

# **La LSSI y las diversas concepciones sobre la extraterritorialidad de las limitaciones a la libre expresión derivadas de la cláusula de orden público**

Andrés Boix Palop  
Àrea de Dret Administratiu  
Universitat de València-Estudi General de València

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Internet y las transformaciones del Derecho público” (BJU2000-1175), financiado por el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (I+D+I) 2001-2003 y dirigido por el Profesor José María Baño León.

## **1. Aplicación en el espacio de las normas de orden público y de las regulaciones administrativas sobre Internet**

### **A. Límites de las pretensiones de territorialidad de las normas ante el fenómeno Internet**

Las normas integrantes de la cláusula de orden público, en la medida en que se constituyen en una suerte de núcleo mínimo de la ordenación de la convivencia en un concreto territorio, no pueden sino aplicarse siguiendo rigurosos criterios de territorialidad. Se trata de un viejo y conocido principio, acogido de forma clara en nuestro Código civil, que en su artículo 8 señala que las leyes penales, de policía y de seguridad pública “obligan a todos los que se hallan en territorio español”. Cualquier regulación administrativa que se realice en nuestro país, como ha pretendido llevar a cabo la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE de 12 de julio de 2002, en adelante, LSSI), que, por ejemplo, trate de imponer límites a la publicación de contenidos en red o a su alojamiento, es evidente que, en principio, ha de acogerse a esta regla. Por lo que, con independencia de la nacionalidad o vecindad de los individuos que debido a sus actividades se vean afectados por estas limitaciones, todos ellos quedan sujetos, siempre que se encuentren en territorio español, a las normas que regulan el uso de Internet en España.

No obstante la claridad y sencillez del esquema conceptual expuesto, a nadie se le oculta que los resultados del mismo, en cuanto a su aplicación a la ordenación jurídica

de la Red, son francamente insuficientes. Internet es una realidad que, en la medida en que supera las fronteras estatales, obliga a depurar las tradicionales aspiraciones de control administrativo en lo que a su territorialidad se refiere. Porque, salvo que se pretenda establecer un modelo de *orden público cibernético* basado en disciplinar la conducta de los receptores de información y servicios (alternativa que únicamente han tratado de desarrollar algunos regímenes autoritarios, con éxito escaso, y que es sencillamente inconcebible en España), es claro que cualquier norma en la materia se enfrenta a un problema sencillo de aprehender: Por mucho que en un proceso de comunicación producido a través de Internet puedan estar involucrados sujetos muy diversos, que cada uno de estos pueda estar radicado en un país diferente y que la regulación de cada uno de estos Estados sea sustancialmente dispar, el resultado final para el receptor no diferirá de forma apreciable, a efectos prácticos, del que hubiera sido producido si todo el proceso se desarrollara en su mismo país.

La absoluta neutralidad del factor territorial convierte a las cláusulas que hacen depender de la misma su eficacia en fácilmente soslayables. A los conflictos que inevitablemente pueden surgir como consecuencia de la convivencia de muy distintas regulaciones para ordenar el fenómeno en su origen (la legislación del país en el que está radicada la compañía que emplea la web para sus negocios; o donde el ciudadano particular participa en un foro de discusión, emplea el correo electrónico, o dispone de una página personal; o que regula la actuación de la empresa que presta servicios de acceso a Internet u hospeda las páginas web de otras compañías...), se une la posibilidad de que los proveedores de ciertos servicios o contenidos puedan elegir la norma de conveniencia para sus actividades. Porque para un internauta cualquier página web será recibida en las mismas condiciones, con independencia de cuál haya sido la legislación que ha enmarcado el proceso de su producción, y provenga de donde provenga (ya sea de su mismo Estado o de otro distinto). De hecho, con frecuencia, la navegación de cualquier internauta español implica situaciones similares al esquema reflejado en mucha mayor medida de lo que a primera vista pudiera parecer e incluso aunque ésta se limite exclusivamente a consultar páginas web españolas. Y ello porque, al margen de cuestiones técnicas referidas a la canalización de los mensajes (que suele implicar el empleo de numerosas redes de comunicación para la transmisión de la información, extranjeras en su mayor parte), no es ciertamente infrecuente que servicios web españoles se hallen alojados en servidores extranjeros.

## B. Situación derivada de la ausencia de fronteras en la Red

En estas condiciones, como hemos señalado, el principio de territorialidad presenta numerosas limitaciones. Los conflictos generados por la ausencia de identidad de las diversas normas nacionales que disciplinan las actividades en red son además especialmente importantes cuando las regulaciones que acaban siendo burladas afectan a cuestiones de orden público. Es el supuesto, por ejemplo, en el caso español del que vamos a ocuparnos someramente, y en la LSSI, por ejemplo, de la articulación para Internet de la disciplina expresiva que nuestro ordenamiento jurídico impone.

A través de la Red, debido a su carácter de medio de comunicación mundial que extiende sus dominios a un espacio plurijurisdiccional (MUÑOZ MACHADO: 2001, 221), es posible encontrar informaciones u opiniones que infringen las disposiciones normativas de algunos países relativas a la idoneidad de ciertos contenidos (a pesar de lo cual no habrá problema técnico alguno para seguir accediendo desde éstos a ellas) pero que han sido publicadas y están alojadas en naciones en las que un diferente concepto (más amplio, usualmente) de la libertad de expresión las ampara. Iguales contradicciones pueden surgir en otros muchos aspectos, tales como, por ejemplo, la exigencia de responsabilidades derivadas de la producción de algún resultado dañoso.

Y no sólo es que técnicamente, en tales casos, el acceso siga siendo posible. Es que, además, en aplicación de los parámetros clásicos de eficacia territorial de estas normas, parece jurídicamente complejo dictaminar contradicción a Derecho alguna. En ausencia de tratados internacionales, convenios, acuerdos bilaterales del tipo que sea, que permitieran conciliar las diversas legislaciones nacionales, una intervención jurídica ceñida a la eficacia territorial de las normas de policía en los términos señalados por el Código civil es poco eficaz en estos casos. Por ejemplo, España, de acuerdo con este criterio, puede ordenar la publicación de contenidos en la red, las garantías en materia de protección de datos que deben asegurar los prestadores de servicios que operen en su territorio, establecer límites a la libertad de expresión también para la publicación de contenidos en Internet... y sus tribunales han de, como es obvio, encargarse de la efectiva aplicación de estas normas. Pero todo ello sólo se puede realizar en el marco territorial del Estado español, de forma que, por mucho que pudieran tratarse igualmente de establecer restricciones de acceso a las páginas alojadas en otros países que no

cumplieran con estas previsiones legales, a partir de que este tipo de reacción no fueran técnicamente posible (que es, por otra parte, lo habitual) no cabría sino reconocer la incompetencia de la norma y autoridades españolas para regularlas. Únicamente se podría actuar, caso de considerarlo oportuno, sobre la parte de la relación emisor-receptor que radique en España (es decir, en este caso, sobre el internauta, al que hipotéticamente se le podría prohibir el acceso a ciertos sitios y establecer sanciones en caso de infracción).

Este estado de cosas ha despertado no pocas inquietudes, ya que su aceptación implica asumir la posibilidad de que ciertas agresiones e incumplimientos de la norma (que se verifican en el territorio de aplicación de ésta, pues es por medio del acceso a los contenidos desde el mismo cuando se produce el hecho dañoso, por ejemplo) queden impunes. Algo que puede ocurrir en muchos otros ámbitos, pero que la propia configuración técnica de Internet facilita enormemente, contribuyendo a poner sobre el tapete la cuestión. Para cualquier Estado (que más allá de la opinión que pueda merecernos su legislación en materia de límites a la libertad de expresión es de suponer que le ha dado ese concreto contenido por considerarlo el más adecuado) comprobar la ineficacia a efectos prácticos de la misma no es, evidentemente, un resultado óptimo. Y la comunicación a través de Internet, como decimos, conduce inevitablemente a esta situación. Cualquier legislación estatal que prohíba, por ejemplo, la expresión de ideas antisemitas o la apología del terrorismo, es fácilmente puentada por el simple procedimiento de emitir esas mismas informaciones desde otro lugar de la Red, en el que la norma sí ampare estas manifestaciones expresivas. De forma tal que una regulación que lo que pretende no es tanto impedir la expresión de ciertos contenidos como en realidad imposibilitar su difusión y propagación (esto es, que llegue a los receptores, por los efectos nocivos que se considera que puede provocar) acaba apareciendo como totalmente inútil. Y los (supuestos) efectos nocivos que pretende evitar aparecen con la misma facilidad con la que lo harían si la regulación no existiera.

### C. Posibles soluciones

Como es evidente, una situación de naturaleza semejante puede tratar de resolverse en cualquier caso por medio de la instrumentación de órganos supranacionales que se encarguen de velar por el buen funcionamiento de Internet, de regularlo, y que serían los

encargados de reprimir y punir los excesos, así como de determinar las posibles responsabilidades en las que puedan incurrir algunas personas empleando la Red. Una solución de este tipo responde a una idea sencilla: ante una situación y un problema transnacional, el mejor remedio es aquella de base, también, transnacional.

No es excesivamente complicado intuir que las posibles soluciones halladas a través de esta fórmula se reducen, a grandes rasgos, bien al establecimiento de una legislación común en la materia que ordene también la exigencia de responsabilidades en los diferentes Estados que la suscriban (que debieran ser, recordemos, todos o al menos todos los tecnológicamente desarrollados para que fuera realmente eficaz), bien la previsión, junto a la normativa común, de órganos de base también supranacional encargados de la ejecución de las normas.

En la actualidad, sin embargo, la conclusión de este tipo de acuerdos es todavía una posibilidad lejana. Los Estados cuentan únicamente con sus instrumentos propios y es con ellos con los que han de lograr soluciones satisfactorias. La LSSI, que opta por introducir mecanismos que aspiran a paliar algunos de los problemas señalados, vio la luz cuando algunas escaramuzas jurídicas previas habían permitido fijar posiciones significativamente diversas en torno a la posibilidad de pretender una aplicación extraterritorial de las normas de orden público para conjurar los problemas señalados. Más que analizar la concreta eficacia de los mismos (que parece evidente que será más que dudosa en algunos casos), o estudiar y enjuiciar el modelo introducido y así detallar su funcionamiento, nos interesa en estos momentos, simplemente, situarlo en este determinado contexto. La LSSI, cuando opta por aspirar a lograr dotar a algunos de sus postulados de una cierta eficacia extraterritorial está tratando de dar respuesta a unos concretos problemas y decantándose por una manera de afrontarlos que se incardina en un debate más amplio y de mayor calado, del que ya hemos conocido algunas manifestaciones. Este es el aspecto que nos interesa destacar, por su íntima conexión con las diversas concepciones respecto a cuál ha de ser la manera más adecuada de proteger la libertad de expresión en una sociedad pluralista y democrática.

## **2. En favor de la extensión extraterritorial de la eficacia de las normas de orden público: la Sentencia *Yahoo!* del Tribunal de Grande Instance de Paris, de 20 de noviembre de 2000**

### A. Razones y construcción dogmática de la superación de la territorialidad

El reconocimiento de la competencia de las normas para disciplinar y ordenar actuaciones más allá de los límites territoriales del Estado que las produce, cuando las consecuencias de las actuaciones en cuestión se hagan sentir dentro de estos límites, es la primera de las posibles soluciones que, en ocasiones, ha tratado de arbitrarse.

De acuerdo con este esquema, cuando los objetivos perseguidos por una norma se ven burlados por la producción de efectos no deseados por la misma debido a la realización de actividades que, sustancialmente idénticas a las no permitidas en un concreto territorio, tienen su origen en un lugar cuya legislación no opone reparo alguno a ellas, ha de concederse a la norma eficacia extraterritorial. La legislación del lugar en que se haga sentir el perjuicio / efecto pasaría a ser competente para enjuiciar estas actuaciones (es decir, que podrían serlo sobre un mismo contenido, perfectamente, a la vez, varias o muchas normas diversas). Y, por supuesto, las autoridades nacionales, en aplicación de la misma, estarían legitimadas para adoptar las decisiones que en Derecho correspondieran. Lo que incluye, como es lógico corolario, posibles decisiones judiciales que, recaídas sobre estas controversias, verían (o pretenderían ver) reconocidos sus efectos con carácter universal.

La solución, que no es estrictamente nueva, sí cobra una gran relevancia cuando de Internet se trata, por las características señaladas del medio. De hecho, en lo que se refiere a las relaciones entre particulares, donde igualmente pueden aparecer problemas de territorialidad, parece que la profundización en esta vía es la más adecuada y realista para dar satisfacción a no pocas exigencias de responsabilidad que es de justicia sean atendidas. Ha expuesto y fundamentado la construcción dogmática de este principio Muñoz Machado, apoyándose en diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las que ya ha sido aceptada la competencia de cualquiera de los órganos judiciales de los lugares de producción efectiva del daño para determinar la concurrencia de responsabilidad y la cuantía de la correspondiente indemnización. Por

lo que, a su juicio, parece claro que «el camino reservado a la justicia ordinaria para que pueda situarse en el ciberespacio no es tanto el de la creación de órganos supraestatales como el de permitir la intervención de la justicia ordinaria de los Estados en litigios de alcance supraestatal, que enfrenten a ciudadanos o empresas domiciliados en diferentes Estados o que desarrollan sus actividades mercantiles en ámbitos sometidos al poder jurisdiccional de Estados distintos» (MUÑOZ MACHADO: 2001, 235-244).

Que la aplicación de soluciones similares a estas que ya vienen esbozándose para resolver problemas *inter privatos* pueda ser también válida para dar respuesta a la necesidad que sienten los Estados de garantizar el cumplimiento de sus regulaciones de orden público nos sitúa, no obstante, en un panorama de eficacia extraterritorial algo más complejo. Según tal postura, los Estados pueden disciplinar las actividades en red de acuerdo con su mejor criterio, y la fiscalización de las mismas, en la medida en que sea fácticamente posible (que esto, las más de las veces, será harina de otro costal) pasa por la actuación de las autoridades estatales, especialmente las judiciales, que ven ampliado el alcance de sus decisiones. De acuerdo con este modelo, el único límite a la eficacia de esta pretensión de extraterritorialidad no es, pues, jurídico; queda referido a la propia capacidad de imposición fáctica de la norma o de los pronunciamientos judiciales. Ahora bien, jurídicamente, incluso en ausencia de posibilidad de llevarlos a término, no dejarían por ello las normas de pretenderse aplicables (simplemente, quedarían incumplidas).

La generalización de esta solución obliga a cualquier emisor de información a través de Internet a cumplir con las diversas normativas estatales. En puridad, con todas. O al menos le obliga si no desea caer en la autoinvocada órbita de esas normas (algo que, no obstante, sabemos que no tiene porqué tener graves consecuencias). Se trata de una aspiración, sencillamente, imposible en numerosos casos. Y que además, teniendo en cuenta la posibilidad de que existan no pocas restricciones nacionales ciertamente nada homologables con un régimen de libertades, conduciría a casi cualquier internauta a acabar convertido, al menos para esos respectivos derechos, en un infractor. Lo que, evidentemente, carece de efectos prácticos para quien, como será normalmente el caso, carezca de vínculo alguno con el Estado en cuestión, pero que, si éstos existen o a partir del momento en que se deseen desplegar los efectos de una verdadera presencia en un

país (lo que habitualmente sólo ocurre con los operadores más visibles) puede tener más efectos prácticos de lo que a primera vista pudiera parecer.

La posibilidad de conflicto es por ello, creemos, mucho mayor de lo que pudiera parecer a primera vista. Máxime cuando, además, las normas en materia de orden público referidas a Internet (que no es sino, en última instancia, un instrumento de comunicación), son en gran parte reglas en torno a los límites de lo que en casi todos los Estados se considera en la actualidad un derecho fundamental: la libertad de expresión de ideas y opiniones. No sólo cabe la posibilidad de, sino que será lo más común, que cuando se pretenda la aplicación extraterritorial de una normativa restrictiva a un ciudadano que reside y actúa desde un país donde tal actuación es perfectamente lícita (recordemos, únicamente porque la misma naturaleza de Internet hace accesible su contenido desde cualquier parte del globo), se esté afectando a la realización de una actividad que en su territorio conforma el contenido de uno de sus derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

B. Un conocido ejemplo: el intento francés de aplicar sus normas en materia de libertad de expresión a operadores de Internet de otras naciones

Un relevante ejemplo permite comprobar algunas de las implicaciones de esta alternativa, pues ya hemos tenido ocasión de vivir una situación que ha subrayado algunos de los problemas apuntados. En concreto, un caso en el que un Tribunal francés entendió aplicable la legislación nacional en materia de libertad de expresión. Por mucho que se trataba de un caso concreto y determinado, no es difícil identificar en este pronunciamiento judicial la pretensión de entender aplicables sus normas a cualquier publicación a la que se pudiera tener acceso desde su territorio, con independencia del lugar de publicación.

Sin necesidad de dar muchos detalles, pues creemos que basta con aprehender los elementos esenciales del problema, sí conviene referirnos a la situación que da origen a la conocida Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris, de 20 de noviembre de 2000 (la decisión del tribunal podía consultarse a través de Internet, en fecha 1 de diciembre de 2002, en las siguientes direcciones: <http://www.jura.uni->



sb.de/espanol/ndw2000/ndw93.htm y <http://www.gigalaw.com/library/france-yahoo-2000-11-20.html>).

El Tribunal francés se reconoció competente, como decimos, para analizar contenidos de páginas web publicadas en otros Estados, a efectos de ventilar las responsabilidades por incumplimiento de la legislación francesa que pudieran existir. Tal postura es respuesta a la controversia surgida en torno a la posibilidad de adquirir, a través del conocido portal *Yahoo!*, objetos relacionados con el régimen nacionalsocialista alemán. La Liga Internacional contra el Racismo y el Antisemitismo (LICRA) y la Unión de Estudiantes Judíos de Francia (UEJF), aprovechando la estricta legislación francesa en la materia, acudieron al órgano jurisdiccional solicitando la eliminación de este material o, en su defecto, que la empresa estableciera un sistema de filtros que impidiera a los internautas franceses el acceso a estas subastas. Por su parte, los responsables de *Yahoo! Inc.* se negaron a variar el contenido de sus páginas, radicadas en Estados Unidos y pertenecientes a la versión norteamericana del portal (es decir, que ni siquiera se trataba de la web que esa misma empresa dirigía específicamente al público del país vecino), lo que hubiera sido preciso para acomodarse a la legislación francesa, ya que se consideraban amparados por la norma estadounidense, territorio desde el que se realizaba la actividad.

El pleito plantea con claridad los problemas de territorialidad inherentes a las regulaciones en materia de contenidos cuando pretenden trasladarse a Internet. Indaga, en última instancia, en si los diversos Estados pueden aspirar a establecer restricciones de acuerdo con el particular punto de llegada a que cada ordenamiento haya arribado en la conciliación de las exigencias de orden público (entendidas de forma moderna) y las libertades individuales. En parte, tal y como señaló uno de los miembros de LICRA, la cuestión era determinar si Internet ha de convertirse en un espacio de libertad regido por la amplia consagración que en la Primera enmienda a la Constitución americana hay de la misma.

En este asunto se plantean no pocos de los problemas que puede suponer la aceptación de una u otra opción en lo referido a la extensión del fuero judicial. Por una parte aparecen todas las consideraciones referidas a la gravedad que pueda merecernos que aparezcan por medio de Internet manifestaciones expresivas de las características de las

referidas (que para la legislación francesa, por ejemplo, son inadmisibles), y que, a pesar de hallarse prohibidas, esta restricción pretendidamente protectora quede privada de efectos por las características propias de la difusión de contenidos en red. Por otra, no conviene perder de vista la muy severa afección que puede suponer a la libertad de expresión el que cualquier publicación en la *www* haya de respetar toda legislación nacional en materia de contenidos (lo que llevaría muy probablemente a, sencillamente, impedir la publicación de gran parte de la información hoy disponible en la red, caso de que efectivamente tal pretensión se llevara a efecto y pudiera desplegarse eficazmente). Huelga hacer mención a las importantísimas y variopintas limitaciones que todo ello podría acarrear. de todos conocidas, debido a la existencia de notables y variadas restricciones de tipo ideológico, moral, religioso... Asimismo, tampoco han de desatenderse las serias dudas que plantea el hecho de que un juez francés pueda fiscalizar los contenidos de una compañía asentada en Estados Unidos y que desde allí publica sus contenidos.

Empero realizar una evaluación de estas consideraciones, y a pesar de que la imposibilidad técnica de lograr el bloqueo total del acceso al *site* para cualquier internauta francés quedó resaltada a lo largo del proceso, el Tribunal de Grande Instance de Paris acabó decidiendo imponer a la empresa norteamericana, en el plazo de 3 meses, el bloqueo del acceso a los internautas franceses a las páginas de su *site* que, al subastar objetos nazis, no eran conformes a la legislación francesa.

La decisión queda pues, finalmente, en algo matizada. El tribunal no proscribire el contenido para toda la *www* sino que se contenta con ese filtrado, aun asumiéndolo defectuoso (pues así lo habían señalado los diversos expertos). Sin embargo, en el fondo, afirma radicalmente su capacidad de intervención (sobre una página y una actividad que, recordemos, nada tienen que ver con Francia más allá que puedan ser consultadas desde ese país) y la necesidad de adecuación (únicamente por este motivo) de la legislación francesa a las actividades.

Por ello, presenta numerosos puntos débiles. En primer lugar, debido a esa especie de pudor final que le hace llegar a esa solución matizada. El corolario inevitable de su lógica argumental hubiera debido ser declarar contraria a Derecho la misma subsistencia de los contenidos conflictivos. Este fallo habría tenido la ventaja de poner de manifiesto

con mucha más claridad las implicaciones de la propuesta asumida por el Tribunal francés. Ya que, entre otras cosas, la razón que hace al mismo entender necesaria la intervención (el carácter inaceptable de esos contenidos y la antijuridicidad de su posible acceso desde Francia) se ve burlada con la solución final debido, una vez más, a las características de Internet, que no hacen nada fácil un filtrado eficaz (la República Popular China, por ejemplo, es bastante consciente, ya a estas alturas, de ello). Esencialmente, es factible impedir el acceso a aquellos usuarios que puedan llegar a ser identificados como franceses por medio de las características técnicas de las conexiones y tecnología que empleen. Así, se puede emplear como “pista” de la nacionalidad francesa de un usuario el idioma de su *software* de navegación y la dirección IP desde la que se hace la petición (se pueden por ejemplo bloquear todos los accesos que provengan desde una dirección del tipo “\*.fr”). Sin embargo, parece claro que ambos criterios son insatisfactorios, pues ni todo francés ha de usar un navegador en su lengua ni todo aquel que emplee *software* en idioma francés estará necesariamente conectándose desde Francia. En cuanto a la segunda posibilidad, la existencia de proveedores de acceso a Internet tales como America On Line, de carácter transnacional (y que dan acceso en Francia a través de direcciones IP no francesas), impide también la eficacia de la medida.

Así pues, no parece la decisión del tribunal francés ni especialmente eficaz ni, sobre todo, coherente con su propia lógica. Si la legislación y tribunales franceses son, efectivamente, competentes para enjuiciar esas actividades, si pueden decir cómo ha de actuar un empresario norteamericano con su página web (exigiéndole unos determinados filtros, por ejemplo), ¿por qué quedarse en tan reducida exigencia? No obstante, fue entendida por sus instigadores como positiva por haber logrado, dentro de un orden, adecuar los contenidos de la Red a lo previsto en su legislación nacional. Sin embargo, creemos necesario resaltar que, igualmente, plantea no pocos problemas, como pueden ser los peligros para la libertad de expresión que anidan en la posible extensión mundial de toda regulación restrictiva anudada a la posibilidad de que un juez francés (o saudí, o cubano, o español) fiscalice los contenidos de los sitios de la empresa radicados en los Estados Unidos (o en cualquier otro lugar cuya legislación en materia de libertad de expresión sí ampare estos contenidos).

### **3. La primacía de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos frente a las pretensiones de aplicación extraterritorial de normas de otros Estados: la Sentencia *Yahoo!* del Tribunal de Distrito de San José (Distrito Norte de California), de 7 de noviembre de 2001**

#### A. La respuesta de la justicia estadounidense

*Yahoo!*, la empresa norteamericana, atendiendo a consideraciones de mercado e imagen acabó por cumplir la sentencia incluso más allá de sus términos. A finales del año 2000 *Yahoo!* decidió eliminar de entre sus contenidos las subastas de objetos nazis, y no sólo para Francia sino para todo el mundo. Como es sabido, en la parte de Internet más visible y comercial, las garantías de encauzamiento de la expresión dentro de un marco de corrección que no hiera o choque acaban dependiendo, en la práctica, más de estas exigencias de tipo empresarial que de las normas jurídicas (BOIX PALOP: 2002, 164-165).

Ahora bien, junto a esta decisión, la empresa, perfectamente consciente de algunos de los riesgos que para la libertad de expresión y, especialmente, para sus futuras actividades comerciales, podía suponer la generalización de pronunciamientos como el francés optó por combatir la sentencia. Así, con la intención de premunirse ante posibles fallos futuros en la misma línea que afectarían a contenidos que sí deseara mantener en red, atacó la decisión judicial francesa acudiendo a un juez del Estado de California.

La Sentencia del Tribunal de Distrito de San José (Distrito Norte de California), de 7 de noviembre de 2001, resuelve desde una óptica radicalmente diferente a la francesa este mismo asunto, pues de forma muy resumida entiende que si bien la decisión francesa puede adecuarse a la legislación de ese país, supone por el contrario un atentado al derecho constitucional a la libertad de expresión que no se encuentra justificado (la sentencia, extraordinariamente interesante y sugerente, podía descargarse en formato PDF el 1 de diciembre de 2002 en la dirección [http://www.eff.org/Legal/Jurisdiction\\_and\\_sovereignty/LICRA\\_v\\_Yahoo/20011107\\_us\\_distct\\_decision.pdf](http://www.eff.org/Legal/Jurisdiction_and_sovereignty/LICRA_v_Yahoo/20011107_us_distct_decision.pdf)).

El juez de distrito Jeremy Fogel realiza una ponderación realmente lúcida y hábil, ya que no descarta *a radice* la posibilidad de aplicación extraterritorial de la norma francesa a la que se había acogido el tribunal francés para fundamentar su decisión. En este sentido, la conclusión a la que acaba llegando tiene un valor especial, ya que permite conciliar algunos casos de posible extensión ultraterritorial. Lo que, como hemos señalado, no sólo puede resultar muy conveniente en algunos casos sino que ya se está abriendo camino. Ahora bien, a la hora de analizar los perjuicios que en un caso como el que le ocupa, en el que se encuentra afectada la libertad de expresión e información, se producirían, entiende que éstos no pueden ser admisibles en una sociedad democrática y pluralista, dada la preeminencia de estos derechos individuales.

La decisión judicial estadounidense recuerda, asimismo, que las actividades que llevaba a cabo la compañía a través de su web eran perfectamente lícitas en los Estados Unidos y que era allí, y a través de páginas radicadas en ese país, donde se desarrollaban las mismas, por lo que considera incompetente a la jurisdicción francesa. De forma que falla reconociendo el derecho a la compañía *Yahoo!* a publicar a través de sus páginas en Internet todos aquellos contenidos a los que constitucionalmente tiene derecho según la Constitución estadounidense.

En última instancia, la sentencia (recaída en un proceso meramente declarativo) concluye la incompatibilidad del ejercicio de los derechos individuales en el marco constitucional americano con la regulación de contenidos realizada por un tribunal de otro país que afecte a cualquier ciudadano de los Estados Unidos. que desarrolle sus actividades en el territorio de éstos (algo que, al menos en teoría, permitiría aventurar una posible conciliación de las dos decisiones judiciales dado que como hemos visto el tribunal francés se ciñó estrictamente a exigir que fueran filtradas las visitas provenientes de Francia a unos ciertos contenidos, cuya subsistencia global ni impedía ni cuestionaba, eso sí, a partir del momento en que tal filtrado fuera posible -cosa que ya hemos señalado como dudosa- y que las decisiones similares a la francesa no fueran nunca más allá de lo que ésta lo hizo).

## B. Valoración crítica

Como hemos puesto de manifiesto, a lo largo de este proceso afloran las diversas posiciones que, en última instancia, guardan una estrecha relación con las particulares visiones de cada nación sobre cómo ha de defenderse la libertad de expresión. En este sentido, y como hemos señalado en otra ocasión, la aparición y generalización de Internet está produciendo un efecto colateral muy positivo al forzar a repensar el adecuado contorno de estas libertades. Y lo está haciendo de la mano de unas características peculiares que necesariamente contribuyen a una apertura, creemos muy saludable, que abarca no sólo a la libertad de expresión en la Red sino, sencillamente, a la libertad de expresión (BOIX PALOP: 2002, 145-162).

No podemos esconder las dudas que nos suscitan decisiones como la del Tribunal de Grande Instance de Paris, pareciéndonos mucho más acertada la sentencia estadounidense. Una limitación como la pretendida por el órgano francés viene a suponer la aplicación, en materia de libertad de expresión, de la legislación de destino y no la de origen, algo que si se generalizara habría de conllevar no pocos problemas. Porque si bien es innegable que decisiones como la francesa pueden contribuir a frenar algunos excesos (y de ahí que el fallo fuera festejado por numerosas asociaciones defensoras de los derechos humanos, sobre todo por aquellas preocupadas por el auge de las ideas nacional-socialistas) también comportan, por otra parte, en justa correspondencia lógica, aceptar la legitimidad de regulaciones equivalentes en la materia (esto es, las pretensiones de supraterritorialidad de normativas de otros Estados). Y aquí es donde nos encontramos con las innegables restricciones a la libertad de expresión que podrían aparecer caso de que la jurisprudencia del Tribunal francés se generalizase, lo que explica asimismo el alborozo de las asociaciones civiles estadounidenses que luchan por su defensa tras el fallo del juez estadounidense.

No debemos perder de vista que, si bien puede aportar algo de tranquilidad saberse amparado por normas occidentales (por ejemplo, contra injurias y calumnias que puedan provenir de páginas radicadas en otros Estados), no está nada claro que el precio a pagar por ello convierta tal perspectiva en atractiva. Ya que, por esa misma regla de tres, toda publicación europea tendría, a su vez, que respetar cualquier norma en materia de libertad de expresión de no importa qué Estado. Y no es preciso cojear de eurocentrismo

para que semejante posibilidad no resulte cautivadora ni razonable (piénsese en normas que restrinjan por medio del Derecho penal emisiones de opiniones de tipo religioso, por ejemplo, o de otras que no permitan referencias a la sexualidad tales como las contenidas en las páginas que informan sobre transmisión de enfermedades venéreas y que pudieran pretender aplicarse a una publicación realizada en nuestro país aduciendo como razón que ese contenido es accesible, a través de la Red, también desde ese país en cuestión).

En última instancia, la pretensión de extender extraterritorialmente en estos casos las normas y capacidad de fiscalización de los propios órganos judiciales no revela sino una gran confianza en la capacidad occidental de imponer (por medios y debido a causas, como es obvio, ajenos al Derecho) sus juicios sobre la conveniencia de amparar o no la publicación en Red de unos u otros contenidos. Pues no se entiende, de otra forma, que se pueda llegar a promover, acudiendo a esa lógica, la posible restricción a nuestros ciudadanos de las libertades constitucionalmente reconocidas que perfectamente, en tal caso, podrían venir de países con normas mucho menos liberales.

#### **4. La LSSI y algunos de sus planteamientos maximalistas**

##### **A. Los hospedajes de conveniencia**

Respecto de todas estas cuestiones, la reciente regulación europea y española establece un panorama algo más matizado. Con excesos criticables pero con cautelas fruto de la experiencia más que justificadas. Es el caso de la legislación española, contenida en la LSSI que, como criterio general, parece inclinarse (pero sólo aparentemente, como será posteriormente resaltado) por la opción más liberal encarnada por la jurisprudencia estadounidense.

Con todo, como se ha adelantado, ello no se hace de forma incondicional. Que la LSSI acepte, como proclama inicialmente, la posibilidad de que cada emisor se acoja a las normas que le reconocen derechos a la libre expresión en su país, no ha de amparar, en modo alguno, el fraudulento empleo de tal posibilidad. Tanto para eludir responsabilidad en materia de libertad de expresión como de otro tipo. Por ello en nada

contraría este planteamiento general la, por otra parte muy conveniente, previsión del texto de la LSSI llamada a combatir el posible empleo en la Red de “hospedajes de conveniencia”.

Como hemos señalado, en Internet es absolutamente indiferente cuál sea el lugar desde el que se emitan o alojen los contenidos. Lo único necesario es una conexión a la Red de la suficiente calidad, y a partir de ese momento las informaciones y datos publicados estarán disponibles en todo el mundo y serán accesibles desde cualquier parte del globo con la misma facilidad. Semejante realidad técnica, y la existencia de regulaciones más generosas en unos países que en otros, pueden inducir a desplazar ciertos contenidos delictivos o simplemente ilícitos a servidores situados en Estados con ordenamientos más “generosos”. Esta cobertura así lograda, en la medida en que responda únicamente al intento de escapar a unas normas (lo que puede ser comprobado atendiendo a la nacionalidad de los autores de los contenidos, al lugar donde residen habitualmente, a cuál sea el real centro de operaciones de la publicación o empresa que utilice la Red...), no debe ser consentida.

Por ello la LSSI, en su ámbito subjetivo de aplicación, pretende aplicarse con carácter general a cualquier prestador de servicios establecido en España. Entendiendo por tal que sea nuestro país el lugar desde el que se dirige y gestiona de modo efectivo la actividad.

En concreto, el art. 2.1 de la LSSI señala que la Ley “será de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos”, aclarando que “se entenderá que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección”. La inspiración en el concepto de domicilio fiscal, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la norma, es clara. Por medio de este recurso, la LSSI trata de garantizar la aplicabilidad de su contenido a cualquier actividad desarrollada, materialmente, desde España, por mucho que formal y técnicamente pueda radicar el origen de la misma en otro Estado. Las consecuencias de esta previsión, de gran importancia, se extienden además más allá



del propio texto y previsiones de la LSSI, en la medida en que a las páginas web o servicios de la sociedad de la información que, por radicar efectivamente el centro económico de la prestación o ser ésta acometida sustancialmente desde nuestro país queden dentro de su ámbito no sólo se les aplicará ésta sino que, además, también quedarán sujetas a todas las demás disposiciones del ordenamiento español que les sean de aplicación según la actividad que desarrollen (como señala expresamente el art. 2.4 LSSI).

La LSSI, como vemos, se limita a pretender, aparentemente, regular las actividades en Red efectivamente originadas en España. Aunque, eso sí, con algunas excepciones relativamente matizadas y, también, perfectamente comprensibles. Al margen de las actividades que puedan caer en el marco de nuestra legislación debido a la armonización en el contexto europeo (art. 3), es el caso de la extensión de su aplicación a los prestadores y servicios no radicados en España pero que dispongan de un establecimiento permanente al efecto en nuestro país (art. 2.2; 2.3 LSSI) y, en lo que es una novedad más interesante, la que se realiza en el art. 4 LSSI respecto de los prestadores establecidos en otros países “que dirijan sus servicios específicamente al territorio español”. Esta última pretensión, que ya es claramente de aplicación extraterritorial de la norma española, en la medida en que se dirige a una actuación absolutamente ajena a nuestro país en lo que a su origen se refiere, es una clara reacción a la nueva realidad en la que nos sitúan las características técnicas de la Red. Absoluta aplicación extraterritorial, porque en estos casos nos las habemos con páginas web efectivamente realizadas en el extranjero, o con servicios que no sólo de derecho sino también de hecho se suministran desde otros países. No obstante lo cual, y en la medida en que, efectivamente, se trate de datos específicamente dirigidos al territorio español, puede entenderse (y compartirse) que la norma aspire a, también, disciplinarlos. Con una disposición semejante, si retomamos la controversia referida a *Yahoo!*, la LSSI está reconociendo su incapacidad para imponer normas a las páginas de esta empresa con carácter general, pero reconociéndose competente para ordenar aquellas que, en concreto, se dirijan al público español (o sea, por ejemplo, la versión española del portal).

La competencia que se irroga la propia LSSI en cuanto a su capacidad de disciplinar las conductas de los operadores y servicios en Internet es pues, atendiendo a estos criterios

generales, prudente. Pretende (otra cosa es, como es obvio, que ello sea siempre absolutamente posible), aplicarse a las páginas efectivamente “españolas” (si así quiere expresarse) y, adicionalmente, a aquellas que no siéndolo en origen puedan calificarse como tales en destino por estar expresamente orientadas a ofrecer servicios en nuestro país. En el marco general que hemos establecido podría parecer, por ello, que se sitúa en las posiciones más cercanas a las de la jurisprudencia norteamericana, si bien abundando en las precauciones reseñadas para impedir “hospedajes de conveniencia”.

## B. La extensión del ámbito de la LSSI al amparo de la cláusula de orden público

Ahora bien, en el artículo 8 de la LSSI acaba introduciéndose una pretensión final de control, asociada íntimamente a la tradicional cláusula de orden público, que sin llegar a los extremos pretendidos en la jurisprudencia francesa (probablemente por la conciencia del legislador español de que se trataría de un esfuerzo baldío), produce efectos ciertamente similares. Y que, sobre todo, ha de ser analizada, y criticada, a la luz de la reflexión que venimos acometiendo. Este precepto contempla la posibilidad de que se restrinja la libre prestación en España de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros países en una serie de supuestos (que por otra parte coinciden sustancialmente con los previstos en la Directiva 2000/31/CE), y que vienen a constituir la tradicional afección a los clásicos principios que estructuran la noción moderna de orden público:

- la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional
- la protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores
- el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social y
- la protección de la juventud y de la infancia.

Para todos estos supuestos la LSSI, en su art. 8.2, no puede sino, como única medida realmente eficaz cuando se pretenda impedir el acceso a estas informaciones, opiniones o servicios, apelar a la “alternativa china”. Es decir, y sin llegar por supuesto al extremo

de criminalizar al usuario final, receptor de la información, prever la alternativa de que las autoridades puedan imponer a los proveedores españoles de acceso la obligación de que eliminen la posibilidad de acceder a través de sus redes a los mismos. Medida que, como decimos, es la única con la que puede aspirarse a hacer mínimamente efectiva la cláusula de orden público sobre prestadores de servicios que no reconozcan las limitaciones que en la materia les imponga la LSSI o el Derecho español. Se trata de una alternativa discutible, que en última instancia reduce la pluralidad y las posibilidades informativas sólo para el público español, y que como los casos de los diversos países autoritarios que han tratado de imponerla a gran escala demuestran, es prácticamente imposible de instrumentar técnicamente con un nivel de eficacia satisfactorio.

No obstante, al margen de estas consideraciones, lo que es claro es que, en última instancia, el legislador español está proclamando una aspiración de extraterritorialidad en lo que se refiere a las normas más básicas que estructuran el marco constitucional en el que nuestro ordenamiento entiende la libertad de expresión. Si la LSSI no llega a la solución francesa (pretender obligar a los propios prestadores a que se adecuen a la misma, en vez de simplemente aspirar a, en caso de incompatibilidad de un concreto contenido con ésta, lograr vedar el acceso) parece que se debe, más que nada, a una cuestión de realismo. Porque es claro que la LSSI, respecto de sus principios del art. 8.1, hace una cuestión de fe. Y, en un estado ideal de cosas, aspira a que su cumplimiento sea general y a que al internauta español no le llegue contenido alguno que no pueda encuadrarse en aquéllos.

Lo que, retomando el discurso que hemos venido siguiendo, no deja de denotar una enorme confianza en la rectitud de estos principios y su carácter infalible. Y lo que, igualmente, deslegitima, creemos, para cualquier tipo de crítica respecto de regulaciones extranjeras que, a su vez, tengan la pretensión de aplicar extraterritorialmente el núcleo que, respectivamente, en sus ordenamientos entiendan como en todo caso inquebrantable por motivos de orden público. Regulaciones como la de la LSSI acaban situando la discusión, únicamente, en la corrección o incorrección de cada concreta limitación a la libertad de expresión. Y, como sabemos, el mayor o menor espacio que a ésta se haya de conceder no es ni mucho menos evidente, estando enormemente influido por la historia política y cultural de cada pueblo.

De hecho, ni siquiera puede decirse que la regulación española que de esta manera pretende aplicarse extraterritorialmente sea precisamente un punto de llegada excesivamente liberal, generoso con las manifestaciones expresivas. Y conviene ser conscientes de que nos encontramos en un país occidental, afortunadamente avanzado. A pesar de lo cual, hemos de recordar, de hecho, que nuestro ordenamiento se caracteriza por criminalizar, en algunos casos, la mera emisión de opiniones. Así, por ejemplo, el artículo 510 del Código penal, que llega incluso a tipificar como delictiva la difusión, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, su orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

## **5. A modo de sintética conclusión**

Como no se le escapa a ningún jurista avisado, la regulación de cuestiones tan aparentemente técnicas, como la definición del marco de aplicación territorial en el que las normas españolas que regulan ciertas actividades realizadas en Internet han de ser eficaces, está estrechamente conectada con importantes consideraciones de principio. En lo que a nosotros interesa en estos momentos, en relación a la garantía y ejercicio de derechos como la libre expresión de informaciones y opiniones, es obvio que la adopción de una u otra postura no es una medida neutra. La LSSI, enmarcada en un contexto que hemos tratado de aclarar, contiene, en atención a todo lo expuesto, elementos de carácter preocupantemente intervencionista. Más allá de que, además, la regulación española en materia de libertad de expresión pueda no ser del todo satisfactoria, lo verdaderamente grave de la extensión territorial de efectos que la LSSI se otorga amparada en consideraciones de orden público es que camina en la dirección de las tesis que aspiran a (idealmente) dotar de contenido y eficacia a las restricciones que cada Estado considere oportuno. Algo que, siendo como es la red un instrumento esencialmente de opinión e información, no deja de ser preocupante.

Especialmente, si tenemos en cuenta que (como no puede ser de otra manera) la regulación de la emisión de opiniones a través de la Red es un ámbito

extraordinariamente sensible. La propia aparición de Internet, que tan espectacular efecto multiplicador de la posibilidad de expresión y difusión de las mismas ha permitido, nos confronta a la misma esencia del reconocimiento de estas libertades. Es por ello, creemos, especialmente importante asumir la trascendencia y peligro potencial de las consecuencias que se derivarían de la ampliación y consolidación de las pretensiones de extraterritorialidad de aquellas normativas nacionales que restringen las posibilidades expresivas. Experiencias muy recientes, como la invasión de Irak llevada a cabo en la primavera de 2003 por tropas de los Estados Unidos y del Reino Unido, apoyadas logísticamente por el ejército español, han demostrado la creciente importancia de la Red como instrumento de movilización e información (tanto mayor cuanto es prácticamente la única posibilidad de quebrar el modelo Agenda Setting, LÓPEZ GARCÍA: 2003), en lo que no ha sido sino el más reciente ejemplo de la necesidad de consentir la evolución en libertad del medio. Del exquisito cuidado y respeto al ejercicio de la libertad de expresión a través de la Red han de cuidarse también los legisladores, evitando caer en programas maximalistas de corte moralizador que, respondiendo a criterios éticos en la actualidad dominantes, no tienen porqué ser por ello necesariamente acertados. Algo en lo que está implicada también, y no de modo menor, como hemos tratado de poner de manifiesto, cualquier decisión relativa al ámbito de aplicación de este tipo de normas, como las que la LSSI recoge.

## **Bibliografía**

BOIX PALOP, Andrés: “Libertad de expresión y pluralismo en la Red”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, Madrid, 2002.

LÓPEZ GARCÍA, Guillermo: “Internet, E-Communication and Public Opinion: Anti-War movement in the Internet and from the Internet in Spain”, en *Actas del Congreso Towards New Media Paradigms*, Navarra, 2003.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2001.