

11. Temas para Consideración en el Área de Trabajo 2

La carta orgánica del CCWG sobre Responsabilidad estipula que:

En los debates en torno al proceso de responsabilidad, el CCWG sobre Responsabilidad procederá con dos Áreas de trabajo:

- **Área de trabajo 1:** se centra en los mecanismos de mejora de la responsabilidad de la ICANN que deben estar funcionando o con los que ya se haya hecho un compromiso dentro del período de la transición de la custodia de la IANA.
- **Área de trabajo 2:** se centra en resolver problemas de responsabilidad, para los cuales el plazo para desarrollar soluciones y tener una implementación completa puede extenderse más allá de la transición de la custodia de la IANA.

Si bien el Área de trabajo 2 no necesariamente debe implementarse o recibir un compromiso antes de que se lleve a cabo la transición, la carta orgánica insiste en que debe mantenerse firmemente dentro del alcance del CCWG sobre Responsabilidad. Los temas enumerados a continuación deben, por ende, considerarse como no menos importantes que los temas del Área de trabajo 1.

11.1 Compromiso con el Área de trabajo 2

Se plantearon inquietudes dentro del CCWG sobre Responsabilidad acerca de los incentivos para que la ICANN implemente las propuestas del Área de trabajo 2 cuando estén finalizadas una vez ocurrida la transición de la custodia de la IANA. El CCWG sobre Responsabilidad recomienda una cláusula de Estatuto provisoria para garantizar el compromiso de la ICANN, dado que este tipo de cláusulas han funcionado con éxito en el pasado.¹

¹ La ICANN ha usado, donde haya sido adecuado, cláusulas provisionales dentro de sus Estatutos para identificar cuestiones que sean necesarias para abordar de manera provisional, pero que expirarán ante la ocurrencia de otro evento. El uso más amplio de una cláusula provisional fue en el año 2002, después de un gran esfuerzo de evolución y reforma de la ICANN, que hizo que los compromisos a futuras ocurrencias tales como un nuevo MoU entre la ICANN y un grupo de Registros Regionales de Internet en el momento en que nuevas obligaciones entraran en vigencia para la ASO, u obligaciones que serían asumidas por la ccNSO una vez formada. Véase <https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/Bylaws-2002-12-15-en#XX>.

Asimismo, hay precedentes del uso de disposiciones provisionales después de que se reestructuró la GNSO y se implementó la banca de la Junta Directiva seleccionada por la comunidad At-Large.

Recomendación: El CCWG sobre Responsabilidad recomienda que la Junta Directiva adopte una cláusula provisional en sus Estatutos que comprometa a la ICANN a implementar las recomendaciones del CCWG sobre Responsabilidad y encargue al grupo la creación de más mejoras a la responsabilidad de la ICANN, entre ellas, la siguiente lista de cuestiones (ver abajo). Esta cláusula provisional debe ser agregada a los Estatutos como parte del Área de trabajo 1, antes de la transición de la custodia de la IANA.

El texto de esta cláusula provisional del Estatuto debe proporcionar recomendaciones del Área de trabajo 2 del CCWG sobre Responsabilidad, cuando cuenta con el respaldo por consenso total o por consenso como se describe en la carta orgánica del CCWG sobre Responsabilidad, y la aprobación de las Organizaciones estatutarias, con estado similar a las recomendaciones de los equipos de revisión de la Afirmación de Compromisos.² La decisión de la Junta Directiva estaría sujeta a objeciones por medio de procesos mejorados de reconsideración y revisión independiente.

11.2 Temas para Consideración en el Área de Trabajo 2

Durante el transcurso de sus deliberaciones, el CCWG sobre Responsabilidad se encontró con varios temas que consideró que deben resolverse como parte del Área de trabajo 2. La lista a la fecha de este informe es la siguiente:

- Perfeccionamiento de los **detalles operativos** de las propuestas del Área de trabajo 1, que incluyen entre otras cosas:
 - Establecimiento de reglas de procedimiento para el Proceso de revisión independiente mejorado.
 - Mejoras al proceso de planificación y presupuesto de la ICANN para garantizar la capacidad de la comunidad de tener aportes y que dichos aportes sean debidamente considerados.
 - Definición de las modalidades prácticas del Foro de la comunidad de la ICANN.
 - Aclaración del entendimiento de las obligaciones fiduciarias de la Junta Directiva y las expectativas relacionadas respecto del comportamiento del director de la Junta Directiva.
- Más evaluación de las mejoras a la **participación de gobiernos** en la ICANN.
- Consideración de la cuestión de **jurisdicción** como se describe en la Sección 11.3 a continuación.
- Mejora de la **responsabilidad del SO/AC** (véase Sección 8.3).
- Establecimiento de una **cultura de transparencia** dentro de la organización de la ICANN:
 - Limitación de la capacidad de la ICANN para denegar solicitudes de transparencia y divulgación

² Las cláusulas provisionales del Estatuto requerirán que la Junta Directiva de la ICANN considere la aprobación y comience la implementación de las recomendaciones del equipo de revisión dentro del período de seis meses.

- Mejoras al rol y la función del Defensor del pueblo
- Mejoras a la política de denunciantes de la ICANN
- Aumento de la transparencia sobre las interacciones de la ICANN con los gobiernos
- Definición de **auditorías** de seguridad y requisitos de certificación para los sistemas de TI de la ICANN
- Consideración de mejoras a la **diversidad** en todos sus aspectos en todos los niveles de la organización (véase Sección 8.1)
- Definición de las modalidades acerca de la manera en que la ICANN integra el análisis del impacto en **derechos humanos** con su misión.

11.3 Jurisdicción: Una cuestión de varias capas

La jurisdicción influye directamente en la forma en que los procesos de responsabilidad de la ICANN se estructuran y ponen en marcha. El hecho de que la ICANN actualmente opera bajo la legislación del estado de California concede a la corporación ciertos derechos e implica la existencia de ciertos mecanismos de responsabilidad. Asimismo, también impone algunos límites con respecto a los mecanismos de responsabilidad que puede adoptar. En consecuencia, el tema de la jurisdicción es de importancia para el CCWG sobre Responsabilidad. En lo particular, uno podría hacerse la siguiente pregunta para enmarcar la discusión: “¿Se puede mejorar la responsabilidad de la ICANN a partir de la legislación aplicable a sus acciones?”

Situación actual:

La ICANN es una corporación de beneficio público incorporada en California. Está sujeta a la legislación estatal de California, a la legislación federal de Estados Unidos aplicables y a la jurisdicción de tribunales tanto federales como estatales. La ICANN es también una entidad exenta de impuestos bajo la ley impositiva federal de Estados Unidos.

Asimismo, la ICANN está sujeta a una cláusula presente en el párrafo 8 de la Afirmación de Compromisos, firmado en 2009 por la ICANN y el gobierno de Estados Unidos, a través de su Departamento de Comercio, y que establece lo siguiente:

8. La ICANN confirma sus compromisos para: (a) mantener la capacidad y habilidad de coordinar el DNS de Internet a nivel general y para trabajar en favor del mantenimiento de una Internet única e interoperable; (b) continuar siendo una corporación sin fines de lucro con sede central en los Estados Unidos de América y con oficinas alrededor del mundo, a fin de cumplir con las necesidades de una comunidad mundial; y (c) operar como una organización conducida por el sector privado, con participación de múltiples partes interesadas y contribución del público, para cuyo beneficio la ICANN deberá actuar en todo momento.

Los Estatutos de la ICANN también establecen que las oficinas principales estarán ubicadas en California, como se indica a continuación:

ARTÍCULO XVIII: OFICINAS Y SELLOS

Sección 1. OFICINAS

La oficina principal donde la ICANN llevará a cabo sus operaciones comerciales será en el condado de Los Ángeles, estado de California, Estados Unidos. Asimismo, la ICANN puede tener oficinas adicionales dentro o fuera de los Estados Unidos de América, según sea necesario.

La ICANN también tiene oficinas en otros países y opera en otras regiones del mundo, por esto está sujeta a la legislación de las jurisdicciones en las que tenga oficinas y opere.

Una cuestión de varias capas:

El CCWG sobre Responsabilidad ha reconocido que la jurisdicción es una cuestión de varias capas e identificó las siguientes:

1. Lugar y jurisdicción de incorporación y operaciones, incluidos gobernanza de asuntos internos, sistema impositivo, recursos humanos, etc.

Requisitos asociados:

- a) Legislación sólida sobre gobernanza corporativa que proporcione responsabilidad eficiente.
- b) Y que, al mismo tiempo, permita flexibilidad para que el modelo de múltiples partes interesadas se pueda traducir a este marco legal.

2. Jurisdicción de lugar con presencia física.

Requisitos asociados:

- a) Los lugares de presencia física deben proporcionar marcos legales laborales estables (para contratar personal)
- b) Cierta nivel de flexibilidad para visas (para adaptarse al personal internacional y al traslado de los miembros de la comunidad)
- c) La presencia física también debe tener en cuenta las cuestiones de seguridad, tanto para el bienestar del personal como de las operaciones.

3. Ley aplicable para contratos con registradores y registros y la capacidad para demandar y ser demandado en una jurisdicción específica por relaciones contractuales.

Requisitos asociados:

- a) Régimen legal estable y predecible
- b) Asequibilidad de acciones legales para las partes, además de la ICANN (en términos de costos y de comprensión del sistema legal)
- c) Equilibrio de la necesidad de mantener la igualdad de condiciones entre las partes contratadas en todo el mundo, y de que cada parte contratada cumpla con la legislación nacional.

4. Capacidad para demandar y ser demandado en una jurisdicción específica por acción o inacción del personal, así como por reparar y revisar la Junta Directiva, el IRP y otras cuestiones de Responsabilidad y transparencia, incluida la Afirmación de Compromisos

Requisitos asociados:

- a) Por un lado, algunas partes interesadas consideran que la capacidad para aplicar los mecanismos de responsabilidad frente a un tribunal es fundamental.
- b) Por otro lado, a otras partes interesadas no les parece aceptable que el sistema legal de un solo país tenga un rol tan importante en el marco de responsabilidad de la ICANN. Este requisito sería para evitar tanto como sea posible el uso de cualquier sistema legal de un solo país.

5. Relaciones con las jurisdicciones nacionales para cuestiones nacionales específicas (administradores de ccTLD, nombres protegidos para instituciones internacionales, países u otros nombres geográficos, seguridad nacional, etc.), privacidad, libertas de expresión

Requisitos asociados:

- a) Ninguna jurisdicción específica debería invalidar las jurisdicciones nacionales al tratar con cuestiones nacionales determinadas (por ejemplo, la jurisdicción de incorporación que interfiere con una decisión sobre una política de ccTLD específica).
- b) Algunos comentaristas han tocado la posibilidad de adaptar los acuerdos al país anfitrión.

6. Cumplimiento de los requisitos de la NTIA

Un requisito general del CCWG sobre Responsabilidad está representado en los criterios presentados por la NTIA al comienzo de la transición de la custodia de la IANA.

Requisitos asociados:

- a) Respaldar y mejorar el modelo de múltiples partes interesadas
- b) Mantener la seguridad, estabilidad y flexibilidad del DNS
- c) Atender a las necesidades y expectativas de los clientes y socios de los servicios de la IANA a nivel global
- d) Mantener la apertura de Internet.
- e) La propuesta no puede reemplazar el rol de la NTIA por una solución de organización intergubernamental o dirigida por un gobierno.

Evaluación inicial de la brecha basada en las propuestas actuales del CCWG sobre Responsabilidad:

En esta instancia del trabajo del CCWG sobre Responsabilidad y tras tener en cuenta los comentarios recibidos, se han identificado las siguientes cuestiones que requieren más investigación:

- Requisito 4 (capacidad para demandar y ser demandado para poner en práctica los Estatutos o mecanismos de responsabilidad): si bien algunas personas consideran que este requisito es necesario, otros evitarían tanto como fuera posible el uso de cualquier sistema legal de un solo país.
- Intercambios entre requisitos y opciones del CCWG sobre Responsabilidad bajo la legislación de California, en especial cuando se debate el modelo para facultar a la comunidad.
- Si las decisiones del IRP contra la ICANN serían vinculantes o no, a pesar de las decisiones de la jurisdicción local.
- Requisito 3 sobre la ley aplicable para contratos con registradores y registros puede requerir más investigación.

Si bien estas cuestiones requieren más investigación, el CCWG sobre Responsabilidad no ha realizado aún una evaluación sustancial de las jurisdicciones alternativas que se adaptarían mejor a sus requisitos. A pesar de que algunos comentaristas sugieren que la incorporación de la ICANN a otros sistemas legales, como el sin fines de lucro en Suiza, podría resultar beneficioso (aún es incierto el fundamento de su supuesto), es necesario realizar más análisis y debates con un enfoque basado en hechos durante el Área de trabajo 2.

Próximos pasos

La consideración sobre jurisdicción que se realizará en el Área de trabajo 2 incluirá lo siguiente:

- Confirmación y evaluación del análisis de brecha, lo que permitirá aclarar las inquietudes sobre la cuestión de la jurisdicción de varias capas
- Identificación de alternativas posibles y establecimiento de referencias comparativas de la capacidad para que todos los requisitos del CCWG sobre Responsabilidad coincidan con el marco actual.
- Consideración de las recomendaciones posibles del Área de trabajo 2 en función de las conclusiones de este análisis

El cronograma que se considerará para este trabajo es coherente con el enfoque general para el Área de trabajo 2. Se formará un subgrupo específico del CCWG sobre Responsabilidad, que presentará informes al CCWG sobre Responsabilidad en su totalidad y que estará a cargo de los pasos descritos anteriormente. Se contemplan dos períodos de comentario público, en torno a ICANN55 e ICANN56. Las recomendaciones se presentarán en la ICANN57.

11.4 Plan de trabajo para el Área de trabajo 2 del CCWG sobre Responsabilidad

El CCWG sobre Responsabilidad ya ha realizado una cantidad importante de trabajo para definir el alcance de los distintos temas del Área de trabajo 2. Sin embargo, resulta evidente que los temas del Área de trabajo 2 dependen, tanto en esencia como en tiempo, de la finalización de los temas del Área de trabajo 1. Como consecuencia, la adopción de un plan de trabajo para el Área de trabajo 2 no puede completarse hasta la reunión de la ICANN54 en Dublín.

No obstante, el plan inicial cuenta con los siguientes hitos clave:

- **Octubre de 2015 (ICANN54):** Definición del alcance de trabajo y organización en subgrupos.
- **Octubre de 2015 hasta fines de enero de 2016:** Elaboración de las versiones preliminares de las propuestas por parte del subgrupo, bajo supervisión del CCWG sobre Responsabilidad.
- **Fines de enero de 2016 hasta principios de marzo de 2016:** Período de Comentario Público de 40 días, que incluye debates durante la ICANN55 en Marrakech.
- **Marzo hasta mediados de mayo de 2016:** Perfeccionamiento de las propuestas por parte del subgrupo, bajo supervisión del CCWG sobre Responsabilidad.
- **Mediados de mayo hasta fines de junio de 2016:** Segundo período de Comentario Público de 40 días, que incluye debates durante la ICANN56 en América Latina.
- **Para fines de julio de 2016:** Terminar las propuestas y entregarlas a las Organizaciones estatutarias. Obtener la aprobación y entregar las propuestas a la Junta Directiva de la ICANN en la ICANN57.