIONAL.

Cuál de estos epítetos caracteriza mejor la expresión moderna del concepto de Estado?. Sostiene María José de Carlos Vásquez (2003)³² que el concepto de soberanía de los Estados, entendida en su sentido básico "[...] *ha sufrido una redefinición motivada por la globalización y la cooperación internacional*". A su turno, el profesor Moncayo, al referirse a la *"informatización de la sociedad"*, resalta que ésta alude a sus múltiples facetas o manifestaciones, desde el desarrollo de la robótica, la posible desaparición del trabajo en cadena, sus aplicaciones en el terreno de los medios electrónicos de pago, de bancos o bases de datos, de condiciones de trabajo sobre pantalla, de la difusión de nuevos bienes electrónicos de consumo, etc. Se trata de una verdadera informatización de la sociedad que llega hasta las esferas más íntimas de la vida cotidiana (Moncayo, 2004: 107).

Al hablar del Estado-nacional derrotado, e incluso preguntarse para qué sirve aun el Estado, Moncayo sostiene que el mundo global y, en medio suyo, las grandes corporaciones transnacionales han vencido la autoridad y la jurisdicción de los Estados-nación (Moncayo, 2004: 127). El *"nuevo derecho"* que implica nuevos sujetos, ha llevado a que aparezca una nueva *"ciudadanía económica"*, que *"no se imbrica en los ciudadanos, sino en las empresas y en los mercados, especialmente en los mercados financieros globales, y no se sitúa en los individuos, no se sitúa en los ciudadanos, sino en los agentes económicos globales"*, según cita de Moncayo siguiendo a Sassen, Saskia (Moncayo, 2004: 132). Los cambios del mundo mercantil, las nuevas tendencias a la flexibilidad normativa han forzado a que las formas jurídicas emprendan el difícil camino de desprenderse de la categoría jurídica del derecho-dominio y de sus componentes enraizados con las distinciones provenientes de la estructura del derecho romano, como *"construir otras categorías"* que, justamente por lo novedosas y sin sustento alguno en la tradición, no logran aún entender ni diseñar conceptualmente los juristas y abogados (Moncayo, 2004: 133).

³¹ Op.cit., P. 643.

³² Vid. Carlos Vásquez, María José de (2003) [14-9-2004]: "Aproximación al concepto de soberanía en el marco de las relaciones internacionales", en *Saberes* [en línea], Universidad Alfonso X el Sabio, Villanueva de la Cañada, accesible en http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER03_005.pdf, ISSN 1695-6311. Pp. 2.

Al referirse al pluralismo jurídico, Moncayo sostiene:

"[...]al nuevo papel del Estado no se adecua la naturaleza global y uniforme de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales, que deben, por lo tanto, renunciar a sus pretensiones de plenitud y de regulación exhaustiva monopólica, para admitir, en cambio, otras instancias y otras fuentes de derecho igualmente legítimas, así no sean estatales"³³.

Sobre el derecho transnacional o la transnacionalización del derecho, mediante instrumentos como el arbitraje del comercio internacional, orientado a garantizar los contratos y los derechos de propiedad de las empresas, afirma Moncayo que:

"[...] no actúan a partir de una base nacional en el contexto de un sistema jurídico nada unitario, organizado alrededor de algo semejante a la llamada *lex mercatoria*, que en definitiva desplaza la autoridad del Estado nacional y entroniza una "americanización" de las normas del mercado de capitales globales, sin que esa globalización sea sinónimo de lo no nacional, pues necesariamente esas normas tienen que ser gestionadas a través de gobiernos nacionales y aplicadas como políticas nacionales"³⁴.

Al hablarse de un nuevo concepto de soberanía en relación con un derecho internacional moderno, se resalta que el nuevo orden internacional trajo consigo un cambio en la jerarquización de los conceptos que fueron la base de sustentación del orden que hoy está siendo sustituido (Carlos Vázquez, 2003: 11). Existe un nuevo orden internacional que replantea el concepto tradicional de soberanía. Si se quiere, marchamos hacia un gran estado transnacional, sin fronteras, con destinos insospechados que estremecerá las estructuras clásicas del Estado territorial.

Así como en el campo internacional surgió el concepto de "*asistencia humanitaria*" o "*protección humanitaria*" que en materia de protección de derechos humanos se consideran excluidos de los "*asuntos internos de los Estados*", lo cual permite la injerencia en los mismos por parte de la comunidad internacional (Carlos Vázquez, 2003: 13), existen nuevos "*bienes internacionales o universales*", que demandan un trato o regulación de igual naturaleza, con prelación de un concepto de cooperación internacional (que permita coherencia y unidad en el sistema), asumido, por ahora, por los denominados líderes de los marcos regulatorios de las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones (Lmrntic), de origen corporativo, con propuestas regulatorias supranacionales, que buscan generar sistemas jurídicos anacionales, flexibles, autorregulatorios, desjudicializados, con evidente aversión por lo público,

³³ Op.cit. P. 136.

³⁴ Op.cit. P. 140.

que hacen eco de la "huída de lo público" y que con personal idóneo e ingentes recursos se han dado a la tarea de construir las propuestas normativas que los Estados han comenzado a recepcionar de manera cada vez más generalizada.

Se trata de buscar la eficacia (como capacidad de producir efectos) y la eficiencia (producir efectos de manera económica) de la justicia que necesita redefinirse en términos de mayor agilidad y flexibilidad, de manera que oportunamente sea posible adecuar su estructura a las necesidades cambiantes de resolución de conflictos (Moncayo,2004: 138).

Afirma Carlos Vázquez que algunos analistas "[...] sostienen que la soberanía se ha visto erosionada por uno de los elementos más importantes del sistema internacional contemporáneo: la globalización [...] Vivimos en un mundo en el que la globalización y la cooperación internacional han dado un sentido nuevo al concepto de soberanía"³⁵. El reto, entonces, es armonizar los ordenamientos jurídicos existentes, manteniendo al mismo tiempo, su propia independencia³⁶, como lo propone Jarillo Gómez en relación con el derecho español. No caer en una "zona de no-derecho" a que se refiere el profesor Villar Palasí, para quien "Internet no supone, con todo, un espacio de libertad. Es un espacio social y como tal debe ser regulado por el Derecho". No obstante, advierte, que ningún país o agrupación de países debe tener la soberanía o el gobierno de Internet, para lo cual propone que se acuda a un derecho nacido espontáneamente por standards de conducta razonables de autocontrol de los propios usuarios y de la propia red (citando como ejemplo: la expulsión de la red y la pérdida del nombre de dominio –DNS- y de su web, por conducta inmoral en Internet)³⁷. No se trata, aclara, de suponer la abdicación de los Estados o de la soberanía internacional. "Los contratos entre los servidores y los Host o anfitriones que albergan un DNS pueden generar y de hecho lo están haciendo una *lex mercatoria* espontánea, pues tanto perjudica al servidor como al usuario un incorrecto uso de Internet"³⁸.

³⁵ Op.cit. P. 14, 17.

³⁶ Idea tomada de Jarillo Gómez, Juan Luis (2003) [15-9-2004]: "El derecho español: problemática actual en las relaciones de funcionamiento existentes entre el derecho común y el derecho foral", en *Saberes* [en línea], Universidad Alfonso X el Sabio, Villanueva de la Cañada, accesible en http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER03_018.pdf, ISSN 1695-6311. Pp. 1-8.

³⁷ Villar Palasí, José Luis. (2003) [16-9-2004]: "Implicaciones jurídicas de Internet", en *Saberes* [en línea], Universidad Alfonso X el Sabio, Villanueva de la Cañada, accesible en http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER03_010.pdf, ISSN 1695-6311. Pp. 14, 18, 19.

³⁸ Op.cit, P. 20.

3. CONCLUSIONES

1. La irrupción de las Nuevas Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones (NTIC), lleva incita la cuestión de la "legitimidad"³⁹ en lo que atañe a la construcción de los "marcos regulatorios" que pretenden crear el sistema jurídico al que ellas se sujetarán, o, por lo menos, reformarlo ante la "innovación" que éstas presuponen.
2. Conciliar los sistemas jurídicos locales o nacionales, con el elemento "innovador" que evidencia la aparición de las NTIC, Internet y la Red, inmersos en un contexto de globalización, plantea para los respectivos Estados un desafío que "erosiona" su soberanía y suscita interrogantes sobre su "legitimidad" para "legislar" en relación con dicho elemento "innovador".
3. El "problema de la innovación", que Pocock al estudiar *El Príncipe*, señala como "[...] la más difícil y peligrosa de las empresas humanas [...]"⁴⁰, materializado en la aparición de las NTIC con sus características⁴¹ de descentralización, con alcance mundial y abierto, de un entorno de creciente complejidad, que favorece la autorregulación y los mecanismos de creación de normas de alcance transnacional, no solo obliga a los Estados a buscar y participar en una gran coordinación internacional, sino que los enfrenta a la creciente pérdida de "legitimidad y soberanía" al pretender establecer marcos regulatorios locales, en temas de interés global.
4. Lo "local" o "nacional" en materia de NTIC ha sido extrañado, desterrado como "materia" regulable por los Estados individualmente considerados. El espacio creado, rápidamente ha sido ocupado por los llamados en este documento, líderes de los marcos regulatorios de las NTIC, personificados en las corporaciones o "particulares" que constituyen esa "*sociedad de comerciantes*", a que se refiere el profesor Fernández Rozas⁴², impulsores

³⁹ Sostiene Pocock, Op. Cit, "Sabemos que la legitimidad se consigue siempre en el largo plazo – la eternidad de la razón, la inveterada reiteración de la costumbre- [...]". P. 262.

⁴⁰ Op.Cit. P. 256.

⁴¹ Un estudio sobre las características de Internet, los "nuevos conflictos de intereses" que plantea, el progresivo desplazamiento de la competencia legislativa, la uniformización jurídica, la armonización comunitaria, el desarrollo de la autorregulación, las normas extraestatales, la resolución de controversias al margen de los tribunales estatales y, en general, el alcance transfronterizo de Internet, Vid: De Miguel Asensio, Pedro. *Derecho privado de internet*, 3ª. ed., Madrid, Civitas, 2002, 643 pp.

⁴² Fernández Rozas, José Carlos. *Ius Mercatorum. Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*. Madrid, Consejo General del Notariado, 2003. ISBN: 84-95176-38-6. 539 pp.

del nuevo "soft law", al margen de la normativa estatal; esa *lex electrónica* o *lex mercatoria electrónica* que menciona Peña Valenzuela⁴³, que "huye" de lo público y lo local y construye sus propias "soluciones", La actitud de "esperar y ver" no es para el *empresario en línea* su mejor opción. Ésta, radica, en el "actuar a tiempo".

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO CONDE, Ana Belén. *Comercio electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual*, Núm. 10, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, Dykinson, 2004.
- ANDREW, D. "La regulación de los contratos electrónicos: una comparación entre la posición europea y la norteamericana", en Rev. Internacional Foro de Derecho Mercantil, Núm. 2. Bogotá, Legis, Enero-Marzo 2004, Pp. 75-97
- CADENA AFANADOR, Walter R. *La nueva lex mercatoria, la transnacionalización del derecho*, Bogotá D.C., Universidad Libre de Colombia, 2004.
- CHILLÓN MEDINA, José María. "El derecho ante internet y la sociedad de la información", en Derecho Internacional de los negocios, Alcances. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, P, 49.
- DE LA CUESTA RUTE, J. .Ma., y VLAPUESTA GATAMINZA, E. "Marco general de la contratación mercantil", en AAVV, Contratos mercantiles, Tomo I. Barcelona, Bosch, 2001.
- DE MIGUELASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*. 3ª. Ed. Madrid, Civitas, 2002, 643 pp.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*. Madrid, Consejo General del Notariado, 2003.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier. *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*. Valladolid, Lex Nova, 2004.
- GARCÍA LÓPEZ, Eloy. Conferencias dictadas por el profesor Eloy Garcia, durante el Doctorado en Cuestiones Actuales del Derecho Español e Internacional, organizado por la Universidad Alfonso X El Sabio. Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda, 2004.
- HABERMANS, Jürgen. *Faktizität und geltung. Beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*, 1992 (tr. española de Manuel Jiménez Redondo; Facticidad y validez). Madrid, Trotta, 2001, P. 525 .
- KANT, Emmanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid, Tecnos, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- LAÍNEZ GADEA, José Antonio y FUERTES CALLÉN, Yolanda. "La sociedad de la información y el conocimiento: cambios en el sector empresarial". En: Foro de Derecho Mercantil, N° 6, abril-junio 2004. Bogotá D.C, Legis, 2004.
- LARENZ, Kart. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Granada, Comares, 2002
- MADRID PARRA, Agustín. "El negocio jurídico electrónico", en AA.VV, Derecho del comercio electrónico. Ponencia presentada en el XVII congreso nacional de derecho comercial, cámara de comercio de Medellín, Diké.

⁴³ Peña Valenzuela, D. "El contrato electrónico y los medios probatorios", en AA.VV, El contrato por medios electrónicos. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2003. P. 229.

"Tramitación y contenido de la ley modelo de la Cnudmi/Uncitral sobre las firmas electrónicas", en AA.VV, *El contrato por medios electrónicos*. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2003.

MONCAYO C, Víctor Manuel. *El leviatán derrotado*. Bogotá, Norma, 2004.

MORELLI RICO, Sandra. "Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso Jürgen Habermas", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 313, 1999.

MORENO NAVARRETE, M.A. *Derecho- e Derecho del comercio electrónico*. Madrid, Marcial Pons, 2002.

PEÑA VALENZUELA, D. "El contrato electrónico y los medios probatorios", en AA.VV, *El contrato por medios electrónicos*. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2003.

PÉREZ T, Melba Rocío: "Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos", en AA.VV, *El contrato por medios electrónicos*, Bogotá D.C , Universidad Externado de Colombia, 2003.

POCOCK, J.G.A. *El Momento Maquiavélico*, Madrid, Tecnos, 2002.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Acto administrativo. Teoría general*. Bogotá, Legis, 2004.

TORRES L, José Ángel. "Forma del negocio y nuevas tecnologías". *Revista Derecho Privado*, julio-agosto 2004. Pp. 489-523.

ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. *Derecho Internacional de los negocios, Alcances*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.