

LA REFORMA DE LA CORPORACIÓN PARA LA ASIGNACIÓN DE NOMBRES Y NÚMEROS DE INTERNET (ICANN): UN ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE LEGITIMIDAD

Margarita ROBLES CARRILLO *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DISCURSO DE LA LEGITIMIDAD.—2.1. El disenso político-institucional.—2.2. La apariencia de neutralidad.—2.3. El fundamento de la reforma.—3. EL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REFORMA.—3.1. El modelo institucional.—3.1.1. Estructura orgánica.—3.1.2. Naturaleza y funcionamiento.—a) Organigrama general.—b) Estatuto de la Organización de Apoyo.—c) Estatuto del Comité Asesor.—d) La situación del GAC.—3.2. El modelo de responsabilidad.—3.2.1. La dimensión normativa material.—3.2.2. La dimensión orgánica.—3.2.3. La naturaleza del IRP.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. La Corporación para la Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN) es una entidad constituida de conformidad con la *Nonprofit Public Benefit Corporation Law* del estado de California¹, con la finalidad de gestionar la gobernanza tecnológica del ciberespacio². La misión general de la ICANN consiste en garantizar el funcionamiento estable y seguro del sistema mundial de identificadores únicos de Internet: la administración de los parámetros de protocolo, la administración de los recursos numéricos de Internet y la gestión de la Zona Raíz del Sistema de Nombres de Dominio

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Granada. Miembro del Grupo de Investigación NESG-Network Engineering & Security Group (mrobles@ugr.es). Este trabajo se realiza en el marco del proyecto TIN2017-83494-R financiado parcialmente por el Gobierno de España.

Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 26 de abril de 2018.

¹ Según esa normativa, la ICANN se organiza y opera con propósitos científicos, educativos y benéficos, según lo expuesto en la Sección § 501 (c) (3) del Código Tributario de Estados Unidos de 1986 (<https://www.icann.org/resources/pages/articles-2012-02-25-en>).

² Un estudio básico sobre esta actividad se encuentra en KURBALIJA, J. y GELBSTEIN, E., *Gobernanza de Internet. Asuntos, actores y brechas*, 7.ª ed., Ginebra, DiploFoundation, 2016.

(DNS)³. No es necesario explicar la importancia de esas funciones para el funcionamiento del ciberespacio y para la sociedad. La seguridad, interoperabilidad, confiabilidad y, con ello, el correcto funcionamiento de las redes informáticas dependen de la identificación y localización del conjunto de los diferentes dispositivos integrados en ellas que es posible, fundamentalmente, mediante la gestión de un sistema único de nombres de dominio y de direcciones IP que tiene atribuida la ICANN.

2. La ICANN centraliza el ejercicio de esas funciones básicas para el funcionamiento de Internet, desde 1998, a través de la *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA)⁴ y sobre la base de una serie de acuerdos concluidos con el Departamento de Comercio estadounidense⁵. La razón histórica que explica el origen de esta corporación se ha utilizado para justificar su localización geográfica, su fundamentación jurídica como entidad privada, sus modalidades de funcionamiento y, muy especialmente, el control de su actividad por parte de Estados Unidos⁶, en especial, en lo concerniente a la gestión de la Zona Raíz a través de la *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA)⁷. Pero, prácticamente desde su origen, esta situación ha sido objeto de crítica por parte de la mayoría de los actores, tanto estatales como no gubernamentales, que han coincidido en la necesidad de modificar este sistema de gestión de la gobernanza tecnológica extrayéndolo de la órbita de influencia de Estados Unidos⁸. Finalmente, en marzo de 2014, se inicia el proceso de transición dirigido a su internacionalización pero condicionado, desde el principio, por una exigencia de mejora de la legitimidad de la ICANN.

3. La importancia de este objetivo se pone de manifiesto en el hecho de que la reforma de la ICANN se organiza a través de dos grupos de trabajo: el Grupo de Coordinación de la Transición de la Custodia de las Funciones de la IANA (*IANA Stewardship Transition Coordination Group*)⁹ y el Grupo de

³ Sobre estas funciones, véase DENARDIS, L., *The Emerging Field of Internet Governance*, Yale Information Society Project Working Paper Series, septiembre de 2010, pp. 3 y ss. Sobre el DNS como recurso crítico de la infraestructura de Internet, véase NICHOLLS, T., «An Empirical Analysis of Internet Top-Level Domain Policy», *Journal of Information Policy*, vol. 3, 2013, pp. 464-484.

⁴ Véase KLEIN, H., «ICANN and Internet Governance: Leveraging Technical Coordination to Realize Global Public Policy», *The Information Society*, vol. 18, 2002, pp. 193-207.

⁵ Sobre este proceso, véase BYGRAVE, L. A., *Contract versus statute in Internet Governance*, Research Paper Series, núm. 2011-34, University of Oslo, Faculty of Law Legal Studies, pp. 5 y ss.

⁶ Sobre las relaciones entre ICANN y la Administración estadounidense, véase WEITZENBOECK, E. M., «Hybrid Net: the regulatory framework of ICANN and the DNS», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 22, 2014, núm. 1, pp. 49-73.

⁷ Sobre este sistema, véase RAUSTIALA, K., «Governing the Internet», *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper, 2016, núm. 16-33.

⁸ Véanse PURKAYASTHA, P. y BAILEY, R., «U.S. Control of the Internet: Problems facing the Movement to International Governance», *Monthly Review*, vol. 66, 2014, núm. 3, pp. 103-127; DENARDIS, L., «Five Destabilizing Trends in Internet Governance», *I-S: A Journal of Law and Policy*, vol. 12, 2015, pp. 123 y ss.; KRUGER, L. G., *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, CSR Report, noviembre de 2016, p. 3; SAVAGE, J. E. y MCCONNELL, B. W., *Exploring Multi-Stakeholder Internet Governance*, Nueva York, East-West Institute, 2015, p. 3.

⁹ <https://www.icann.org/en/system/files/files/iana-stewardship-transition-proposal-10mar16-en.pdf>.

Trabajo Intercomunitario sobre la Mejora de la Responsabilidad de la ICANN (*Cross Community Working Group on Enhancing ICANN Accountability: CC-WG-Accountability*)¹⁰. La previsión misma de esos dos grupos, en paralelo, evidencia la naturaleza constitutiva del objetivo finalista de incrementar la responsabilidad y legitimidad de la ICANN en la medida en que comparte su carácter prioritario con el cambio básico estructural en el ejercicio de las funciones de la IANA. A pesar de ello, las condiciones, el proceso y, finalmente, el resultado mismo de la reforma, que se hace efectiva el 1 de octubre de 2016, no responden a ese propósito finalista de dotar de mayor legitimidad a la ICANN.

4. La ICANN no es el único ejemplo de gobernanza técnica, ni de gestión privatizada que conoce la sociedad internacional¹¹. La diferencia con paradigmas previos o similares se encuentra en su objeto mismo: el ciberespacio que tiene una naturaleza y unos caracteres singulares que lo hacen tan vulnerable como vital¹², razón por la cual se ha definido como un recurso crítico¹³ y un bien público¹⁴ y global¹⁵. Esta categorización que podría ser un argumento concluyente para su gestión pública, no significa necesariamente excluir cualesquiera otras opciones. Pero impone ciertos condicionantes, básicamente, la necesidad de contar con determinadas garantías de legitimación de su modelo de organización y funcionamiento tanto si su gestión es pública como, sobre todo, si es privatizada¹⁶. Hay dos circunstancias adicionales que apuntan a esa misma necesidad: la naturaleza cuasi-pública de sus funciones y las ramificaciones globales de sus decisiones¹⁷.

5. El objetivo de este trabajo es analizar la reforma de la ICANN desde la perspectiva concreta de la legitimidad, no solo por ser una de sus declaradas prioridades sino, también y especialmente, porque era la condición que se había formulado, en distintos foros y por parte de distintos Estados y organizaciones, para aceptar la privatización de la gobernanza tecnológica de Internet a través de esta corporación. Por ello, la siguiente sección se dedica al discurs-

¹⁰ <https://www.icann.org/en/system/files/files/ccwg-accountability-supp-proposal-work-stream-1-recs-23feb16-en.pdf>.

¹¹ Sobre las modalidades de gobernanza técnica en perspectiva histórica, véase DRAKE, W. J. y WILSON III, E. J., *Governing Global Electronic Networks*, Cambridge, The MIT Press, 2008, pp. 3 y ss.

¹² OPDERBECK, D. W., «Cybersecurity and Executive Power», *Washington University Law Review*, vol. 89, 2012, núm. 4, p. 797; TEPLINSKY, M. J., «Fiddling on th Roof: Recent Developments in Cybersecurity», *American University Business Law Review*, vol. 2, 2013, núm. 2, p. 227.

¹³ [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl\(03.06.2015\)2&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl(03.06.2015)2&direct=true).

¹⁴ ASLLANI, A., WHITE, Ch. S. y ETTKIN, L., «Viewing Cybersecurity As a Public Good: The Role Of Governments, Businesses, And Individuals», *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, vol. 16, 2013, núm. 1, p. 9.

¹⁵ MULLIGAN, D. K. y SCHNEIDER, F. B., «Doctrine for cybersecurity», *Daedalus*, vol. 140, 2011, núm. 4, p. 75.

¹⁶ «Un liderazgo del sector privado y una política pública eficaz no son conceptos mutuamente excluyentes», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «La gobernanza de Internet: los próximos pasos» [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, p. 4].

¹⁷ RACHOVITSA, A., «International Law and the Global Public Interest: ICANN's Independent Objector as a Mechanism of Responsive Global Governance», *Non-State Actors and Changing Relations in International Law*, Groningen, Martinus Nijhoff/Brill, p. 201.

so de la legitimidad con la intención de analizar ese principio en el contexto y con los condicionantes político-institucionales de la reforma, así como en su interpretación doctrinal. Sobre esa base, que ha de servir de marco analítico de referencia, la Sección 3.^a se ocupa del modelo institucional y del modelo de responsabilidad de la ICANN por tratarse de las dos dimensiones de la reforma realizadas con la finalidad de dotar de mayor legitimidad a la ICANN. El análisis de esas disposiciones permite llegar a unas conclusiones sobre el alcance y los resultados de la reforma en términos de legitimidad.

2. EL DISCURSO DE LA LEGITIMIDAD

6. El discurso sobre la legitimidad de la ICANN concierne, en realidad, a la legitimidad del modelo de gobernanza tecnológica del ciberespacio que, a su vez, engarza con el dilema que plantean tanto su diseño mismo, como su relación con la gobernanza política¹⁸. Aunque no es el único componente de aquel modelo¹⁹, el protagonismo de la ICANN se justifica porque asume la gestión de funciones básicas para el funcionamiento de Internet, porque opera bajo el control de Estados Unidos y porque, con su reforma, parece cerrarse —al menos, por un tiempo— el debate abierto sobre esas modalidades de gobernanza; un debate, intenso y controvertido, en el que la opción por la ICANN desplaza la posibilidad de atribuir esa misión a otro tipo de institución, ya existente o creada a esos efectos, siguiendo los parámetros tradicionales de organización pública internacional.

7. Desde esa perspectiva, como primera providencia, es preciso distinguir, aunque están completamente interconectados, dos problemas diferentes: la cuestión de la legitimidad de la primacía de Estados Unidos respecto de la ICANN y la propia legitimidad de esta corporación como componente principal dentro del modelo de gobernanza tecnológica de Internet. No hay una fundamentación jurídico-internacional para la primera, mientras que la solución a la crisis de la segunda habría sido posible garantizando una efectiva internacionalización, un estatuto igualitario para los Estados, junto con una adecuada representación de los mismos en su condición de autoridades públicas en la estructura institucional de la ICANN, y un modelo de responsabilidad independiente y externo a la corporación.

¹⁸ Sobre las consecuencias del modelo de gobernanza creado con la ICANN en el marco de las relaciones internacionales y desde la perspectiva del Derecho internacional, véase ROBLES CARRILLO, M., «Gobernanza política versus gobernanza tecnológica del ciberespacio», *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2017, núm. 56, pp. 1-20. Al tratar ambos paradigmas, la autora explica que «esta dialéctica político-tecnológica plantea serios interrogantes que van desde la viabilidad misma de la convivencia entre ambas modalidades de gobernanza —siendo, como son, diferentes por su naturaleza, objetivos y evolución—, hasta la capacidad del paradigma tecnológico de influir en la solución del dilema de la gobernanza política. La pretendida neutralidad de cada una de esas dimensiones del ciberespacio respecto de la otra no parece defendible» (*ibid.*, p. 20).

¹⁹ Sobre el resto de los agentes de esta gobernanza, véase KURBALIJA, J. y GELBSTEIN, E., *op. cit.*, nota 2, pp. 5 y ss.

8. El discurso sobre la legitimidad se ha desarrollado en torno a tres coordenadas básicas. La primera es el disenso político-institucional de fondo sobre la gobernanza tecnológica de Internet, que ha favorecido una solución unilateral *de facto* en la medida en que se ha traducido en una reforma dirigida y controlada por Estados Unidos desde su inicio hasta su final (2.1). La segunda viene dada por una percepción errónea, solo parcialmente superada, sobre la neutralidad de la gobernanza tecnológica, que ha facilitado el desarrollo del proceso sin la atención, la discusión y la controversia que, sin embargo, se han manifestado con toda su entidad respecto de la organización de la gobernanza política (2.2). La tercera se localiza en el fundamento mismo de la reforma apoyada en el recurso al modelo *multistakeholder* y en la decisión de Estados Unidos sobre su desarrollo y sus resultados (2.3).

2.1. El disenso político-institucional

9. El debate sobre el déficit de legitimidad de la ICANN no es nuevo²⁰. Es una preocupación compartida por Estados y organizaciones internacionales que consideran esencial la articulación de un modelo coherente y transparente de gestión en el que, en particular, se encuentre garantizada una presencia de los Estados en su condición de autoridad pública, así como de las organizaciones internacionales competentes, en su caso. La necesidad de legitimación de la ICANN es mayor, precisamente, por el disenso político-institucional de fondo existente sobre las modalidades de gobernanza de Internet.

10. A pesar de ello, al final, ese disenso ha sido el caldo de cultivo que ha propiciado la solución del problema de la gobernanza tecnológica mediante una reforma de la ICANN que, solo aparentemente presidida por el doble objetivo de su internacionalización y privatización, se ha materializado en la constitución de un modelo *multistakeholder* de gestión privatizada en el que el déficit real de internacionalización se aprecia tanto en el desarrollo mismo del proceso de transición, dirigido y controlado por Estados Unidos²¹, como en la escasa presencia de los Estados en el diseño institucional final de la ICANN.

11. En el plano político-institucional, son tres los motivos principales que explican esa solución unilateral. En primer lugar, la falta de acuerdo entre los Estados sobre el modelo de gestión técnica de Internet como con-

²⁰ Esa crítica ha sido una constante desde los inicios de la ICANN. Véanse LIU, J. P., «Legitimacy and Authority in Internet Coordination: A Domain Name Case Study», *Indiana Law Journal*, vol. 74, 1999, p. 587; PALFREY, J., «How ICANN's Foray Into Global Internet Democracy Failed», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 17, 2004, núm. 2, p. 409; BENDRATH, R., HOFMANN, J., LEIB, V., MAYER, P. y ZÜRN, M., «Governing the Internet: The Quest for Legitimate and Effective Rules», en BENDRATH, R., HOFMANN, J., LEIB, V., MAYER, P. y ZÜRN, M., *Transformations of the State*, Nueva York, Palgrave McMillan, 2007, p. 134.

²¹ Sobre el debate interno protagonizado por el Congreso estadounidense y la NTIA, véase RUOTOLO, G. M., «Fragments of fragments. The domain name system regulation: global law or informalization of the international legal order?», *Computer Law & Security Review*, vol. 33, 2017, pp. 165-166.

secuencia de la presencia de tres opciones principales diferentes: el recurso a la UIT²², la creación de una nueva organización intergubernamental o el mantenimiento de la ICANN aunque, eso sí, en cualquiera de los supuestos, con la doble condición de garantizar roles y responsabilidades iguales a los Estados en la gobernanza de Internet y de contar con mecanismos de transparencia y responsabilidad en cuanto a esa gestión²³. En segundo término, la aceptación creciente del papel de la comunidad *multistakeholder* en el marco de esta gobernanza²⁴ que se alimenta, además, de una doble circunstancia: por una parte, la propia implicación de sus representantes en los debates realizados tanto a nivel intergubernamental como fuera del mismo; y, por otra, la voluntad de un grupo apreciable de Estados manifestada en distintos foros internacionales de reconocerle, con carácter general, alguna forma de participación en la gestión del ciberespacio, incluida, la gobernanza política²⁵. Para terminar, el tercer elemento en esta ecuación es el consenso generalizado sobre la necesidad de cambiar el modelo existente extrayendo esa gestión del control de Estados Unidos que, paradójicamente, ha servido para precipitar el proceso en la dirección defendida por ese Estado.

12. La combinación de esos tres factores ha posibilitado la materialización final de la solución unilateral²⁶. Esta afirmación se justifica en términos generales y en tres aspectos concretos. Con carácter general, el proceso y los criterios de forma y de fondo exigidos para la reforma de la ICANN son establecidos por la *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA)²⁷.

13. En cuanto a los aspectos concretos, que justifican aquella afirmación, es preciso destacar tres. En primer lugar, hay que subrayar la exigencia expresa de la NTIA de seguir un procedimiento basado en un debate amplio, inclusivo y global entre todas las partes interesadas para la formulación de un propuesta colectiva con un sólido respaldo. Esta condición impuesta por Estados Unidos supone una ampliación indeterminada del número de interlocutores y un requisito en cuanto al desarrollo y a la terminación misma del proceso que, como condicionantes, están capacitados para difuminar la

²² Sobre los argumentos en contra de la UIT, véase HILL, R., «The Internet, its governance, and the multi-stakeholder model», *Info*, vol. 16, 2014, pp. 35 y ss.

²³ Sobre ese proceso, véanse ROBLES CARRILLO, M., «El proceso de reforma de la ICANN: objetivos, régimen jurídico y estructura orgánica», *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, vol. 2, 2017, núm. 7, pp. 25-65; EPSTEIN, D., «The making of institutions of information governance: the case of the Internet Governance Forum», *Journal of Information Technology*, vol. 28, 2013, p. 139; SUTHERLAND, E., «Corruption and Internet Governance», *Info*, vol. 16, 2014, p. 3.

²⁴ La OCDE (<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>), la UE (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=JOIN:2013:0001:FIN:ES:PDF>) y el G-8 (<http://www.mofa.go.jp/files/000160279.pdf>) se manifiestan a favor de ese modelo.

²⁵ <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>.

²⁶ Como instrumento de la dominación americana es descrito en ARSÈNE, S., «Global Internet Governance in Chinese Academic Literature», *China Perspectives*, 2016, núm. 2, p. 30.

²⁷ Sobre la filosofía que explica la preferencia estadounidense por este modelo, véase LEWIS, J. A., «Sovereignty and the Role of Government in Cyberspace», *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XVI, 2010, núm. 2, p. 61.

presencia y la capacidad de influencia de las autoridades públicas estatales e intergubernamentales²⁸. En segundo lugar, el procedimiento de reforma exige expresamente la remisión a la NTIA de las propuestas acordadas para su revisión y aprobación, lo que se traduce en una capacidad de intervención y de decisión de la administración estadounidense que no tiene reconocida ninguna otra autoridad pública y que solo se explica por las consabidas razones históricas, pero que no resulta fácil de justificar cuando se trata, notoriamente, de un tema de interés internacional. Finalmente, en tercer lugar, la obligación de respaldar el modelo *multistakeholder* y de excluir toda reforma dirigida a sustituir el sistema en vigor por otro liderado por un Gobierno o por una organización internacional, exigida también por la NTIA, implica definitivamente la imposición de la solución ideada por Estados Unidos para el desafío de naturaleza internacional que supone la gobernanza tecnológica del ciberespacio²⁹.

14. El hecho es que esta operación se ha sustanciado como si fuese simplemente la reforma de una corporación creada conforme al Derecho estadounidense cuando se trata de la organización de la gobernanza tecnológica de Internet que es un problema global de naturaleza internacional. Ni las razones históricas que originariamente explican su vinculación con Estados Unidos, ni la solución inicial que supuso la privatización de esa gestión mediante la constitución de la ICANN, ni tampoco el trabajo desarrollado por esta corporación desde su creación, son argumentos suficientes para legitimar esta solución unilateral al problema de la gestión de Internet³⁰.

15. Más allá de otras consideraciones teóricas sobre las consecuencias de este proceso, que exceden el marco de este trabajo³¹, la reforma de la ICANN apenas ha suscitado controversia. Una confianza no necesariamente justificada en las bondades del modelo *multistakeholder*, en unos casos, y un sentido pragmatismo, en otros, han servido para disipar las críticas. Las reacciones internacionales a esta situación muestran dos tendencias principales:

²⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «La política y la gobernanza de Internet. El papel de Europa en la configuración de la gobernanza de Internet» [COM (2014) 72 final, de 12 de febrero de 2014, pp. 6-7].

²⁹ Sobre esta situación de asimetría en el ciberespacio, véase SHEN, Y., «Cyber Sovereignty and the Governance of Global Cyberspace», *Chinese Political Science Review*, vol. 1, 2016, núm. 1, p. 84. En el mismo sentido, desde otro planteamiento se concluye que «*multistakeholder governance over the Internet has triumphed in large part because it reflects hegemonic power, not in spite of it*» (RAUSTIALA, K., *loc. cit.*, nota 7, p. 502).

³⁰ En efecto, «*the long-standing preferences of the United States are best realized by multistakeholderism, not multilateralism*» (RAUSTIALA, K., *loc. cit.*, nota 7, p. 501). En su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «La gobernanza de Internet: los próximos pasos», en 2009, la Comisión advertía sobre la intención de Estados Unidos de mantener el control efectivo de la coordinación de las funciones clave de la asignación de nombres y direcciones, manteniendo la «supervisión unilateral» sobre esos recursos [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, pp. 7 y 9].

³¹ En particular, las implicaciones del modelo de gobernanza tecnológica sobre la definición del modelo jurídico-político que, después de años de negociaciones y de haber conducido a la adopción de varios informes por parte de los Grupos de Expertos Gubernamentales creados en el marco de los trabajos de la Asamblea General de Naciones Unidas, ha concluido en 2017 sin resultados ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre los Estados.

por una parte, países como China, inicialmente opuestos a este sistema, se han congraciado con el mismo compatibilizando, en un ejercicio manifiesto de su característico pragmatismo, su particular concepción de la soberanía cibernética con una creciente participación en el modelo *multistakeholder* en aras de la conectividad global, sus ventajas económicas y en términos de influencia³²; por otra parte, países que apostaban por ese modelo de gestión confiando en su organización conforme a los principios compartidos de legitimidad, como es el caso de los europeos, se han visto confrontados a la existencia de una reforma más aparente que real. En realidad, a pesar del margen de tiempo transcurrido, el alcance y el contenido de esa reforma aún no han sido suficientemente apreciados como consecuencia de la propia complejidad de la normativa y de los modelos diseñados para la gestión de la ICANN.

16. Junto con ello, resulta sorprendente y hasta preocupante que, a pesar de la controversia inicial, la organización de la gobernanza tecnológica se haya resuelto en apenas dos años con la reforma de la ICANN, mientras que, paralelamente, han fracasado las conversaciones sobre la organización de la gobernanza jurídico-política. La idea de que la dimensión tecnológica es, en general, menos importante que la política podría ser un motivo aunque realmente injustificado, en este caso, si se considera que la infraestructura de Internet es un recurso crítico. Pero parece que, también con carácter general, el discurso sobre la neutralidad de las acciones y decisiones tecnológicas ha contribuido a una infravaloración de la importancia de la gobernanza tecnológica.

2.2. La apariencia de neutralidad

17. La neutralidad de la gobernanza tecnológica ha sido un argumento recurrente para justificar tanto la privatización de la ICANN como, una vez acordada, el papel limitado de los Estados y demás organizaciones públicas y de su órgano de representación en su modelo institucional de la corporación³³. Más que una realidad³⁴, es una apariencia como demuestran dos órdenes de consideraciones. Por una parte, las funciones gestionadas por la ICANN afectan a todos los ámbitos de la economía y de la sociedad y a materias de muy diversa naturaleza, pero ninguna de escasa relevancia, entre las

³² Véase, al respecto, ARSÈNE, S., «Internet Domain Names in China», *China Perspectives*, 2015, núm. 4, pp. 25-34.

³³ Un tema distinto, y no exento de controversia, es el principio de neutralidad de Internet entendido como el hecho de la información y el conocimiento que circulan a través de las redes han de permanecer ajenos a todo tipo de control o filtrado ya sea por considerarse un derecho básico, un servicio público o una facultad de acceso y utilización sin restricciones basadas en consideraciones morales, políticas o de otra índole.

³⁴ La doctrina coincide afirmando que: «*New technologies are never neutral in their impact; it is known that they can alter powers relations and economic dependencies among stakeholders*» (KUEBIS, B. y MUELLER, M. L., «Negotiating a New Governance Hierarchy: An Analysis of the Conflicting Incentives to Secure Internet Routing», *Communications & Strategies*, vol. 81, 2011, p. 135). Véase, en particular, sobre el uso de los nombres de dominio de nivel superior, NICHOLLS, T., *loc. cit.*, nota 3, p. 468.

que se encuentran desde los derechos de propiedad intelectual sobre nombres de dominio o la política de competencia³⁵, hasta temas fundamentales de derechos humanos como, particularmente, la protección de datos personales³⁶ o cuestiones de especial calado político vinculadas a los dominios de nivel superior o con código de país³⁷, además de las estrictamente comerciales y económicas³⁸. Por otra parte, la creencia en la neutralidad de la gobernanza tecnológica en el sentido de una pretendida asepsia de las decisiones tecnológicas, respecto de las políticas o de otros intereses, no encuentra justificación cuando se trata de un recurso esencial, el sustento físico, técnico y funcional que garantiza la seguridad, la interoperabilidad y el funcionamiento del conjunto del sistema sobre el que se asienta la economía y la sociedad contemporáneas.

18. En esta situación, la falacia del argumento de la neutralidad tecnológica se puede justificar de diversas maneras. Por una parte, como explica Adamantia Rachovitsa, «*ICANN manages the Internet as a universal resource and its choices define the essential backbone of the network as well as the information that is available to Internet users globally*»³⁹. Por otra parte, el hecho mismo de que, ya en el año 2000, el número de servidores raíz en Estados Unidos (10), incluido el servidor «raíz A» principal, triplicara en número a los situados en el resto del mundo (3) es un dato contundente sobre el grado de dependencia del resto de los Estados y la situación hegemónica que implica el control tecnológico del ciberespacio⁴⁰. Para terminar, la propia política

³⁵ Sobre las tempranas inquietudes que plantea su gestión, véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre «La organización y gestión de Internet» [COM (2000) 202 final, de 11 de abril de 2000, p. 17].

³⁶ Los datos de registradores y registros y, en general, los flujos de datos relacionados con el sistema de registro de nombres de dominio o el régimen de comunicación y acceso a los mismos han planteado siempre serios interrogantes. En particular, respecto de los datos Whois se han identificado tres órdenes de problemas: la transparencia exigida para eliminar informaciones inexactas u obsoletas, la coherencia entre los diversos registros de datos y la determinación de los fines para los que pueden usarse (*ibid.*, p. 33). Sobre la compatibilidad entre ese sistema y el Reglamento General de Protección de Datos, véase <https://www.icann.org/en/system/files/correspondence/jelinek-to-marby-11apr18-en.pdf>. Pueden verse RACHOVITSA, A., «Engineering and lawyering privacy by design: understanding online privacy both as a technical and an international human right issue», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 24, 2016, pp. 374-399; HEUPEL, M., HIRSCHMANN, G. y ZÜRN, M., «International organisations and human rights: What direct authority needs for its legitimation», *Review of International Studies*, vol. 44, 2018, pp. 343-366.

³⁷ Sobre casos que han planteado controversia, como el requerimiento catalán sobre nombres de dominio, véase MÖLLER, Ch., «New Technology, Minorities and Internet Governance», *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, 2013, núm. 4, pp. 16-33.

³⁸ Una detallada explicación de la evolución del mercado del DNS y del beneficio obtenido por las empresas implicadas en el mismo, en particular, Network Solutions Inc., puede verse en BACH, D., «Varieties of cooperation: the domestic institutional roots of global governance», *Review of International Studies*, vol. 36, 2010, pp. 578-580.

³⁹ Entre los posibles problemas se encuentra la aplicación de la llamada «*limited public interest objection*» (RACHOVITSA, A., «General Principles of Public Order and Morality and the Domain Name System: Whither Public International Law», *Netherlands International Law Review*, vol. 63, 2016, pp. 23-49).

⁴⁰ Sobre los casos en los que se han producido caídas de los servidores raíz y sus consecuencias, véase HART, T. y ROLLETSCHEK, G., «The challenges of regulating the Web», *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications, Information and Media*, vol. 5, 2003, p. 8.

seguida por China en relación con la ICANN constituye una demostración al respecto. Paralelamente a la afirmación de su soberanía cibernética, materializada en el control extremo que ejerce sobre el uso del ciberespacio desde su territorio y entre su población, y a pesar de haber liderado opciones distintas de gobernanza, ha optado por participar de modo activo en los trabajos de la ICANN al haber asumido las consecuencias de sus funciones desde muy diversas perspectivas⁴¹.

19. La doctrina también ha apelado a las carencias del argumento de la neutralidad con razonamientos distintos y complementarios, principalmente, los que destacan la impronta de la componente de política pública presente en este ámbito y los que cuestionan la sustitución de una «*governance of the network*» por una «*governance by the network*». En este último caso, la idea básica es que no hay que confundir ambas opciones, ni sus consecuencias⁴². En cuanto al primero, se entiende que la opción binaria entre el modelo *multistakeholder* y el multilateral «*misses the fact that while some issues such as technical protocols can be worked out between various stakeholders through a consensual process, the issues change when public policy is involved. Essentially, policy issues demand that a concept of public interest be introduced to override the sectoral interest of certain stakeholders*», porque, efectivamente, «*the key difference between governments and corporations is that the governments are accountable to their people, while corporations are answerable to their shareholders*»⁴³.

20. A pesar de su escasa justificación, la supuesta neutralidad ha servido como excipiente para facilitar la reforma y desactivar la controversia existente en el marco interestatal que, sin embargo, se ha visto exacerbada en relación con la gobernanza política. A diferencia de ella, la gobernanza tecnológica se ha organizado y fundamentado sobre parámetros no intergubernamentales.

2.3. El fundamento de la reforma

21. La reforma de la ICANN responde a dos principios básicos: *a)* se ha realizado siguiendo el modelo de participación *multistakeholder*, y *b)* ha sido dirigida y aprobada por Estados Unidos sin que se haya producido una intervención similar o equivalente por parte de otros Estados⁴⁴.

⁴¹ ARSENE, S., *loc. cit.*, nota 32, p. 25.

⁴² BRAMAN, S., «Laying the path: governance in early internet design», *Info*, vol. 15, 2013, núm. 6, pp. 64 y ss.; DENARDIS, L. y MUSIANI, F., «Governance by Infrastructures», en MUSIANI, F., COGBURN, D. L., DENARDIS, L. y LEVINSON, N. S. (eds.), *The Turn to Infrastructure in Internet Governance*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2016, p. 3; y MERRIL, K., «Domains of Control: Governance of and by the Domain Name System», *ibid.*, p. 89.

⁴³ PURKAYASTHA, P. y BAILEY, R., *loc. cit.*, nota 8, p. 113.

⁴⁴ Ruotolo, reconociendo la dudosa legitimidad de la posición de Estados Unidos en la organización de la gobernanza a través de la ICANN, plantea dos posibles explicaciones como un supuesto de ejercicio extraterritorial del poder o un sistema de administración distribuida (RUOTOLO, G. M., *loc. cit.*, nota 21, pp. 161-164).

22. a) Sin necesidad de entrar en un debate de fondo sobre su naturaleza, como explica Richard Hill, hay que reconocer que el modelo *multistakeholder* no solo no es, por definición, democrático sino que, además, diluye la influencia de instituciones públicas de representación mayoritaria y realmente democráticas⁴⁵. Ewan Sutherland advierte, asimismo, que: «*Multistakeholderism, apparently by design, is neither representative, nor accountable. It generates or contributes to change in national and international policies, treaties, laws and regulations by means of complex and often obscure processes of network governance*»⁴⁶. Sin caer en críticas extremas, pero tampoco en una versión idealista de democracias participativas, el modelo *multistakeholder* no garantiza automáticamente la representación de todos los agentes implicados, en número y en grado, ni la legitimidad de sus procedimientos y decisiones. La combinación de una diversidad de actores y de una variedad de procedimientos, por muy significativa que sea a nivel de participación, no es garantía suficiente de representatividad, legitimidad y autoridad o, en cualquier caso, no es mayor que la ofrecida por una institución pública como el Estado, ni tampoco comparable a ella.

23. b) Aun reconociendo que se trataba de modificar una institución creada conforme al Derecho estadounidense, el proceso y el resultado de la reforma de la ICANN se materializan como la decisión de un solo Estado respecto de un asunto de interés global. Por ello, debería haberse fundamentado en un consenso mayoritario en el plano internacional entre los Estados. No solo ese compromiso está ausente y se ha visto desplazado por el resultado de acuerdos informales, en marcos informales y mediante procedimientos informales, que han favorecido la opción por el modelo *multistakeholder*, sino que, además, el mínimo consenso intergubernamental existente en torno a la opción de la privatización —pero, eso sí, acompañada de medidas claras de transparencia, responsabilidad y legitimidad— no se ha visto finalmente respetado ni en los procedimientos ni, como se verá, en los resultados. En la doctrina se ha acuñado precisamente la expresión IN-LAW o *informal international lawmaking* para caracterizar ese tipo de combinado que concita la informalidad del proceso, la informalidad de los actores y la informalidad de los resultados⁴⁷.

24. Atendiendo a ambos parámetros, no resulta difícil concluir que la asociación de la comunidad *multistakeholder* ha servido a Estados Unidos

⁴⁵ HILL, R., *loc. cit.*, nota 22, p. 30. Una posición distinta puede verse en VON BERNSTOFF, J. «The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case in Point», en JOERGES, Ch., SAND, I.-J. y TEUBNER, G. (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 259.

⁴⁶ SUTHERLAND, E., *loc. cit.*, nota 23, p. 9. En el mismo sentido se manifiesta la Comisión en su Comunicación sobre «La política y la gobernanza de Internet. El papel de Europa en la configuración de la gobernanza de Internet» [COM (2014) 72 final, de 12 de febrero de 2014, pp. 6-7].

⁴⁷ PAUWELIN, J., WESSEL, R. A. y WOUTERS, J., *The Stagnation of International Law*, Working Paper Leuven Center for Global Governance Studies, 2012, núm. 97, pp. 33 y ss.; WESSEL, R. A., «Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation?», *International Organizations Law Review*, vol. 8, 2011, pp. 253-265.

para justificar la exclusión en la reforma de la ICANN de los procedimientos, las normas y los sujetos de Derecho internacional, particularmente, los Estados. No ha sido, en sentido preciso, un proceso de internacionalización, que habría requerido la presencia del resto de los sujetos internacionales, sino una especie de transnacionalización o bien, más preocupante, «*the move from a world fragmented into sovereign States to a world fragmented into specialized regimes*»⁴⁸ o, en todo caso, un inquietante tránsito de lo público a lo privado.

25. La privatización se ha considerado un hecho innegable o, incluso, irreversible en el proceso de globalización⁴⁹, donde se está manifestando como «*the privatization of authority, or the authorization of private institutions*»⁵⁰. En ese discurso, la ICANN ha llegado a ser considerada un ejemplo de equivalencia funcional entre autoridad pública y privada⁵¹, razón por la cual se entiende que ha de estar sujeta a exigencias estructurales y funcionales acordes con esa naturaleza⁵². Para Veronika Zolnerčíková, «*ICANN is an organisation that is a public rule-maker and a private company with customer oriented approach at the same time*»⁵³. En sentido similar se advierte que «*as ICANN performs functions of public trust, there is hardly an alternative to some form of public representation*», lo que supone que «*is not only in need of more transparent systems of checks and balances, but also of more transparency when it comes to filling its positions*»⁵⁴.

26. En la doctrina destacan dos aportaciones sobre ese déficit de legitimidad de la ICANN. Por una parte, Jonathan Koppel identifica cinco dimensiones concretas, «*transparency, liability, controllability, responsibility and responsiveness*», para concluir que ninguna de ellas se encuentra debidamente cubierta en esta corporación⁵⁵. En el estudio realizado por el Centro Berkman, liderado por Urs Gasser, se suprime el componente «*controllability*» y se diferencia entre tres modalidades: «*Public sphere accountability*», «*Corporate and legal accountability*» y «*Participating community accountability*»⁵⁶. En ambas aproximaciones doctrinales, el principal problema se localiza en

⁴⁸ RUOTOLO, G. M., *loc. cit.*, nota 21, p. 169.

⁴⁹ SCHÖWEL, Ch. E. J., «Whither the private in global governance?», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 2012, núm. 4, pp. 1122 y ss.; WESSEL, R. A., *loc. cit.*, nota 47, p. 263.

⁵⁰ COMPANY, B., «A Public Law Approach to Internet Standard Setting», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 7, 2016, núm. 1, p. 55.

⁵¹ *Ibid.*, p. 70.

⁵² Como explicaba Weinberg, «*ICANN's exercise of authority looked, walked, and quacked like public regulatory power. This raised a crucial hurdle for ICANN to surmount in any quest for public legitimacy [...] ICANN was unlikely to win public acceptance in democratic nations if it could not answer the charge that it was exercising policy-making authority in a way inconsistent with core democratic values*» (WEINBERG, J., «ICANN and The Problem of Legitimacy», *Duke Law Journal*, vol. 50, 2000, p. 217).

⁵³ ZOLNERČIKOVÁ, V., «ICANN: Transformation of Approach Towards Internet Governance», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 11, 2017, pp. 159 y 163.

⁵⁴ HART, T. y ROLLETSCHKE, G., *loc. cit.*, nota 40, pp. 7-8.

⁵⁵ KOPPEL, J. G. S., «Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of Multiple Accountabilities Disorder», *Public Administration Review*, vol. 65, 2005, núm. 1, p. 96.

⁵⁶ GASSER, U., BURKERT, H., PALFREY JR., J. G. y ZITTRAIN, J. L., *Accountability and Transparency at ICANN. An Independent Review*, Harvard, Berkman Center Research Publication, 2010-13.

el funcionamiento del organigrama institucional y en las carencias de los mecanismos de exigencia de responsabilidad, que son precisamente el objeto principal de la reforma de la ICANN⁵⁷.

3. EL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REFORMA

27. Dentro del amplio y complejo entramado normativo que supone la reforma de 2016, el núcleo esencial de la misma desde una perspectiva jurídico-institucional se encuentra en los Estatutos de la ICANN que están dedicados, prácticamente en su totalidad, al modelo institucional y de responsabilidad de esta corporación⁵⁸. Para determinar si son la respuesta a su déficit de legitimidad, en este apartado se consideran sus disposiciones en el plano institucional (3.1) y en materia de responsabilidad (3.2).

Es importante subrayar que, aunque pueda resultar en apariencia descriptivo, en realidad, es un análisis constructivo realizado sobre la base de la muy extensa, compleja y dispersa normativa existente sobre ambos extremos, que dista mucho de ofrecer una panorámica clara y comprensiva de su régimen jurídico. Una crítica general que merece la reforma atiende precisamente a la complejidad y la escasa transparencia de sus disposiciones. Ni el modelo institucional, ni el sistema de responsabilidad son fácilmente aprehensibles, siguiendo esas disposiciones, pero su comprensión es básica para articular el discurso de la legitimidad.

3.1. El modelo institucional

28. El modelo institucional de la ICANN es, efectivamente, el paradigma de la complejidad. Diseñado con la intención de integrar, representándola, al conjunto de la comunidad *multistakeholder*⁵⁹, el resultado final plantea serios interrogantes sobre su capacidad a esos efectos, su operatividad funcional y su propia legitimidad.

3.1.1. Estructura orgánica

29. Junto con el presidente, el secretario y el director financiero (art. 15), la ICANN cuenta con tres órganos principales, tres organizaciones de apo-

⁵⁷ Koppel identifica el problema de fondo cuando afirma que: «*The lack of specificity regarding the meaning of accountability can undermine an organisation's performance. First, the organization may attempt to be accountable in the wrong sense. Second, and perhaps worse, an organisation may try to be accountable in every sense. Organisations trying to meet conflicting expectations are likely to be dysfunctional, pleasing no one while trying to please everyone. Ironically, this may include failures of accountability -in every sense imaginable*» (KOPPEL, J. G. S., *loc. cit.*, nota 55, pp. 95-96).

⁵⁸ <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>.

⁵⁹ RAYMOND, M. y DENARDIS, L., «Multistakeholderism: anatomy of an inchoate global institution», *International Theory*, vol. 7, 2015, pp. 572-616.

yo, cuatro comités asesores y una serie de comités y órganos adicionales de distinta naturaleza entre los que destacan el Grupo de Enlace Técnico y el Comité Permanente del Cliente.

30. Los órganos principales de la ICANN son: la *Empowered Community* (EC)⁶⁰, que cuenta con capacidad jurídica propia⁶¹; la Junta de Directores como órgano decisorio y ejecutivo principal (art. 2, Sección 2.1)⁶²; y el Comité de Nominaciones que tiene como función principal designar a ocho directores de la Junta y a los dos directores del *Public Technical Identifiers* (PTI)⁶³, así como realizar las demás selecciones previstas en los Estatutos (art. 8).

31. Las Organizaciones de Apoyo son tres: la Organización de Apoyo para Direcciones (ASO), que tiene asignada la misión de asesorar a la Junta sobre políticas relacionadas con la operación, asignación y administración de direcciones de Internet (art. 9)⁶⁴; la Organización de Apoyo para Nombres de Dominio con Código de País (ccNSO), que se ocupa de elaborar y recomendar políticas globales relativas a los nombres de dominio de nivel superior con código de país (ccTLD)⁶⁵; y la Organización de Apoyo para Nombres Genéricos (GNSO) que cumple una función similar respecto de las políticas sustantivas sobre dominios genéricos de nivel superior (TLD)⁶⁶.

32. Los Comités Asesores, regulados en el art. 12, son diferentes entre sí en cuanto a su naturaleza y funcionamiento, pero tienen en común que carecen de autoridad para actuar en nombre o por cuenta de la ICANN. Son

⁶⁰ La EC se constituye siguiendo la legislación del estado de California, con capacidad jurídica propia, incluida la legitimación activa ante cualquier tribunal con jurisdicción sobre la ICANN. Está regulada en el art. 6 de los Estatutos donde se define como una asociación sin ánimo de lucro formada por la ASO, la ccNSO, la GNSO, el ALC y el GAC, esto es, las tres Organizaciones de Apoyo y los dos Comités Asesores de corte político.

⁶¹ La EC tiene atribuidas funciones generales similares a las que podría tener la asamblea de una organización en materia normativa, presupuestaria y de control. Pero esa similitud es meramente material respecto de la tipología, porque no tienen el mismo alcance, jurídicamente. Excepcionalmente el caso de su actividad de control, sus atribuciones se acercan más a una capacidad de veto mediante su rechazo a una propuesta que a una capacidad normativa o presupuestaria en sentido preciso.

⁶² La Junta está formada por 16 directores con derecho a voto y cuatro enlaces, carentes del mismo, designados por el GAC, el SSAC, el RSSAC y el *Internet Engineering Task Force* (IETF). El presidente de ICANN ejerce también como director (art. 7).

⁶³ <https://pti.icann.org/>.

⁶⁴ La ASO se constituye mediante el *Memorandum of Understanding* celebrado el 21 de octubre de 2004 entre la ICANN y la *Number Resource Organization* (NRO), donde están organizados los cinco Registros Regionales de Internet (RIR). Los RIR son organizaciones sin ánimo de lucro que administran y registran el espacio de las direcciones IP en cada región y desarrollan sus propias políticas regionales de asignación de recursos numéricos mediante un sistema abierto, integral y basado en el consenso. Véase KUERBIS, B. y MUELLER, M. L., *loc. cit.*, nota 34, p. 125.

⁶⁵ La ccNSO está compuesta por los administradores de los ccTLD que han aceptado por escrito ser miembros de la ccNSO dentro de cada Región Geográfica de ICANN y por el propio Consejo ccNSO, que es el responsable de la gestión del proceso de desarrollo de las políticas de la ccNSO (art. 10.2).

⁶⁶ La GNSO está integrada por un número de circunscripciones denominadas *Constituencies*, cuatro grupos *multistakeholder*, dos Cámaras y un Consejo GNSO, responsable de la gestión de las políticas de la GNSO (art. 11.2). El Consejo GNSO se organiza mediante una estructura bicameral formada por la Cámara de Partes Contratadas y una Cámara de Partes No Contratadas. Véase BRUEN, G., «Our Internet Infrastructure at Risk», en JAKOBSSON, M., *The Death of the Internet*, Nueva Jersey, IEEE Press, 2012, p. 96.

cuatro: el Comité Asesor Gubernamental (GAC), competente en materia de interés público o gubernamental; el Comité Asesor At-Large (ALAC) que representa a los usuarios individuales de Internet⁶⁷; el Comité Asesor de Seguridad y Estabilidad (SSAC), competente en los asuntos relativos a la seguridad y la integridad de los sistemas de asignación de nombres y direcciones de Internet; y el Comité Asesor de Sistema de Servidores Raíz (RSSAC) que asesora sobre las cuestiones relativas al funcionamiento, administración, seguridad e integridad del Sistema de Servidores Raíz de Internet [art. 12.2.c)].

3.1.2. *Naturaleza y funcionamiento*

33. El modelo institucional de la ICANN es original, además de complejo⁶⁸. En una primera aproximación, parece responder a esa voluntad de representación del conjunto de los componentes de la comunidad *multistakeholder* que inspira la reforma. Sin embargo, un análisis más detallado permite advertir que, bajo esa apariencia, se esconden no pocas disfunciones.

a) *Organigrama general*

34. En la estructura general de la ICANN, la presencia de la Junta de Directores y de la EC puede hacer pensar, desde una perspectiva funcional, en una combinación *sui generis* de órganos ejecutivo y asambleario. Esa posibilidad, que toma como referencia ineludible los modelos preexistentes de organización del poder, no encuentra apoyo desde el punto de vista orgánico que es el que, en definitiva, otorga alcance y significado a la división funcional. Orgánicamente, no hay una verdadera estructura de distribución del poder, ni tampoco de representación igualitaria de los distintos componentes de la comunidad *multistakeholder*, como consecuencia de la coincidencia efectiva, aunque no resulte suficientemente visible, entre miembros de la EC, la Junta y el Comité de Nominaciones⁶⁹. Esa situación acaba afectando a la posición real de cada uno de los componentes del sistema.

35. Los miembros de la EC coinciden mayoritariamente con los de la Junta de Directores⁷⁰. Pero, por su distinta representación en esa Junta, la situación de los miembros de la EC no es equiparable, ni se encuentran en una situación de igualdad como miembros de ella, porque en el caso del GAC se limita a un enlace sin derecho a voto, mientras que los demás tienen direc-

⁶⁷ El ALAC está compuesto por dos miembros seleccionados por cada una de las Organizaciones Regionales At-Large (RALOs) y cinco miembros designados por el Comité de Nominaciones. En cada Región Geográfica hay una RALO que sirve como foro principal de coordinación.

⁶⁸ NICHOLLS, T., *loc. cit.*, nota 3, p. 465.

⁶⁹ PAUWELIN, J., WESSEL, R. A. y WOUTERS, J., *op. cit.*, nota 47, p. 12.

⁷⁰ Mientras que en la primera están la ASO, la ccNSO, la GNSO, el GAC y el ALAC, la Junta cuenta con dos directores por parte de la ASO, dos por la ccNSO, dos por la GNSO, uno por el ALAC y un enlace por parte del GAC.

tores con derecho a voto. La situación es similar respecto del Comité de Nominaciones donde el ALAC tiene cinco delegados votantes, la GNSO cuenta con siete y el Consejo de la ccNSO, el Consejo de la ASO y el IETF disponen de uno cada uno, mientras que nuevamente el GAC está representado con un enlace. Por su parte, el Comité de Nominaciones designa a ocho directores de la Junta y la Junta a los tres presidentes del Comité. Este Comité nombra a tres miembros del Consejo ccNSO de un total de seis con derecho a voto, mientras que el Consejo ccNSO cuenta con un delegado votante en el Comité de Nominaciones. Para terminar, el ALAC tiene cinco delegados votantes en el Comité de Nominaciones, mientras que este designa a cinco miembros del ALAC⁷¹.

36. En consecuencia, hay una diferencia apreciable entre el estatuto efectivo de los diferentes componentes del sistema. En primer lugar, destacan la GNSO y el ALAC con dos directores en la Junta y siete delegados votantes en el Comité de Nominaciones y con un director y cinco delegados votantes, respectivamente. En segundo término, se encuentran la ASO y la ccNSO con dos directores y con un delegado votante cada una. En último lugar, el GAC solo tiene reconocido un enlace sin derecho a voto en la Junta y en el Comité de Nominaciones. La situación real como miembros de la EC de la GNSO, la ASO, la ccNSO, el ALAC y el GAC no es equiparable, como tampoco lo es su presencia en el conjunto del sistema a través de su representación en la Junta de Directores y en el Comité de Nominaciones.

b) *Estatuto de la Organización de Apoyo*

37. Las Organizaciones de Apoyo no tienen un fundamento, composición, naturaleza o funciones similares que justifiquen la autonomía conceptual de esta categoría, ni que permitan apreciar con claridad su posición y funciones dentro de la ICANN. Tienen en común el hecho de ser miembros de la EC y participar en el nombramiento de los miembros de la Junta con dos directores cada una. Pero esa limitada afinidad orgánica se rompe en dos aspectos especialmente relevantes: por una parte, el fundamento y la composición misma de las Organizaciones de Apoyo, que ponen de manifiesto la naturaleza heterogénea de esta categoría⁷²; y, por otra, la participación diferenciada de cada una de ellas en el Comité de Nominaciones que traduce un diferente grado de influencia⁷³.

⁷¹ Una interesante propuesta de organización se encuentra en COGLIANESE, C., «Weak Democracy, Strong Information: The Role of Information Technology in the Rulemaking Process», en MAYER-SCHÖNBERGER, V. y LAZER, D., *Governance and Information Technology: From Electronic Government to Information Government*, Cambridge, MIT Press, 2014, pp. 107 y ss.

⁷² La ASO está formada por los RIR (art. 9.2). La ccNSO está integrada por administradores de los ccTLD y por el propio Consejo ccNSO (art. 10.3). Por su parte, la GNSO está formada por circunscripciones, grupos *multistakeholder*, dos Cámaras y un Consejo GNSO.

⁷³ La GNSO cuenta con siete delegados votantes, mientras que son los Consejos de la ccNSO y de la ASO quienes tienen atribuida la designación de un único delegado votante por parte de cada uno de

38. En definitiva, la apariencia de un estatuto similar encierra situaciones diferentes que, incluso, si hubiesen de estar justificadas, hacen muy poco o nada en favor de la comprensión y la transparencia del sistema⁷⁴.

c) *Estatuto del Comité Asesor*

39. El término «comité» tampoco es una categoría homogénea en el marco de la ICANN⁷⁵. Los Comités Asesores comparten entre sí poco más que el nombre. El GAC y el ALAC responden a un perfil político, mientras que el del SSAC y el RSSAC es técnico. Esta combinación no tendría quizá mayor importancia si se prescindiera del hecho de que el GAC representa a los Gobiernos y el ALAC a la comunidad de usuarios, esto es, son los órganos en los que se puede apoyar la legitimidad del sistema, en su conjunto, que acaban compartiendo una condición jurídica relativamente indefinida con órganos estrictamente técnicos. Pero, además, tanto el GAC como el ALAC forman parte de la EC de la que están excluidos los técnicos. Para terminar, el proceso de designación de los componentes de estos comités es también diferente⁷⁶.

40. El problema principal en este caso deriva, en particular, del desigual estatuto asignado a los comités políticos. Ambos forman parte de la EC y participan en la Junta y en el Comité de Nominaciones. Pero, bajo esa aparente similitud orgánica, las diferencias entre ellos son apreciables. Mientras el GAC designa un enlace sin derecho a voto en la Junta, al ALAC le corresponde un director con derecho a voto. Mientras el GAC cuenta con un enlace en el Comité de Nominaciones, el ALAC dispone de cinco delegados votantes. A ello se suma el hecho de que las disposiciones del Estatuto atribuyen funciones más amplias al ALAC y materialmente más restringidas al GAC. En realidad, el GAC no dispone de la misma autoridad institucional que el ALAC dentro del sistema y, desde luego, no es la que debería corresponder al órgano de representación de Gobiernos y autoridades públicas⁷⁷. Merece, por diversos motivos, una atención especial.

ellos. La importancia de este aspecto reside en el hecho de que el Comité de Nominaciones nombra a ocho directores de la Junta, así como a los dos directores del PTI. Al estar desigualmente representados en el Comité de Nominaciones, también lo están indirectamente en la propia Junta de Directores. Aunque cada una cuenta con la posibilidad de designar dos directores en dicha Junta, la GNSO dispone de siete delegados votantes, dentro de los 15 del Comité de Nominaciones que tienen derecho a voto, mientras que el Consejo de la ccNSO y de la ASO solo cuentan con un voto cada uno.

⁷⁴ Véase MCCARTHY, D. R. y FLUCK, M., «The concept of transparency in International Relations: Towards a Critical Approach», *European Journal of International Relations*, vol. 23, 2017, núm. 2, pp. 416-440.

⁷⁵ El Comité de Nominaciones tiene un estatuto diferente al de los Comités Asesores, al igual que ocurre con los comités creados por la Junta y entre ellos. Existen, también, diferencias apreciables entre los propios Comités Asesores.

⁷⁶ Los miembros del SSAC y del RSAAC son designados por la Junta, mientras que en el GAC son acreditados por Gobiernos y organizaciones y en el ALAC son decididos por las RALOs y el Comité de Nominaciones.

⁷⁷ Sobre la evolución de la situación de los Gobiernos en los nuevos modelos de gobernanza, véase KAHLER, M., «Complex governance and the new interdependence approach (NIA)», *Review of International Political Economy*, vol. 23, 2016, núm. 5, pp. 825-839.

d) *La situación del GAC*

41. El estatuto del GAC dentro de la ICANN ha sido una preocupación compartida por Estados y organizaciones internacionales desde antes de la reforma⁷⁸. Hay dos motivos principales: por una parte, el número insuficiente de países y organizaciones que forma parte del mismo; y, por otra, la función meramente consultiva que tiene asignada⁷⁹. La OSCE⁸⁰, el Consejo de Europa⁸¹ y la UE⁸² han sido particularmente insistentes en la exigencia de que la necesaria vigilancia pública de la ICANN debería ejercerse con carácter multilateral y, en primera instancia, a través del GAC⁸³. Tras la reforma, siguiendo lo previsto en el art. 12.2.a), el GAC está abierto a todos los Gobiernos nacionales y también a las denominadas «*Distinct Economies as recognized in international fora, and multinational governmental organizations and treaty organizations*». No es una formulación precisamente correcta para la composición del órgano que representa a la autoridad pública⁸⁴, como tampoco lo son sus funciones.

42. La función de asesoramiento del GAC se concreta en los siguientes aspectos: a) la Junta notificará al GAC «*any proposal raising public policy issues on which it or any of the Supporting Organizations or Advisory Committees seeks public comment, and shall take duly into account any timely response to that notification prior to taking action*» [art. 12.2.a)viii)], y b) el GAC puede presentar asuntos a la Junta, directamente como comentario o como asesoramiento previo o mediante recomendaciones específicas o nuevas políticas o revisión de las existentes.

43. La fórmula utilizada en el apdo. viii) del art. 12.2.a) no es un ejemplo de precisión. El apdo. x) de la misma disposición reitera que la opinión del GAC será tenida en cuenta en la formulación y adopción de políticas asociando dos consecuencias principales a esa afirmación. La primera es que, en caso de que la Junta se aparte de la posición mantenida por este órgano, debe informar al GAC y explicar los motivos. La segunda, algo más relevante, implica que una decisión del GAC aprobada por consenso general, sin obje-

⁷⁸ En su Comunicación de 2009, la Comisión subraya que «persiste una legítima inquietud sobre si el asesoramiento de una empresa privada por un comité intergubernamental constituye un mecanismo adecuado y efectivo para que los gobiernos puedan ejercer sus responsabilidades en materia de política pública» [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, p. 8].

⁷⁹ PAGALLO, U., «The Realignment of the Sources of the Law and their Meaning in an Information Society», *Philosophy & Technology*, vol. 28, 2015, núm. 1, pp. 62 y ss.

⁸⁰ <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>.

⁸¹ [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl\(03.06.2015\)2&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl(03.06.2015)2&direct=true).

⁸² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:si0012>.

⁸³ Véanse CHRISTOU, G. y SIMPSON, S., «Shaping the global communications milieu: The EU's influence on Internet and telecommunications governance», *Comparative European Politics*, vol. 12, 2014, núm. 1, pp. 67 y ss.; NICHOLLS, T., *loc. cit.*, nota 3, p. 464.

⁸⁴ Sobre la necesidad de dotar de mayor legitimidad a la ICANN mejorando la posición institucional del GAC o reemplazándolo por un Consejo Internacional de Internet, véase EPSTEIN, D., *loc. cit.*, nota 23, pp. 144 y ss.

ción formal, esto es, el denominado *GAC Consensus Advice*, solo puede ser rechazada por un voto no inferior al 60 por 100 de la Junta. En ese supuesto, el GAC y la Junta intentarán de buena fe, en tiempo oportuno y de manera eficiente, encontrar una solución mutuamente aceptable. Si no se llega a un acuerdo, la Junta explicará en su decisión las razones por las que se ha apartado de la opinión del GAC «*and such statement will be without prejudice to the rights or obligations of Governmental Advisory Committee members with regard to public policy issues falling within their responsibilities*» [art. 12.2.a) xi)]. Sin entrar en la ambigüedad y complejidad de esta formulación y en sus consecuencias⁸⁵, en realidad, la garantía última que otorga un peso relativo al GAC se encuentra en la exigencia de un voto cualificado en el 60 por 100 para rechazar una decisión suya, siempre que haya sido aprobada por consenso general, y la obligación de comportamiento consistente en buscar una solución mutuamente aceptable con la Junta de Directores.

44. Junto a lo anterior, el mecanismo del Asesoramiento Especializado Externo en relación con las denominadas materias de política pública supone un cierto reconocimiento del papel del GAC. Este simbólico protagonismo respecto de los asuntos de política pública es la única diferencia en relación con el procedimiento común aplicable al resto de las materias porque el asesoramiento, que habrá de realizarse por escrito, no es vinculante, sino que tiene un carácter meramente consultivo dirigido a ampliar la información a disposición de la ICANN para el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el resto de los Organizaciones de Apoyo y Comités Asesores pueden pronunciarse sobre el mismo antes de la decisión de la Junta⁸⁶. La existencia de ambos procedimientos plantea, desde otra perspectiva, una cuestión de interés porque la opción por uno y otro, esto es, la calificación del asesoramiento como ámbitos de política pública o no, a efectos de su tramitación, va a depender en principio de la Junta y será definitiva si concita el acuerdo del 60 por 100 suficiente para rechazar una opinión contraria del GAC que, además, en su caso, requiere ser adoptada por consenso general⁸⁷.

45. En definitiva, ni las atribuciones del GAC en materias de política pública, ni su posición institucional y respecto del resto de los órganos como el ALAC, ni siquiera las fórmulas utilizadas para definir su composición y funciones, permiten una conclusión positiva sobre su estatuto. No es un órgano con la presencia y las atribuciones de las Organizaciones de Apoyo, ni tampoco con las prerrogativas del ALAC, en particular, en la determinación de la composición de otros órganos.

⁸⁵ Véanse BRADSHAW, S. y DENARDIS, L., «The Politicization of the Internet's Domain Name System: Implications for Internet security, universality, and freedom», *New Media & Society*, 2016, pp. 1-19; WEITZENBOECK, E. M., *loc. cit.*, nota 6, p. 49.

⁸⁶ Sobre las diferentes atribuciones e interacciones orgánicas, véase el Comunicado del GAC de la reunión de San Juan de Puerto Rico de 15 de marzo de 2018 en https://gac.icann.org/advice/communications/public/20180315_icann61%20gac%20communique_final.pdf.

⁸⁷ Sobre las consecuencias de este requisito, y abundando en el papel de Estados Unidos, puede verse el caso *.Amazon* en <https://www.cfr.org/blog/case-amazon-and-what-it-means-icann>.

46. Esta situación puede acarrear no pocos problemas de corte teórico y práctico⁸⁸. Con carácter general, el interés de los usuarios representado por el ALAC va a prevalecer sobre el interés público cuya defensa se encomienda al GAC, ya que solo el primero tiene representación con voto en los demás órganos en los que participa sin contar, para ello, con la autoridad y legitimidad de la representación pública que asume el GAC⁸⁹. Un problema adicional, y no menor, estriba en que, precisamente, el estatuto del GAC dentro de la ICANN había de ser la respuesta a la inquietud generalizada sobre el papel de los Estados en la gobernanza tecnológica del ciberespacio⁹⁰. Esa preocupación se comparte tanto por quienes habían defendido el recurso, a esos efectos, al modelo convencional de organización internacional⁹¹, como por quienes habían apostado por el sistema *multistakeholder*, pero incluyendo dentro del mismo una adecuada representación intergubernamental⁹². Esta exigencia no solo era una contraprestación lógica frente a quienes se habían conformado con la exclusión del modelo de organización internacional sino que, de haberse satisfecho, habría servido como componente legitimador del sistema en su conjunto⁹³.

3.2. El modelo de responsabilidad

47. La defensa del modelo de gestión *multistakeholder* de la ICANN por parte de Estados y organizaciones internacionales ha estado siempre condicionada, como se ha visto en la primera sección, al establecimiento de mecanismos efectivos de responsabilidad y rendición de cuentas⁹⁴. Ello se explica también porque esta corporación ha llegado a ser calificada como el paradigma del fenómeno denominado *Multiple Accountability Disorder* (MAD)⁹⁵. Con

⁸⁸ LEWIS, J. A., *loc. cit.*, nota 27, p. 58.

⁸⁹ RACHOVITSA, A., *loc. cit.*, nota 39, p. 23.

⁹⁰ YANNAKOGEORGOS, P. A., «Internet Governance and National Security», *Strategic Studies Quarterly*, 2012, pp. 102 y ss.; DRAKE, W. J. (ed.), *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance*, Nueva York, Naciones Unidas, 2005; MUELLER, M., *The IANA Transition and the Role of Governments in Internet Governance*, IP JUSTICE JOURNAL: Internet Governance and Online Freedom Publication Series, 2015.

⁹¹ <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf>.

⁹² PIGONI, L., «Internet Governance: Time for an Update», *CSS Analyses in Security Policy*, noviembre de 2014, núm. 163; LEWIS, J. A., «Internet Governance: Inevitable Transitions», *Internet Governance Papers*, 2013, núm. 1; ÜLGEN, S., *Governing Cyberspace. A Road Map for Transatlantic Leadership*, Washington, Carnegie Europe, 2016, pp. 37 y ss.; MULLER, M. L., *Networks and States. The Global Politic of Internet Governance*, The MIT Press, 2010, pp. 55 y ss.; NYE, J. S., *The Regime Complex For Managing Global Cyber Activities*, Harvard Kennedy School, Belfer Center for Science and International Affairs, noviembre de 2014, pp. 4 y ss.

⁹³ [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl\(03.06.2015\)2&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl(03.06.2015)2&direct=true). Véanse RACHOVITSA, A., *loc. cit.*, nota 39, p. 23; FISCHER-LESCANO, A., «Struggles for a global Internet constitution: protecting global communication structures against surveillance measures», *Global Constitutionalism*, vol. 5, 2016, núm. 2, p. 162.

⁹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «La gobernanza de Internet: los próximos pasos» [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, p. 8].

⁹⁵ KOPPELL, J. G. S., *loc. cit.*, nota 55, pp. 95-96.

el objetivo de superar esa situación, los arts. 3 y 4 de los Estatutos se dedican a la transparencia y la responsabilidad. Además de los procedimientos ordinarios de control⁹⁶ y el procedimiento de revisión interna, el principal expediente a esos efectos es el Procedimiento de Revisión Independiente regulado (IRP) en el art. 4.3. Pero el IRP es extremadamente complejo desde una perspectiva material y orgánica, así como por su naturaleza. Una vez más, su explicación requiere un análisis constructivo más que descriptivo.

3.2.1. *La dimensión normativa material*

48. La normativa reguladora del IRP es muy extensa y dispersa⁹⁷. Ello se traduce, en particular, en una falta de transparencia que en poco o en nada contribuye al objetivo de mejora de la responsabilidad de la ICANN.

49. Las normas que intervienen en este procedimiento —además de las propias Actas Constitutivas y los Estatutos de la ICANN, cuya violación justifica el recurso al IRP— son las siguientes: *a)* el art. 4.3, desde el apdo. *a)* hasta el apdo. *y)*; *b)* los denominados «Propósitos del IRP», establecidos pormenorizadamente en el art. 4.3.*a)*, que han de informar del conjunto de este procedimiento; *c)* las «Reglas de Procedimiento del IRP», elaboradas por el Equipo de Supervisión de la Aplicación del IRP, en consulta con el *Standing Panel*, que deben estar adaptadas a las normas arbitrales internacionales y ser conformes con los Propósitos del IRP [art. 4.3.*n)*]; *d)* las normas de Derecho aplicable —sin especificación adicional respecto de su contenido— y la jurisprudencia previa y relevante de otros IRP [art. 4.3.*g)* e *i)*]; *e)* las «normas internacionales de arbitraje aplicables en cualquier tribunal con jurisdicción» [art. 4.3.*a)*], que es una referencia tan genérica como imprecisa, capacitada para generar una considerable inseguridad jurídica, y *f)* las Reglas del *IRP Provider*, regulado en el apdo. *m)* del art. 4.3, que se utilizan para nombrar al tercer miembro del Panel IRP en caso de desacuerdo entre los panelistas en virtud de lo dispuesto en el apdo. *k)* de esta disposición.

50. Esta relación de normas aplicables al IRP no solo es amplia y complicada en sí misma sino, también, por la remisión que hace a conjuntos normativos externos, particularmente, en los apdos. *a)*, *g)* o *i)* del art. 4.3. Ambas circunstancias impiden realizar una valoración positiva del IRP desde esta perspectiva.

3.2.2. *La dimensión orgánica*

51. Este procedimiento cuenta con la participación de diversos órganos definidos en el art. 4.3 de los Estatutos, que son los siguientes: *a)* el Panel

⁹⁶ En esta categoría se encuentran la revisión periódica, las revisiones específicas y la mediación de la comunidad, además de la revisión anual y la figura del Defensor del Pueblo.

⁹⁷ WEITZENBOECK, E. M., *loc. cit.*, nota 6, p. 62.

IRP está formado, de conformidad con lo previsto en el art. 4.3.k), por tres miembros seleccionados del *Standing Panel*, uno por parte del demandante, otro por parte de ICANN y un tercero designado por estos dos panelistas; b) el *Standing Panel* está compuesto de, al menos, siete miembros dotados de conocimientos jurídicos relevantes en Derecho internacional, gobernanza empresarial, sistemas judiciales, resolución de controversias y/o arbitraje [art. 4.3.j)] y con conocimientos y experiencia sobre la ICANN y el DNS; c) el *IRP Implementation Oversight Team*, previsto en el art. 4.3.n), está formado por miembros de la comunidad global de Internet designados mediante consulta a las Organizaciones de Apoyo y a los Comités Asesores, y d) el Proveedor IRP funciona con independencia respecto de ICANN y se ocupa de recibir y distribuir las reclamaciones, las respuestas y la documentación [art. 4.3.n) y o)].

52. En apariencia, la estructura diseñada en este modelo de responsabilidad no debería plantear problemas. La presencia de esos cuatro componentes habría de servir para garantizar la distribución de funciones que debe caracterizar un modelo legítimo y responsable de funcionamiento. Surgen, sin embargo, ciertas dudas al respecto si se presta atención a algunos datos. Por un lado, las Organizaciones de Apoyo y los Comités Asesores participan de un modo u otro, en ambos casos, en la elección de los miembros del *Standing Panel* y del *IRP Implementation Oversight Team*. Por otra parte, la Junta ha de confirmar la elección realizada por ellos en el caso del *Standing Panel*, pero en la Junta se encuentran, también, los representantes de esos mismos órganos aunque con un número de miembros y un estatuto diferente. A la postre, los mejor representados en la Junta tendrán mayores opciones de ver avaladas sus decisiones en la fase previa, condicionando con ello el desarrollo de la misma y mostrando que, en realidad, un mecanismo de selección formalmente neutro no llega a serlo tanto en el fondo. Incluso, los diferentes requisitos exigidos para los miembros del Panel IRP y del *Standing Panel* resultan injustificados teniendo en cuenta que los primeros son seleccionados del segundo⁹⁸. Nuevamente, marca su impronta la complejidad y la escasa transparencia del modelo sumadas, y esto es aún más preocupante, a la ausencia de un verdadero mecanismo de control externo.

3.2.3. *La naturaleza del IRP*

53. El art. 4.3.x) establece que el IRP es un proceso de arbitraje definitivo y vinculante, de manera que las decisiones del Panel IRP, salvo en caso de apelación, y del *Standing Panel* son decisiones vinculantes y se consideran ejecutables ante cualquier tribunal con jurisdicción sobre la ICANN⁹⁹, sin

⁹⁸ Sobre la naturaleza de los paneles, véase POLLICINO, O. y BASSINI, M., *Internet Law in the Era of Transnational Law*, Florencia, EUI Working Paper RSCAS, 2011, pp. 24 y ss.

⁹⁹ ZOLNERČIKOVÁ, V., *loc. cit.*, nota 53, pp. 170-171.

necesidad de una nueva revisión respecto de los hechos o las conclusiones jurídicas¹⁰⁰.

54. En esta disposición, la ICANN consiente expresamente en obligarse por las decisiones de los paneles IRP. Pero está previsto que si la Junta rechaza una decisión del Panel IRP sin apelar o rechaza una decisión del *Standing Panel*, el reclamante podrá acudir a la jurisdicción competente para su ejecución. La previsión misma de que puede rechazar la decisión del Panel IRP es, ciertamente, una forma extraña de entender la aceptación de la obligatoriedad por parte de la ICANN¹⁰¹. La cuestión es que, si acepta obligarse por las decisiones de los paneles, no puede tener la opción de rechazarlos, aunque ello abra la vía de recurso para su ejecución.

55. Por su parte, cuando somete su reclamación a un Panel IRP, el reclamante acepta que la decisión del IRP tiene la intención de ser una decisión final y vinculante de arbitraje. Pero si el demandante no consiente con ello, puede iniciar un IRP no vinculante, siempre y cuando la ICANN también esté conforme. En ese supuesto, la decisión de IRP no será vinculante. El problema de esta opción estriba en la posibilidad de que se recurra a ella para comprobar, sin comprometerse, la viabilidad de una reclamación. En caso de obtener satisfacción, lógicamente, se decidiría utilizar la vía del procedimiento vinculante y no ocurriría así en caso contrario. No es, desde luego, una opción recomendable desde el punto de vista jurídico.

4. CONCLUSIONES

56. A pesar de la importancia de sus funciones, la ICANN sigue siendo una institución escasamente conocida y valorada en el marco académico¹⁰² e, incluso, institucional¹⁰³. No ha de extrañar que su reforma, habiendo suscitado un enconado debate político en el marco internacional, se haya sustanciado en apenas dos años y, cercano ya también su segundo aniversario¹⁰⁴, no haya justificado los necesarios estudios críticos en sede doctrinal.

57. La reforma de la ICANN es un proceso dirigido por Estados Unidos, en un contexto internacional marcado por el disenso político-institucional,

¹⁰⁰ No es una previsión exenta de controversia. La Comisión ya había indicado que la estructura de la ICANN y su constitución al amparo del Derecho de California planteaban serios problemas, en particular, en cuanto a litigios sobre la legislación y la jurisdicción aplicables [COM (2009) 277, final, de 18 de junio de 2009, p. 8].

¹⁰¹ Puede verse el caso *Africa gLTD* en <https://www.icann.org/news/announcement-3-2017-02-09-en>.

¹⁰² PERNICE, I., «Global cybersecurity governance: A constitutionalist analysis», *Global Constitutionalism*, vol. 7, 2018, p. 133.

¹⁰³ Un año después de la reforma de la ICANN, en una Comunicación de la Comisión se menciona a la IANA en lugar de la ICANN y se prescinde de la existencia, en lugar de aquella, del PTI [Anexo a la Comunicación de la Comisión «Sacar el máximo partido a la SRI», COM (2017) 476 final, 4 de octubre de 2017, pp. 22-23].

¹⁰⁴ En octubre de 2018, con ocasión del mismo, la reunión de la ICANN se celebrará en Barcelona (<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2018/refc20180209.aspx#icann>).

con la finalidad de controlar exactamente su resultado que es la privatización de la gobernanza tecnológica y no en sentido preciso su internacionalización, porque mantiene su naturaleza originaria más allá de los cambios operativos en el ejercicio de las funciones de la IANA a través del PTI. Las dudas sobre la legitimidad de su actuación se suman a las que plantea ese resultado en la medida en que la reforma realizada no responde a las condiciones formuladas por la mayoría de los Estados y organizaciones internacionales en cuanto a la garantía de un estatuto intergubernamental equivalente o igual y en relación con la habilitación de mecanismos de transparencia y responsabilidad¹⁰⁵. No hay que olvidar que la opción de la privatización era aceptada —y no por la totalidad de los interlocutores— siempre y cuando se cumplieren esas condiciones. Ni, tampoco, que finalmente la ICANN sigue siendo una corporación constituida de conformidad con la legislación del estado de California¹⁰⁶, lo que supone estar sometida a la jurisdicción estadounidense, carecer de las inmunidades y privilegios característicos de las organizaciones internacionales y no contar con suficientes garantías de objetividad e imparcialidad en su relación con entidades estadounidenses o extranjeras¹⁰⁷; características todas ellas suficientemente definitorias de su personalidad jurídica. A pesar de su filosofía *multistakeholder*, no refleja en su composición, estructura y funcionamiento la diversidad global. En su lugar, sacraliza la preeminencia tecnológica y económica del Estado bajo cuyo ordenamiento jurídico está constituida¹⁰⁸. El modelo institucional y de responsabilidad confirman esta situación.

58. El análisis del diseño institucional de la ICANN resultante de la reforma permite extraer algunas conclusiones. En una primera panorámica del sistema, orgánicamente, se identifica una estructura amplia y representativa con tres órganos principales —EC, Junta y Comité de Nominaciones— tres Organizaciones de Apoyo y cuatro Comités Asesores. La situación no es exactamente así. Los tres órganos principales se nutren de los demás y, además, el modo de hacerlo en cada caso afecta al estatuto de cada elemento del sistema y a su posición como componente del mismo y, en particular, de la EC. La naturaleza de los órganos no solo no es homogénea como partes integrantes de un mismo sistema —o, incluso, dentro de la misma categoría como Organizaciones de Apoyo o Comités Asesores— sino que se ve, además, condicionada, por la representación que se otorga a cada uno de ellos dentro de los órganos principales. La relación de independencia característica de un sistema de reparto de poder no es efectiva, ni la representatividad del sistema es real. Tras la apariencia de un modelo de poder organizado y representativo,

¹⁰⁵ Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de febrero de 2015 sobre la renovación del mandato del Foro para la Gobernanza de Internet (DO C 310, de 25 de agosto de 2016, pp. 12-14).

¹⁰⁶ En realidad: «*Cosmetic changes to existing institutions will not do. Deep-rooted changes are required, the kind of changes that will expand democracy and social and economic justice, preserve the right of people as well as the sovereign rights of countries, and ensure that the Internet is used for peace - not war*» (PURKAYASTHA, P. y BAILEY, R., *loc. cit.*, nota 8, p. 125).

¹⁰⁷ KUERBIS, B. y MUELLER, M. L., *loc. cit.*, nota 34, p. 125; LEWIS, J. A., *loc. cit.*, nota 27, p. 58.

¹⁰⁸ PURKAYASTHA, P. y BAILEY, R., *loc. cit.*, nota 8, pp. 110 y ss.

hay una realidad distinta porque no es igual la situación de la GNSO que la de la ccNSO, como tampoco lo es la del GAC y el ALAC, a pesar de compartir la condición de miembros de la EC.

59. El estudio del modelo institucional de la ICANN no permite llegar a una valoración positiva en términos de transparencia, representatividad y legitimidad como modelo de gobernanza. No son argumentos a su favor la complejidad de su estructura y órganos, su diferente naturaleza y fundamentación normativa, la ausencia de un estatuto o una tipología que permita adscribir a sus distintos componentes en categorías, las distintas fórmulas de participación y, muy particularmente, en términos de legitimidad, la no atribución al GAC de una posición conforme con la naturaleza y el valor de su representación.

60. En definitiva, para la organización de ese modelo, se habría requerido operar de acuerdo con tres parámetros principales: en primer lugar, una estructura institucional básica articulada mediante instituciones representativas y diferenciadas gracias a un estatuto jurídico claramente definido en cuanto a su composición, naturaleza y funciones; en segundo lugar, un modelo real de reparto de atribuciones y un sistema de *checks and balances* capacitado para garantizar el reparto y el control del poder y, con ello, el equilibrio institucional garante básico de la legitimidad de cualquier sistema de organización; y en tercer lugar, el reconocimiento del papel de los Estados y organizaciones públicas mediante el establecimiento de un órgano de representación con la composición, naturaleza y atribuciones que le corresponden atendiendo a su condición, sin renunciar al modelo *multistakeholder* pero sin soslayar tampoco la necesaria presencia estatal.

61. Por su parte, el análisis de la reforma principal del modelo de responsabilidad tampoco arroja un balance positivo. En primer lugar, el conjunto de procedimientos y expedientes previstos con esa finalidad resulta complejo en su organización, excesivo en cuanto al número y poco transparente en su diseño final, en particular, respecto del IRP. En segundo término, como se ha explicado, este procedimiento no es realmente independiente, ni mucho menos externo. Por último, la normativa aplicable es muy extensa, diversa e, incluso, finalmente, indeterminada y la naturaleza del procedimiento arroja mayores ambigüedades que certidumbres. Además de las Actas constitutivas, los Estatutos y las reglas específicas, se recurre en exceso a la técnica de la remisión a las disposiciones de Derecho aplicable, sin especificarlas, o a las normas arbitrales internacionales, internas o propias. El conjunto de estas disposiciones puede, en sí mismo, resultar inabarcable. El resultado no responde a exigencias mínimas de seguridad jurídica que, sin embargo, se habrían cubierto si se hubiese operado mediante la identificación, selección y compilación de esas normas en un único texto, bien dentro de los Estatutos o en un anexo a los mismos. En definitiva, la reforma debería haberse traducido en la articulación de un procedimiento interno y de un procedimiento externo, realmente independiente, de rendición de cuentas y de garantía de responsabilidad apoyado en una normativa compilada, comprensible y

transparente y en una supervisión multilateral de naturaleza intergubernamental.

62. En realidad, la responsabilidad de una organización, y con ella su propia legitimidad, no derivan —ni pueden hacerse depender— de un entramado normativo, orgánico y procedimental compuesto por estructuras complejas en su organización y funcionamiento y procedimientos de responsabilidad diversos, con la intervención de numerosos órganos, con un marco normativo indefinido o indeterminado en su globalidad y con escasas garantías jurídicas básicas. Es cierto que el modelo *multistakeholder* que ha presidido este proceso no es fácilmente conciliable con los requerimientos propios de la técnica y la lógica jurídicas, pero desconocerlos entraña serios riesgos para la operatividad misma del entramado en su conjunto. La seguridad jurídica, la transparencia y la confiabilidad del sistema son condiciones ineludibles si realmente se pretende dotarlo de la necesaria legitimidad y efectividad en el ejercicio de sus funciones tan esenciales para la gobernanza del ciberespacio.

63. En términos de legitimidad, la reforma de la ICANN ha supuesto mantener la discutible posición de privilegio de Estados Unidos y, en gran medida, la cuestionable dependencia de la ICANN. El recurso al modelo *multistakeholder* ha servido para consolidar esa situación con cambios de fondo más aparentes que reales y para soslayar, una vez más, el necesario consenso intergubernamental que habría operado como legitimador del modelo de gobernanza en su conjunto.

RESUMEN

LA REFORMA DE LA CORPORACIÓN PARA LA ASIGNACIÓN DE NOMBRES Y NÚMEROS DE INTERNET (ICANN): UN ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE LEGITIMIDAD

La ICANN es una corporación constituida, de conformidad con el Derecho estadounidense, para garantizar el funcionamiento estable y seguro del sistema mundial de identificadores únicos de Internet: los parámetros de protocolo, los recursos numéricos y la gestión de la Zona Raíz del Sistema de Nombres de Dominio. Desde su creación, esta corporación ha sido ampliamente criticada por su déficit de legitimidad que justifica la necesidad de proceder a su reforma. El disenso político-institucional y la apariencia de neutralidad de la gobernanza tecnológica han propiciado una solución unilateral a ese problema en la medida en que Estados Unidos ha controlado su desarrollo y sus resultados. Esa reforma se ha realizado siguiendo el modelo *multistakeholder* y se ha materializado principalmente en los Estatutos que establecen el modelo institucional y el sistema de responsabilidad de la ICANN. El primero muestra serias disfunciones en su organización, naturaleza, interacciones y funcionamiento. Por su parte, el modelo de responsabilidad se ha construido principalmente a través de un procedimiento que no garantiza realmente un control independiente y externo. A pesar de la reforma, la crisis de legitimidad de la ICANN no se ha resuelto satisfactoriamente.

Palabras clave: ICANN, gobernanza tecnológica, legitimidad, modelo institucional, responsabilidad.

ABSTRACT

**THE REFORM OF THE INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES
AND NUMBERS (ICANN): AN ANALYSIS OF ITS LEGITIMACY**

ICANN is a corporation created in accordance with US law and aimed to ensure the stable and secure operation of the Internet's unique identifier systems. Since its creation, this corporation has been widely criticized for its lack of legitimacy. This problem justifies the need to reform it. Both political-institutional dissent and the appearance of neutrality of technological governance have led to a unilateral solution to this problem to the extent that the United States has controlled its development and results. This reform has been carried out following the multistakeholder model. The new Bylaws modifies the ICANN institutional model and also the accountability system. But the first shows serious organic and functional problems, while the second has been built mainly through one procedure that does not really guarantee independent and external control. Despite the reform, ICANN's legitimacy crisis has not been yet resolved satisfactorily.

Keywords: ICANN, technological governance, accountability, institutional framework.