

G. Post, David:
In Search of Jefferson's Moose:
Notes on the State of Cyberspace
Oxford University Press, 2009, 244 pp.

Con este libro nos encontramos, probablemente, con una de las mejores obras que se han escrito hasta ahora sobre una disciplina académica tan reciente como es el Derecho de Internet, partiendo del presupuesto ontológico de la existencia de esta rama del Derecho como tal. Está escrita por David Post, profesor de Derecho de la Propiedad Intelectual y de Derecho del Ciberespacio en la Universidad de Temple.

Se trata de una obra llamada a ser referencia y punto de partida en el estudio de esta materia, en gran medida por algunas de las ideas que en ella se reflejan, revolucionarias, meritorias y bien argumentadas. Buena prueba de lo dicho es el reconocimiento que ha recibido de algunos de los grandes expertos en Derecho de Internet a nivel mundial como es el caso de Lawrence Lessig (Universidad de Stanford) o de Jonathan Zittrain (Universidad de Harvard).

Un comentario de esta obra requiere como paso previo una sucinta explicación del llamativo título: *In Search of Jefferson's Moose*. Con él se hace referencia a una de las excentricidades de uno de los padres de los Estados Unidos, Thomas Jefferson, quien hizo traer en 1787 a París —donde ocupaba el cargo de Embajador— un esqueleto completo, con piel y cornamenta, de un alce, y lo colocó en la entrada de su residencia parisina con la finalidad de mostrar simbólicamente a sus visitantes las vastas posibilidades de un Nuevo Mundo grande e inexplorado.

Pues bien, el libro de Post además está escrito de manera original y relativamente novedosa, por cuanto utiliza a Jefferson como guía respecto de cómo regular ese nuevo mundo que es el Ciberespacio. Lo hace sobre la base de que Jefferson tiene mucho que enseñarnos acerca de nuevos mundos y sobre cómo pensar en referencia a esos mundos, en gran medida por su condición de persona muy cultivada, aunque Post reconoce que en determinadas ocasiones no es fácil encontrar la perspectiva *jeffersonniana* de las cosas, precisamente por su

* Letrado de las Cortes Generales.

particular forma de pensar. Hasta tal punto utiliza a Jefferson, y aquí está lo novedoso de su forma de escribir, que incluye extractos de sus obras de finales del siglo XVIII y lo hace además dentro de la narrativa del propio libro, bien es cierto que tomándose una cierta libertad correctora para modernizar el inglés predecimonónico. El propio autor deja a juicio del lector si el libro que ha escrito, es sobre Jefferson o sobre el Ciberespacio, lo cual es demostrativo de la íntima conexión entre ambas cuestiones a lo largo de todo el libro.

La obra está estructurada, a salvo de un prólogo y un epílogo, en dos grandes partes que Post titula como “Caos” y “Orden”, respectivamente. La primera parte está destinada a una visión estructural del Ciberespacio, a determinar qué es el Ciberespacio, cómo se estructura y cuál ha sido y es su ciclo vital. Por tanto, del mismo modo que Thomas Jefferson describió el mapa del Estado de Virginia, Post describe el mapa del Ciberespacio y recoge como nota principal la ausencia de distancia. El autor demuestra con un lenguaje sencillo cómo, desde la perspectiva del usuario de Internet, el mapa de la red responde al esquema de un círculo o una esfera, puesto que todos aquéllos con los que el usuario se comunica están a la misma distancia.

En esta parte concerniente a la estructura y ciclo vital del Ciberespacio, Post analiza también a los usuarios de la red y la propia red como tal. Afirma que el valor de una red de comunicación es proporcional al del número de usuarios de la misma y describe, demostrándolo empíricamente, el crecimiento de la red como hipergeométrico. No olvida tampoco en este capítulo la versatilidad y riqueza intelectual de Jefferson a través de comparaciones con la red que él estudió en su época, los ríos y los canales como sistemas de comunicación y abastecimiento, y recuerda los esfuerzos que hizo quien fuera el tercer presidente de los Estados Unidos por hacer más grande esa red fluvial.

Los dos siguientes capítulos de la primera parte del libro son de singular importancia en la obra del profesor de la Universidad de Temple. En ellos, el autor vuelca sus esfuerzos, con acierto, en describir el problema de la escalabilidad en la red y en explicar cómo se ha ido resolviendo, determinando que la historia de Internet está estrechamente vinculada al modo en que se ha logrado resolver ese problema, fundamentalmente a través de sus protocolos de funcionamiento y, en particular, se centra en la explicación de cómo el protocolo TCP/IP —que es la base de Internet— utiliza el sistema de enrutamiento distribuido frente a un sistema centralizado, como forma de resolver el problema del crecimiento geométrico al que antes se ha hecho mención. En este mismo punto, Post describe las diferentes capas de funcionamiento del Ciberespacio: explica cómo los protocolos de la capa de la red llevan los mensajes a través de la red y cómo los protocolos de la capa de las aplicaciones interpretan esos mensajes. Post explica que uno de los grandes éxitos del desarrollo de Internet es que se ha configurado de tal modo que la capa de red, pudiendo desarrollar muchas más funciones, se limita a la transmisión de mensajes gracias a la configuración *end to end* (e2e): “máquinas inteligentes conectadas a una red estúpida”. En conclusión, los protocolos TCP/IP no solamente permiten que

en cualquier lugar una persona, gracias al enrutamiento distribuido, se conecte a la red, sino que, gracias al diseño e2e, cualquier persona lo haga.

Post cierra la primera parte de su obra con dos breves capítulos destinados, por un lado a demostrar matemática y gráficamente que por mucho que aumente el tamaño de la red, aumenta mucho menos el camino a recorrer entre dos ordenadores; y por otro, a dar una breve explicación del lenguaje en Internet, sus orígenes y su desarrollo, destacando como punto de conexión con la segunda parte de su obra, que la característica más importante del origen del lenguaje HTML o HTTP radica precisamente en que sus creadores no tuvieron que pedir permiso a nadie para su utilización en la red: “una red estúpida no necesita un cerebro”. La innovación en la red, remarca, no viene del centro sino de la periferia. En definitiva se puede observar que la idea que entusiasma al autor, la verdadera genialidad de Internet, es que la posibilidad de innovación puede venir de cualquier persona.

Post recurre al ejemplo anterior para hacerse la pregunta que se lee transversalmente en la segunda parte de su obra: ¿Quién gobierna Internet? Para responder a esta pregunta el autor recurre de nuevo a Jefferson pero sobre la base de compararlo con otra egregia figura del independentismo americano: Alexander Hamilton. Dos filosofías políticas totalmente diferentes con visiones opuestas de las relaciones entre gobierno y ciudadanos: libertad frente a seguridad. Se trata sin duda de algunas de las mejores líneas de la obra de Post. El autor hace una descripción de la filosofía de Jefferson contraria a la tesis de Montesquieu, quien afirmaba que solamente era posible la gobernabilidad de las comunidades pequeñas. Sin embargo, para Jefferson el gobierno republicano podría ser más fuerte cuanto más grande y esta teoría es la que utiliza Post, recurriendo a Joseph Ellis, al afirmar que el Ciberespacio constituye el perfecto entorno *jeffersoniano*, y es la idea que vertebra su análisis antes mencionado: ¿quién gobierna el Ciberespacio?

En respuesta a esta pregunta el autor va analizando algunas de las posturas que se vienen dando en los últimos años: la importancia de la autorregulación, cuestión sobre la que posteriormente vuelve, el papel de Naciones Unidas en la coordinación a nivel internacional y, fundamentalmente, se detiene en la tesis central sostenida por Lawrence Lessig, que queda definida en su obra “*Code is Law*”. David Post sostiene que la regulación del “Código”, su elaboración, es gobernanza, puesto que marca lo que se puede y lo que no se puede hacer en el Ciberespacio. En esta línea, el autor utiliza muchas páginas para describir el Grupo de Trabajo sobre Ingeniería de Internet (IETF, en su acrónimo inglés) y explica cómo hoy día, esta compleja organización juega un papel clave en el gobierno de Internet. Describe su sencillo mecanismo de funcionamiento como una suerte de “colección de ideas” y el camino a seguir para que esas ideas se conviertan en verdaderos estándares de Internet, bajo el cumplimiento de dos sencillos y complejos principios a la vez: el consenso sobre la idea y que esta funcione. Post recuerda, con reminiscencias de Jefferson de nuevo, que esa condición de legislador del IETF no le ha sido otorgada por nadie, porque no ejerce un poder en sentido clásico, sino que se limita únicamente a “docu-

mentar el consenso". Se trata por tanto de un gobierno democrático a escala global. El capítulo dedicado al IETF lo termina como lo empezó, enfrentando las ideas de Jefferson con las de Hamilton, contraponiendo en definitiva el modelo descrito con la construcción *hamiltoniana* del modelo de interconexión de sistemas abiertos (OSI, en su acrónimo inglés) que fue impulsado por las Naciones Unidas fundamentalmente en la década de los ochenta. A juicio del autor, el éxito de un modelo frente a otro viene dado porque "el crecimiento incontrolado de una red, siempre que la puedas manejar, será siempre más rápido que el crecimiento controlado de una red".

El décimo capítulo de su obra *Post* lo dedica igualmente a reflexionar sobre los nombres de dominio y la importancia progresiva que su gestión ha ido adquiriendo. Explica el origen de los nombres de dominio y su crisis, vinculada al hecho de que adquieren un gran valor económico. Es más, el autor considera que "la guerra de los nombres de dominio" de finales de los noventa es en realidad una crisis de gobernanza. De nuevo *Post* recurre a las filosofías de Jefferson y de Hamilton para explicar las dos posiciones que se plantearon en esta crisis y la respectiva defensa de la libertad de funcionamiento y de una necesidad de coordinación. A diferencia de ocasiones anteriores, fue la filosofía de Hamilton la que resultó vencedora con el surgimiento de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN, en su acrónimo inglés) a la que el autor califica de una "autoridad de regulación híbrida" cuya labor se ha centrado en los mecanismos de arbitraje y en regular la ciberocupación (*cybersquatting*). *Post* estudia con detalle la labor realizada por ICANN y señala que por encima y por debajo de esta modalidad de regulación y de las normas que ICANN ha fijado, están las más amplias cuestiones sobre el procedimiento normativo. Y sobre el gobierno de Internet, porque ICANN es quien controla hoy día el acceso a la red como una suerte de "vigilante de la puerta" (*gateguard*). El autor reconoce que sigue abierto el debate sobre si se trata de un mero gestor de bases de datos o si verdaderamente lo que ICANN hace son normas. En este sentido advierte que durante la próxima década habrá que estar muy atentos a cómo reaccionará ICANN a las presiones para que asuma nuevas funciones. Estamos ante una de las cuestiones clave en el futuro más próximo y ante uno de los elementos determinantes del gobierno de Internet.

Además de la importancia que, como hemos visto, *Post* dedica a la teoría de Lessig, al papel que juega el Código como Derecho, el autor no huye de las cuestiones más debatidas y probablemente de más difícil resolución en Internet: la determinación de la ley aplicable y la fijación de la jurisdicción competente. Para plantear ambos debates el profesor de la Universidad de Temple recurre a uno de los casos más conocidos en la breve Historia de Internet: el caso Yahoo, marcado por el conflicto entre los tribunales franceses y americanos. Sobre la base de este caso, *Post* describe las tres posturas que existen actualmente: los que denomina "*inexcepcionalistas*", que consideran este tipo de problemas como similares a los problemas del Derecho Internacional Privado; los "*excepcionalistas*", que otorgan una enorme trascendencia a que los hechos se produzcan en Internet; y los partidarios de la armonización internacional,

de la creación de una suerte de Derecho global de Internet. Frente a esta última postura, los dos primeros consideran que “esta cura es peor que la enfermedad”, porque hay diferentes historias, culturas, costumbres y puntos de vista, y ése es el motivo de que haya diferentes normas. Precisamente lo que une a “*inexcepcionalistas*” y “*excepcionalistas*” es la necesidad de que exista un Derecho que rija Internet respetando esa diversidad. De nuevo, Post recurre a Jefferson para solucionar este problema y más concretamente a los principios que este sentó para el lejano Oeste en su condición de Presidente de la Comisión creada en el Congreso: libertad de los colonos para establecer su propio gobierno, que el Gobierno del Oeste surgiría desde abajo, de tal manera que cada unidad más pequeña participaría en el gobierno de la más grande (lo que Jefferson denominaba un Sistema de “repúblicas de barrios”, *Ward republics*); y lo que llamaba el principio federativo, en el que se establecía que esas pequeñas unidades de autogobierno podrían pasar a formar parte de los Estados Unidos una vez que alcanzaran una población equivalente a la del menor de los Estados que ya los conformaban. Se trataba de que pasaran a formar parte como “iguales”. Consistía en construir un imperio de la libertad que no estuviera basado en la conquista sino en los principios de cohesión e igualdad. Una vez mostrada la teoría de Jefferson para la gobernabilidad del “Oeste”, Post realiza un análisis de los mundos virtuales, en concreto de Second Life y de la influencia que este tiene en el mundo real. Bien es cierto que el propio devenir de las cosas, la velocidad de innovación en la red, ha dejado algo obsoleto el ejemplo utilizado por el autor. Post lo utiliza en todo caso para plasmar las posturas antes descritas demostrando la imposibilidad de que las ideas de los “*inexcepcionalistas*” funcionen porque suponen considerar un Internet con fronteras que él gráfica y sarcásticamente denomina *Jurisdictional Whac-A-Mole*. El autor apuesta sin embargo porque sean los propios internautas, en postura claramente *jeffersoniana*, quienes se den su propia regulación. Actualmente los mundos virtuales no tienen un Derecho porque no hay una fuente del Derecho en sentido material. Post reconoce que no sabe cómo será ese Derecho, pero sí está convencido de que los usuarios tienen derecho a responderse a esa pregunta por ellos mismos. Y concluye este capítulo con una afirmación de enorme calado y que es vertebral en el plano de la filosofía del Derecho: “el Derecho tiene una extraña característica y es que su existencia depende de que la gente crea que existe”.

El último capítulo lo centra Post en el análisis de dos de las cuestiones más polémicas en el mundo del Derecho en Internet, más allá de las cuestiones de jurisdicción y legislación, cuales son la libertad de expresión y la propiedad intelectual. Ya no supone una novedad para el lector el dato de que Post recurra a Thomas Jefferson para estudiar ambas cuestiones, máxime cuando se puede decir que el filósofo y político americano realizó algunas de sus principales aportaciones sobre estas materias. Respecto a la libertad de expresión, el autor define a Jefferson como el “primer absolutista de la primera enmienda”, íntimamente conectada a sus principios del gobierno republicano. En cuanto a la propiedad intelectual, Post nos recuerda que la pasión de Jefferson por la materia radicaba en su pasión por la invención y por los inventos. Sin embargo

aquí su postura era distinta de la sostenida respecto a la libertad de expresión, puesto que no estamos ante un derecho natural, porque lo que está en la naturaleza de las cosas es que las ideas se muevan libremente de una persona a otra. Post hace una muy meritoria y detallada explicación de la delicada postura de Jefferson sobre esta cuestión, del conflicto derivado, no de la necesidad de protección de este tipo de derechos, sino de la búsqueda del equilibrio, del grado adecuado de protección. Cerrando esta cuestión, Post describe el perfecto mundo *jeffersoniano* como aquel que otorga a la libertad de expresión tanta protección como puede y a los derechos de propiedad intelectual tanta protección como necesitan. Siguiendo la técnica que apunta toda su obra, David Post afirma que este mundo *jeffersoniano* se parece al Ciberespacio. Respecto a la libertad de expresión Post no tiene duda en cuanto a que Internet es el lugar ideal puesto que nunca ha existido un motor de comunicación a escala global como este, al menos si se defiende esa postura absolutista de la libertad de expresión. Distinta es la cuestión en el caso de la propiedad intelectual que, como recuerda el autor, algunos la han definido como la “Gran Historia”. Sin embargo Post refuta esta opinión y considera que esa “Gran Historia”, al menos en sentido *jeffersoniano*, es que un lugar con tan poca protección de los derechos de propiedad intelectual ha generado una extraordinaria explosión de actividad creativa, lo cual —a su juicio— supone que Internet sería una tierra estéril si la innovación y la creatividad estuvieran exclusivamente vinculados a la protección de la propiedad intelectual. A juicio de Post el mundo *jeffersoniano* ideal antes descrito no tiene en cuenta sin embargo que hay muchos *hamiltonianos* que dan lugar a que se busque el equilibrio en el ejercicio de la libertad de expresión y se considere a la propiedad intelectual como un derecho natural. Post se confiesa claramente seguidor de Jefferson y apunta, y esa es su conclusión, que un Derecho de Internet solamente se podrá construir permitiendo a cada uno ejercer su libertad.

Estamos, como se ha dicho al principio, ante una obra de enorme calado, no tanto por el número de cuestiones concretas a las que responde el autor, ni siquiera tampoco por el número de problemas a los que se enfrenta, sino por las ideas que deja plasmadas en cuanto a cómo llegar a construir un ordenamiento jurídico válido para Internet. La obra reúne sencillez explicativa, riqueza de ejemplos, uso descriptivo de gráficos y, en definitiva, una sagaz visión de los problemas y una sólida argumentación de las soluciones propuestas. Si a todo ello le añadimos la enorme brillantez de ese paralelismo sistemático, constante, casi mágico, con la vida y obra de Jefferson, esta obra, más allá de su enorme valor científico, posee simultáneamente un increíble valor literario. En conclusión, recomiendo vivamente a cualquiera interesado en este apasionante mundo de la regulación o no regulación de Internet que lo lea sin dudar.