

Is Cyberspace burning? Not yet perhaps. But where there's smoke, there's fire."
American Civil Liberties Union

Control de contenidos en el Internet: Una realidad que puede ser vista como una amenaza

*Omar Rodríguez Turriago**
*María Consuelo Rodríguez Turriago**

RESUMEN

Siendo el Internet un medio de comunicación, el contenido que se trasmite a través suyo es su fin mismo. El Internet, como medio que hace posible la difusión de contenido, se ha convertido en un nuevo foro, por cierto ideal, dado que tiene un alcance global inimaginable, para el ejercicio de la libertad de expresión. Es un foro que no tiene límites de fronteras ni de audiencia. Y esto mismo es lo que ha generado que surja el control de contenido. El control de contenido se ha visto presente con respecto a temas controversiales tales como la pornografía, la cual se considera nociva para los menores. De tal forma, surge el debate acerca de cómo efectuar ese control de contenidos sin que se vulnere el derecho a la libertad de expresión. Así mismo, la gran preocupación es si este es el principio del fin del Internet.

ABSTRACT

The fact that the Internet is a communication medium means that the content transmitted through it is its objective. The Internet as a medium that makes possible the diffusion of content has become a new forum, one which seems to be ideal due to the fact that it has an unimaginable global reach, for the exercise of freedom of speech. This forum is not limited territorially or with regard to its audience. And this is why the control over content arose. This content control in the Internet has been present with respect to controversial subjects such as pornography, which has been considered harmful for minors. In this sense, a debate has come forth in an attempt to enforce control over content without breaching freedom of speech. Along with the debate a great concern has come forth with regard to the possibility that the content control can be the beginning of the end of the Internet, as we know it.

*Abogado de la Universidad de los Andes (1998) con Especialización en Derecho Financiero en la Universidad del Rosario (1998). Posteriormente cursó un Master en Derecho Comparado (LLM. Master in Comparative Law) en la Universidad de Miami (2000), donde su concentración fue el Derecho de Internet y el Derecho Informático. Ha realizado Seminarios de Negociación y de Internet en la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Coautor del libro *"Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones"*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Junio del 2002, y autor de varios artículos publicados en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Profesor de Telecomunicaciones y Derecho de la Empresa en la Universidad de los Andes, y Profesor de la Especialización de Telecomunicaciones de la Universidad del Rosario. Conferencista en temas relacionados con el Derecho en el Internet y el

I.- Introducción

El Internet es una red muy grande que interconecta computadores y, a su vez, redes de computadores, por lo cual se le ha denominado “red de redes”. Es un sistema que permite que un grupo de computadores se encuentren unidos entre si para que tengan la capacidad de compartir archivos. La interconexión de computadores se logra gracias al Protocolo de Internet (TCP/IP). Hay quienes critican esta definición y dicen que la red es simplemente el medio, y que el Internet es realmente el nombre que se le da a un grupo de fuentes de información.

En los últimos años, el Internet, entendido como la red de redes global que se interconecta gracias al protocolo TCP/IP, ha surgido como un mecanismo de comunicación de gran uso. Afirmar que es un medio de comunicación masiva no es simplemente retórica, dado que según estadísticas recientes se estima que hay aproximadamente 794 millones de usuarios.¹ También es oportuno recordar que hacia el año dos mil la cifra de usuarios era significativamente menor siendo esta de 360 millones, lo cual indica un crecimiento del 120%. No sobra aclarar que en estas cifras no se incluye las personas que no tienen acceso permanente en su residencia u oficina sino que acuden a los denominados y bien conocidos “Café Internet” para hacer uso del Internet. Por lo tanto, debe insistirse que este consolidado es solamente un número aproximado y que el real es mayor.

Dentro del inmenso grupo de usuarios del Internet, cada usuario hace uso de uno o varios de los servicios que ofrece el Internet. El Internet tiene diversos métodos o formas de comunicación, entre los cuales están el “Email”, los “Mailing Lists”, el “Internet Relay Chat”, y el “World Wide Web”.

El Email se caracteriza por ser una comunicación entre dos personas, donde una envía a otra un mensaje escrito, que lo transmite a la dirección electrónica del destinatario. A través del Email se puede enviar cualquier archivo de texto, imagen o video y, a diferencia del correo tradicional donde el paquete está cerrado, el mensaje que se envía a través del Email puede ser visto por los intermediarios que intervienen para que la comunicación llegue a su destino.

Los Mailing Lists ofrecen un servicio que permite a la persona suscribirse en una lista donde se comparte información de un tema en particular y de su interés. El suscriptor envía el mensaje a todos los demás suscriptores de la lista y éstos a su vez al contestar envían el mensaje a todos igualmente.

Comercio Electrónico en la Universidad de la Sabana y en la Universidad del Valle. Actualmente se desempeña como Contract Manager de Avaya Communication de Colombia S.A. Consultor externo de Rodriguez Olaya & Asociados. Miembro del GECTI. Favor enviar sus comentarios o sugerencias vía email: omrodri@hotmail.com

*Abogada de la Universidad del Rosario (2004). Abogada Asociada de Rodriguez Olaya & Asociados. Favor enviar sus comentarios o sugerencias vía email: mrodriguez@cable.net.co

¹ <http://www.exitoexportador.com/stats.htm>

El Internet Relay Chat es una comunicación en tiempo real que se puede hacer por medio del envío de mensajes escritos entre dos o más personas, por lo cual es el equivalente a una comunicación telefónica donde se utiliza un computador en cambio de un aparato telefónico.

Por último, y tal vez el servicio más utilizado, el World Wide Web, está compuesto por una serie de documentos (“Web Pages”) que están guardados en diferentes computadores, documentos que contienen información en diferentes formatos, como texto, imágenes, video y sonido. Es importante resaltar que a través del World Wide Web se puede obtener información, puede desarrollarse el comercio electrónico y la actividad bancaria, y puede realizarse un intercambio electrónico de comunicación, entre otros. Originalmente fue creado como una plataforma global que permitiera el almacenaje de información proveniente de diversas fuentes y con una gran facilidad de acceso. Objetivo que se desarrollaría conectando computadores con intención de compartir información. La intención fue que las organizaciones, empresas y las personas en general, tuvieran la posibilidad de compartir sus conocimientos e información mediante un medio de comunicación de gran difusión. No sobra hacer una precisión semántica y es que el World Wide Web es denominado por el género de los usuarios como el Internet y para efectos de facilidad, así sea inadecuado, se mantendrá esta denominación en el cuerpo de este escrito.

Como es de observar, todos los servicios descritos anteriormente comparten una premisa fundamental, y esta es la transmisión de contenido. Esto no es una simple casualidad. El Internet, creado a finales de la década de los sesenta,² fue visto desde sus orígenes como un medio de comunicación que permitiera la transmisión de mensajes (inicialmente de texto). Se buscaba un medio de comunicación que por su modo de operar asegurara que la transmisión del mensaje, a pesar de ser interrumpida, pudiera llegar a su destinatario.³

Lo que partió como un proyecto y un esfuerzo local y del sector público, se convirtió en un aporte global y de uso generalizado en el sector privado. De tal forma, las personas (académicos, comerciantes, etc.) se han venido aprovechando de éste medio para transmitir, difundir, y compartir distintos tipos de información (“contenido”). Y al mismo tiempo, las personas han tenido la oportunidad de

² Tiene sus orígenes en 1969 como un proyecto experimental de una agencia norteamericana llamada Advanced Research Project Agency “ARPA”, y el proyecto se denominó ARPANET. Su objetivo era crear una red con el objeto de interconectar computadores y redes de computadores de propiedad de las fuerzas militares, y de laboratorios de universidades que practicaran investigación en materia militar. Su propósito fue diseñar un sistema por medio del cual se pudiera transmitir información de manera rápida y eficiente.

³ El sistema tenía que estar dotado de la interconexión de muchos computadores y en diferentes lugares, para que la información transmitida llegara a su destino así la ruta original fuera interrumpida (i.e. una guerra). La comunicación se haría por medio de paquetes de información. Si la ruta original presentaba problemas los paquetes de información, sin la necesidad de una intervención humana, se dirigían a través de otra ruta para llegar a su destino (cuando hablo de ruta me refiero a los computadores interconectados).

obtener y adquirir distintos tipos de contenido. Es decir que el Internet ha sido concebido como una fuente de información, que por su carácter global se convierte en el mejor foro y escenario para expresar opiniones y difundir conocimiento. Siendo esto así, es un medio donde los usuarios ejercitan su derecho a la libertad de expresión y ejercitan su derecho a ser informados.

Es un hecho que el uso del Internet ha incrementado debido al gran número de personas que lo usufructúa, con lo cual su contenido es variado de acuerdo a los distintos intereses de los emisores y destinatarios. Esto, a su vez, ha generado la discusión acerca de cual contenido puede ser publicado o enviado a través de éste medio. Esto indica que ha nacido la intención de efectuar un control sobre el contenido en el Internet. Control que se ha pretendido consolidar a través de regulación y con la intervención del Estado. La mayor preocupación en términos del contenido en el Internet ha sido el contenido de carácter pornográfico y en general cualquier material cuyo contenido se cataloga como no apropiado para los niños (entiéndase como niños a los menores de 18 años). Y es este precisamente el tema central de este escrito.

Entonces, de esta manera, se analizarán los problemas jurídicos inmersos en el control de contenido, y donde la problemática se gesta por los intereses disímiles entre quienes son devotos de un derecho irrestricto a la libertad de expresión y al derecho a ser informado, y por el otro lado, por los intereses de quienes son devotos de los derechos de los niños y que consideran que éstos prevalecen sobre los derechos de los demás.

II.- Alcance del derecho a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión ha sido concebido como un derecho humano reconocido en el ámbito global. La posibilidad de hablar, opinar, crear, difundir y compartir un pensamiento con los demás, es un derecho preciado cuya importancia ha sido ampliamente reconocida después de siglos de limitación. El reconocimiento a la libertad de expresión, concepto conocido por todos y protegido por todos, se encuentra en la mayoría de las constituciones mundiales y declaraciones internacionales.

En Colombia se elevó a rango de derecho fundamental, dentro del marco de nuestra Constitución Nacional, y por lo tanto está protegido por el orden legal. El artículo 20 de la Constitución Nacional establece que “se garantizará a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la de fundar medios masivos de comunicación”. Este derecho tiene una gran relevancia en nuestro ordenamiento

“no sólo porque juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas (artículo 16 Constitución Nacional) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (artículo 71 Constitución Nacional) sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa”.⁴

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 19 estipula que “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Es así como este derecho se manifiesta de dos maneras. Primero, otorgándole a toda persona la posibilidad de expresar su pensamiento, y segundo, garantizándole la posibilidad de buscar y recibir información; así se garantiza la libertad de informar, de ser informado y de informarse.

De esta manera, la Corte Constitucional ha manifestado que, “cuando el propósito del comunicador es informar sobre hechos o situaciones objetivas, debe respetar el derecho de los receptores a recibir información veraz e imparcial e igualmente los demás derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la noticia (...)”.⁵ Por ello, si bien es cierto que éste derecho ha sido desarrollado en cuanto a la protección a la libertad de prensa, no se puede pensar que hasta ahí llega su alcance. La libertad de expresión también implica el derecho al libre acceso a la información, siendo la libertad de expresión el género y el derecho a la información la especie. Es más, la Corte Constitucional esbozó una diferencia entre la libertad de información y la libertad de expresión. Mientras que la libertad de expresión se refiere a la posibilidad de emitir opiniones, la cual no se encuentra limitada, en principio, la primera se refiere a “la transmisión de datos fácticos”,⁶ derecho que se encuentra sujeto a la veracidad e imparcialidad que exige el artículo 20 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, el artículo 20 estipuló expresamente que éste derecho tiene una clara responsabilidad social; de esta forma, al igual que los demás, debe ejercerse cuidadosamente para prevenir la violación de otros derechos. Esa responsabilidad que tiene toda persona en el ejercicio de sus derechos, fundamenta la introducción de limitaciones a éste derecho.

⁴ Sentencia C. Const. C-010 de enero 19 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. En: Doctrina y Jurisprudencia, Bogotá. Tomo XXIX, No. 341, mayo de 2000, p. 827.

⁵ Sentencia C. Const. SU-056 de febrero 16 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Derecho Constitucional y Jurisprudencial. Colombia: Legis, 2001, p. 273.

⁶ Sentencia C. Const. C-010 de enero 19 de 2000, op.cit., p. 828.

Es por ello que se han creado ciertas limitaciones que evitan su uso inadecuado. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que el derecho a la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o la buena reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública”.⁷ Estos parámetros son de suma importancia, primero, porque el artículo 93 de la Constitución Nacional establece que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; y, segundo, en la medida en que es necesario determinar los motivos por los cuales un derecho puede ser limitado por la ley para evitar que se despoje de efectividad a una garantía constitucional.

Si bien estos parámetros sirven como un marco que delimita la extensión de las restricciones, son igualmente importantes en la medida en que ningún derecho es absoluto por no poder sobrepasar los derechos de los demás, y así la garantía de la libertad de expresión no puede vulnerar otros derechos también reconocidos constitucionalmente. Por ello, “la misma carta, interpretada sistemáticamente, contempla respecto de ellos numerosas restricciones y límites, que se derivan de la prevalencia del orden jurídico y del necesario respeto que merecen los derechos de los demás”.⁸

Ahora bien, la Corte Constitucional estableció una diferencia de gran importancia constitucional entre las restricciones fundadas en el contenido del mensaje y las regulaciones neutrales, con el fin de determinar la manera como se le pueden introducir limitaciones a la libertad de expresión. Las primeras son aquellas que prohíben la divulgación de ciertas teorías filosóficas, es decir que la limitación versa sobre el contenido de la información. Este tipo de restricción se presume inconstitucional porque implican un control estatal del pensamiento de un pueblo. Las segundas, son aquellas reglamentaciones que imponen por igual a todas las emisiones limitaciones relacionadas con el horario de emisión o la zona urbana residencial. Estas últimas, tienen como fin la protección de otros bienes constitucionales, la tranquilidad doméstica, entre otros, y por ello tienden a ser admisibles.⁹

Un claro ejemplo de los límites que han sido introducidos en Colombia al derecho a la información se observa con relación a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales se reconoce la prevalencia de los derechos a la

⁷ Constitución Nacional. Bogotá: Legis Comentado. [§0266-2].

⁸ Sentencia C. Const. T-293 de junio 27 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández. En: *Doctrina y Jurisprudencia*, Bogotá. Tomo XXIII, No. 274, octubre de 1994, p. 1357.

⁹ Sentencia C. Const. C-010 de enero 19 de 2000, op.cit., p. 830.

intimidad y al buen nombre sobre el derecho a la información, por ser los primeros consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana, valor esencial del Estado Social de Derecho.¹⁰

De igual manera, estas limitaciones cobran importante relevancia con relación a la protección a los derechos de los niños, por ser ellos especialmente protegidos por la Constitución Nacional. Por ello, los parámetros para la limitación a la libertad de expresión establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos fueron adoptados por la ley 12 de 1991 que regula las restricciones de la libertad de expresión para los niños. Los menores son un grupo especialmente vulnerable y por ello es necesario protegerlos contra cualquier información que pueda atentar contra sus derechos, su reputación. De igual manera, su acceso a la información esta limitado por la moral pública y la seguridad nacional.

III.- Legislación sobre control de contenidos en el Internet (Regulación I)

Como es de amplio conocimiento, el legislador tiene la función de emitir leyes con el fin de regular los comportamientos de las personas dentro de una sociedad. Ha sido costumbre que cualquier actividad novedosa, como parte de su fase de implementación, sea objeto de regulación. Regulación en términos de promulgación de normas jurídicas sobre el particular. La sociedad, en general, se ha convertido en fanática de este tipo de regulación. Y distinguimos que ésta es solo un tipo de regulación, dado a que la regulación se puede implementar vía normas jurídicas o por medio de normas sociales.¹¹

El Internet, como un medio relativamente novedoso, ha sido víctima de la regulación, y, por supuesto, la regulación se ha ocupado de su contenido. Aún cuando el tema en estudio no es el de analizar sí el Internet es o no regulable, no sobra dejar planteado que antes del Internet era más fácil regular los comportamientos.¹²

¹⁰ Sentencia C.Const. SU-056 de febrero 16 de 1995, *op.cit.*, p. 272.

¹¹ Una norma constitucional, no impuesta por el legislador, es la que no proviene de su esfuerzo sino que la impone la sociedad o un grupo en particular. Este es el caso de un "policia acostado", por medio del cual se impone al conductor de un vehículo automotor la obligación de disminuir la velocidad por el diseño de una vía y no porque una norma de tránsito lo establezca.

¹² Las características del Internet hacen difícil la aplicación de una norma. A quienes el legislador pretende aplicar la regulación pueden estar fuera de su territorio, y a quienes el juez pretende juzgar pueden igualmente estar afuera de su jurisdicción. Por eso es necesario plantearse las siguientes preguntas: ¿Quién es el actor? ¿Dónde esta? ¿Que se transmite? ¿La ley le es oponible? Hay quienes consideran que el Internet no puede controlarse, pero otros que piensan que sí puede controlarse. Quienes predicán que el Internet no es regulable sustentan

1.- Normatividad en Estados Unidos

Estados Unidos, en su calidad de promotor y creador del Internet, también fue pionero en promover normas tendientes a regular el contenido en el Internet. El esfuerzo legislativo comenzó con la promulgación del “Communication Decency Act” de 1996, continuó con una norma de 1998 que es el “Child Online Protection Act”, y por último con el “Children’s Internet Protection Act”. Por esta condición de pionero es que resulta fundamental detenernos en el análisis e interpretación de las normas mencionadas, que se convierten en un primer y muy importante antecedente regulatorio.

Además, a pesar de caracterizarse por ser una normatividad local, su importancia radica en el alcance que llega a tener este tipo de regulación. Por las características propias del Internet, y dado que Estados Unidos es el país con mayor número de usuarios y con un 69% de penetración respecto de la población,¹³ y por lo tanto allí también se encuentran la mayor cantidad de usuarios activos que implica que su intención es difundir y publicar contenido en el Internet, la regulación local trasciende y tiene un alcance global. De estas particularidades se deriva que restringir el material que es posible difundir en Estados Unidos por medio del Internet, ocasiona una limitación en el tipo de contenido que puede obtenerse y visualizarse en el Internet en su ámbito global. Con esto se limita el contenido en el Internet visto como una red global y no local. Es decir que la restricción impuesta localmente tiene un alcance global y afecta a todos los usuarios del Internet.

su posición en: i) su carácter internacional, que implica que siempre habrá un lugar donde las personas encuentren un servidor que les permita publicar su material, ii) que al ser una interconexión de computadores que hace que cuando se publica un material inmediatamente sea observado por millones de usuarios, y iii) que esta lleno de hackers, cuya función es violar los controles tecnológicos. Adicionalmente surgen otros interrogantes como ¿Si se quiere algún control, quien debe ejercerlo y en que forma debe hacerse? ¿Cuál es el control adecuado que no se convierta en un obstáculo para el funcionamiento del Internet? ¿Por qué es inadecuada la libertad en el Internet? ¿No se asimilaría al derecho a la información y al derecho a informar? Quienes consideran que el Internet si es regulable lo sustentan en que las regulaciones del Internet dependen de cómo se maneje su estructura o arquitectura (su diseño). Es decir, de cómo sus usuarios activos, que son quienes publican información o se aprovechan del Internet desarrollando sus actividades a través de este, diseñan sus páginas. En otras palabras, la forma en que se hace viable determinar los elementos de identificación y autenticación respecto de quienes acceden su página. Esto implica hacer posible conocer características de la persona tal y como es su nombre, edad, y demás rasgos personales. De esa forma, se podrá tener conocimiento de quien es la persona, y del lugar donde esta ubicada esta persona, lo cual hace viable que una regulación sea efectiva.

¹³ <http://www.exitoexportador.com/stats.htm>

1.1.- Communication Decency Act

El Communication Decency Act (“CDA”) fue promulgado en 1996,¹⁴ con el objetivo de regular el material “indecente” en el Internet. Para cumplir con este propósito se tipificó como punible la conducta de los operadores de páginas en Internet que difunden material “indecente”, expresión que tiene un carácter difuso, y que permiten acceso a los menores.

El CDA contiene dos artículos que pretenden proteger a los menores del material dañino o perjudicial en el Internet.

En la sección 223 (a) (1) (B) (ii) se tipifica la conducta de transmitir mensajes “indecentes u obscenos”, con conocimiento de ello, dirigidos a personas menores de 18 años. Expresamente se sanciona a cualquier persona que utilice un medio de comunicación, y que con conocimiento, inicie la transmisión de cualquier comentario, solicitud, sugerencia, propuesta, imagen, u otra comunicación que sea “indecente u obscena”, y sea consciente que el destinatario de esa comunicación es menor de 18 años, independientemente que el creador de esa comunicación haya iniciado la comunicación.

En la sección 223 (d) se prohíbe que cualquier persona, utilizando un computador, envíe o muestre a un menor de 18 años, con conocimiento de ello, cualquier comentario, solicitud, sugerencia, propuesta, imagen, u otra comunicación que en su contexto describa, de forma ofensiva de acuerdo a “estándares contemporáneos de la comunidad”, actividades u órganos sexuales, sin importar que el usuario de ese servicio haya iniciado la comunicación.

Es importante anotar que el estatuto trae una disposición que consagra premisas bajo las cuales se exonera de responsabilidad a quien actúe de buena fe y tome las medidas efectivas que prevengan el acceso de menores al contenido prohibido.

Como es lógico esta normatividad impone cargas evidentes para el ejercicio de la libertad de expresión. Es claro que se le da prelación a la protección de los menores sobre el derecho de los adultos de acceder a la información.

En junio de 1996 la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos se pronunció sobre la norma, decretando su inconstitucionalidad.¹⁵ La Corte dispuso que CDA se caracteriza por ser una norma ambigua e imprecisa, que no brinda la posibilidad a los padres de consentir que sus hijos menores accedan a material restringido, que no está limitada a transacciones comerciales, y no trae una definición de “indecente” ni del concepto “de forma ofensiva”. Igualmente agrega la Corte que la ambigüedad trae incertidumbre a quienes emiten información en este medio, y esta

¹⁴ http://www.epic.org/free_speech/CDA/cda.html

¹⁵ Reno v. ACLU 521 U.S. 844 (1997). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=96-511>

característica hace que el legislador pierda credibilidad respecto de su objetivo de proteger a los menores de material dañino y perjudicial. Precisa que CDA carece de la precisión y detalle que se requiere cuando se pretende regular el contenido y por lo tanto restringir la libertad de expresión (prevista en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos¹⁶).

La Corte insistió en su fallo que la motivación del CDA es válida por estar dirigida a proteger a los menores de contenido perjudicial, pero lo que no es aceptable es que para ello se deba restringir a los adultos el acceso a información siendo que tienen derecho constitucional de acceder a ella. Por lo tanto, se llega a la conclusión que la carga impuesta a los adultos por esta norma es inaceptable dado que se presume que existen alternativas con medios menos restrictivos a la libertad de expresión y que consiguen el mismo propósito fundamental.

Hay quienes han dicho que el problema jurídico no es sí la norma impone muchas cargas a la libertad de expresión, sino por el contrario sí la norma impone más cargas de las que se requieren.¹⁷ Precisamente en esto consistió el trabajo de muchos grupos defensores de las libertades públicas como el American Civil Liberties Union (“ACLU”), que fue parte en la demanda. Asociación que buscaba convencer a la Corte que existen otros medios que imponen menos restricciones a la libertad de expresión y que, también, previenen que los menores accedan a información con contenido pornográfico.

De una u otra forma, de estos argumentos parte la idea de filtrar la información en el Internet, que para otros es asimilable a bloquear el contenido que se transmite a través de este medio de comunicación, y que será analizado más adelante.

1.2.- Child Online Protection Act

El segundo intento del legislador en Estados Unidos de promulgar una norma que restrinja el acceso a los menores a contenido pornográfico en el Internet, se formalizó mediante el Child Online Protection Act (COPA) expedido el 23 de octubre de 1998.¹⁸

Los que apoyan este tipo de normas, han dicho que COPA tiene un alcance más estricto que CDA, en la medida en que el legislador redactó este estatuto teniendo en cuenta la declaratoria de inconstitucionalidad de CDA.

En COPA se prohíbe a cualquier persona, con conocimiento del contenido del material, generar una comunicación, con propósitos comerciales, que esté disponible

¹⁶ <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment01/>

¹⁷ LESSIG, Lawrence. *What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering*. En: Jurimetrics Journal. May 12, 1998. p. (http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/what_things.pdf)

¹⁸ <http://www.cdt.org/legislation/105th/speech/copa.html>. COPA es incorporado como Sección 231 de la Communication Act de 1934 <http://www4.law.cornell.edu/uscode/47/231.html>.

para un menor y que incluya “contenido perjudicial” para el menor.¹⁹ Esta conducta es tipificada como delito y quien incurra en ella será sancionado con multa de hasta cincuenta mil dólares o con prisión de hasta 6 meses, o en algunos casos se le podrá imponer ambas penas. La sanción mencionada se aplicará a cada vez que se incurra en la conducta y la norma establece que cada día que permanezca la conducta se entenderá como una nueva violación. Adicionalmente, se prevé una acción civil contra quien incurra en la conducta prohibida y se podrá perseguir hasta cincuenta mil dólares por perjuicios.²⁰ Pero COPA no solamente se ocupa de especificar cual es la conducta prohibida sino que además establece que los proveedores de servicios de telecomunicaciones no se consideran personas que generan comunicaciones con propósitos comerciales y por lo tanto no pueden ser sujetos activos de esta conducta. Algo lógico en tanto que los proveedores de servicios de telecomunicaciones son solamente un medio que tal y como su nombre lo indica proveen un servicio, y no son quienes transmiten la información. Además, lo contrario implicaría exigirles un monitoreo de la información que se transmite gracias a sus redes, algo que tecnológicamente hablando resulta muy difícil.

Es de anotar que esta norma contiene una sección dedicada a definir términos importantes para su interpretación.²¹ Define “menor” como una persona menor a 17 años; comunicación con “propósitos comerciales” como la comunicación de una persona que está en el negocio (como actividad habitual) de crear ese tipo de comunicaciones a través del Internet que incluyen contenido perjudicial para menores y donde puede o no lucrarse de esta actividad, o cuando la persona con conocimiento publica o consigue que sea publicado contenido perjudicial para menores en el Internet; y “contenido perjudicial para menores” como la comunicación, foto, imagen, texto, grabación, escrito o cualquier material que es obsceno, o que una persona del común, aplicando los estándares contemporáneos de una comunidad (analizando como un todo y dirigido a menores), calificaría que está destinada o creada para atraer a, o para promover la prostitución, o que describa o represente en una forma ofensiva, respecto de menores, un acto sexual, un acto sexual pervertido o la exhibición de los genitales o senos femeninos, o que carezca de valor político, artístico, literario o científico para los menores.

Con estas definiciones, que no traía el CDA, el legislador buscó ser más específico al regular la conducta prohibida. No fue más que tratar de reducir y aclarar al mismo tiempo el alcance real de la conducta típica.

Tal y como lo previó CDA, pero manteniendo la intención de lograr más claridad, la norma trae unas causales de exoneración de responsabilidad. Esto sucede

¹⁹ Sección 231 (a)(1) de COPA.

²⁰ Sección 231 (a)(3) de COPA.

²¹ Sección 231 (e) de COPA.

cuando la persona demuestre que actuó de buena fe y restringió el acceso de los menores a contenido perjudicial solicitando el uso de una tarjeta de crédito o débito o una identificación personal con el objeto de establecer que es un adulto y no un menor, o utilizando un certificado digital que permita conocer la edad, o cualquier otro medio tecnológico con el cual sea posible conseguir este objetivo de restringir a los menores el acceso a contenido perjudicial para menores.²²

Además de lo expuesto, en COPA se dispuso la conformación de una comisión de estudio para la protección de los menores en línea, con el objeto de estudiar métodos tecnológicos para ayudar a reducir el acceso de los menores, a través del Internet, a contenido perjudicial para menores.²³ Expresamente se mencionaron algunos métodos, a título enunciativo, dentro de los cuales está el software para filtrar y bloquear información, sistemas de calificar contenido, y sistemas de verificación de edad, entre otros. Inclusive se establecieron unas guías que debería tener en cuenta la comisión para determinar y escoger los métodos tecnológicos y dentro de estas se dispuso verificar temas como el costo de la tecnología, los efectos respecto de la intimidad de las personas, el alcance siendo que el contenido perjudicial para menores se distribuye a nivel global, y el acceso que tendrían los padres a esa tecnología. Curioso es que no hubo preocupación por parte del legislador de advertir a la comisión que estudiara los métodos tecnológicos a la luz de la libertad de expresión, siendo que CDA había sido declarado inconstitucional por violar este derecho.

Como sucedió con CDA, desde la promulgación de COPA, las asociaciones como ACLU empezaron su labor como contradictores de la norma.

En junio 29 de 2004, la Corte Suprema de Justicia se pronunció respecto de esta norma,²⁴ y confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Philadelphia que había determinado impedir la ejecución de COPA por violación a la libertad de expresión.²⁵ La decisión determinó que el alcance de COPA sigue siendo muy amplio. Continuó molestando a la Corte la existencia de una referencia a los estándares contemporáneos de la comunidad cuando intenta definir qué se debe entender por contenido perjudicial para los menores. Ese criterio subjetivo de calificar el pilar de la norma, por ser el contenido que se prohíbe, a juicio de la Corte, hace que la norma sea inconstitucional. Es decir que se observó que la norma restringe el acceso a contenido que se encuentra cobijado dentro de la libertad de expresión. En esta oportunidad, la Corte hizo referencia a los métodos tecnológicos como

²² Sección 231 (c)(1) de COPA.

²³ Sección 1405 (c)(1) y (c) (2) de COPA.

²⁴ La decisión de la Corte se puede encontrar en la siguiente página: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-218.pdf>

²⁵ *High Court: Porn Law Too Broad*. En: Wired News. June 29, 2004. (<http://www.wired.com/news/print/0,1294,64028,00.html>).

una opción para permitir a los adultos acceder a contenido que es legal para ellos pero perjudicial para los menores, y al mismo tiempo hacer viable que ese contenido se encuentre restringido para los menores.

En ese sentido la prohibición genérica de la norma se podría reemplazar por medios tecnológicos cuyo alcance fuera el ideal para ambos destinatarios del contenido, léase los adultos y los menores.

1.3.- Children's Internet Protection Act

En junio 7 de 1999 se emitió el Children's Internet Protection Act (CIPA),²⁶ que modifica la sección 254 de la Communication Act de 1934,²⁷ adicionando el texto que contiene CIPA. Esta norma impone a los establecimientos educativos públicos (colegios) y a las bibliotecas públicas la obligación de instalar software que filtre el contenido que se transmite en el Internet, a cambio de recibir apoyo por parte del gobierno para el acceso a servicios de telecomunicaciones.

Precisamente la Communication Act regula la implementación del servicio universal en la sección 254 y determina que los establecimientos educativos y las bibliotecas deben tener acceso a servicios avanzados de telecomunicaciones. Para estos efectos se establece que los proveedores de servicios de telecomunicaciones deben proveer servicios, con fines educativos, a los establecimientos educativos y a las bibliotecas a una tarifa menor que la que se le ofrece a otros usuarios. El descuento, o visto desde otro ángulo, la tarifa diferencial para los servicios, la determinará la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos ("Comisión") de acuerdo a lo que considere conveniente y necesario para asegurar acceso por parte de estas entidades.²⁸

La sección 1402 establece que no serán beneficiados con los programas de servicio universal los colegios y las bibliotecas que no implementen tecnologías en los computadores con acceso a Internet, que hagan viable la filtración o bloqueo de contenido. CIPA determina la necesidad de demostrar, mediante una certificación dirigida a la Comisión, el uso de estos medios tecnológicos. Esta certificación debe contener información acerca de la tecnología instalada en los computadores o las terminales con acceso a Internet, que filtre o bloquee contenido pornográfico de menores (producto de la explotación sexual de menores),²⁹ contenido obsceno, y contenido perjudicial para menores de acuerdo a la definición que trae COPA.

²⁶ <http://www.techlawjournal.com/cong106/filter/hr896eh.htm>

²⁷ <http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf>

²⁸ Communication Act, Sección 254 (h)(1) (B).

²⁹ Al tenor de lo expuesto en la Sección 2252 (<http://www4.law.cornell.edu/uscode/18/2252.html>) y 2256 (<http://www4.law.cornell.edu/uscode/18/2256.html>) de CIPA.

Como es natural, y quedo dicho arriba, la sanción para los establecimientos académicos y las bibliotecas que no cumplan con el envío de la certificación, consiste simplemente en que no se verán beneficiados de las políticas de servicio universal. Pero, CIPA va más allá al tener una sección³⁰ que determina que en caso de haberse visto beneficiado con el apoyo o subsidio dado en virtud del servicio universal tendrá que devolver, inmediatamente, todos los beneficios económicos.

CIPA, también se ocupa específicamente, en la sección 1402 (a) (8), de determinar el contenido que debe filtrarse. Se establece que los mismos colegios y bibliotecas, es decir que los responsables de la elaboración del certificado requerido para obtener los beneficios del servicio universal, serán los encargados de determinar el tipo de contenido que es perjudicial para los menores. Adicionalmente, la misma norma impide a las entidades del gobierno a interferir en la determinación del contenido que debe ser considerado como perjudicial para menores. En este punto es oportuno resaltar que a pesar de dejar, aparentemente, al arbitrio de los colegios y las bibliotecas la definición de cual contenido es perjudicial para los menores, cuando CIPA se refiere a la necesidad de emitir una certificación, define que los filtros deben bloquear contenido perjudicial para menores según esta definido en COPA. Entonces uno se pregunta si existe o no tal discreción, porque las normas tienden a ser contradictorias. Punto este que pierde relevancia dado que como se expuso anteriormente hoy en día COPA no es aplicable.

Aunque visto desde otro punto de vista, siendo la definición de COPA bastante amplia, lo que se le otorga a los colegios y a las bibliotecas es la oportunidad de utilizar unos parámetros definidos en una norma y desarrollarlos bajo sus criterios, lo cual consigue que estos mantengan una uniformidad de conceptos.

Hay que distinguir que la aplicación de CIPA, a diferencia de COPA, esta destinada específicamente a subsidiar a los colegios y a las bibliotecas que cumplan a cabalidad lo establecido en ella. Por lo tanto, el efecto sobre la restricción de contenido en el Internet es diferente. En COPA, como se dijo en su momento, el resultado es privar la publicación de contenido que es permitido para los adultos, mientras que en CIPA no se busca privar la publicación de contenido tildado como perjudicial para los menores sino se busca que en lugares específicos se filtre y bloquee este tipo de contenido.

2.- Normatividad en Colombia

En Colombia, también el legislador no se quedó atrás en su intención de regular el contenido pornográfico en el Internet. No es descartable la idea de que la

³⁰ Sección 1402 (a)(7) de CIPA.

experiencia en otros países, como Estados Unidos, catalóguese como exitosa o desafortunada, influyó radicalmente en el legislador colombiano.

2.1.- Ley 679 de 2001

El 3 de agosto de 2001 se promulgó la ley 679, cuyo objeto fue desarrollar el artículo 44 de la Constitución Política, que consagra los derechos de los niños, y emitir una norma para “prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores”.

En su artículo cuarto, se dispuso la creación de una Comisión de expertos, algunos de ellos conocedores en redes globales de información y en telecomunicaciones, con el objetivo de elaborar un documento con una lista de “actos abusivos” en el uso del Internet, respecto de menores. Se dispuso que la Comisión deberá proponer iniciativas tecnológicas, como filtros y bloqueo de contenido perjudicial para menores.

En un artículo posterior, el quinto, se establece que con el informe elaborado por la Comisión se adoptarán medidas para efectos de prevenir el acceso de menores a contenido pornográfico, que presumo debe ser a través del Internet, y con miras a evitar que el Internet sea un medio para la explotación sexual infantil.

Adicionalmente, la ley trae dos artículos donde se prevé unas prohibiciones y unos deberes para los proveedores, administradores y usuarios del Internet, en los cuales no nos detenemos dado que el decreto 1524 se encarga de reproducir y complementar estos artículos en más detalle.

Hay que afirmar que esta norma es de carácter general y, respecto del tema que nos ocupa, se limita a determinar la conformación de una Comisión con un objetivo específico. Claro está que tal vez no es tan específico el objetivo dado que las directrices son bastante amplias, donde simplemente se habla de la necesidad de un catálogo de actos abusivos en el uso del Internet y donde se busca una serie de medidas para evitar el acceso de los menores a contenido perjudicial. La tarea encomendada adolece de precisión dado que no se dan guías precisas acerca de que parámetros deben seguirse para calificar a un uso del Internet como un acto abusivo, como tampoco se determina bajo que estándar debe juzgarse que un contenido es perjudicial. En otras palabras, las expectativas son muy amplias pero poco concretas.

Otro aspecto que es digno de anotar es que se habla de la necesidad de proponer unas medidas tecnológicas para filtrar o bloquear contenido pero se olvida que la necesidad no consiste solamente en la enunciación de unas medidas sino en el análisis de cuales se acomodan al ordenamiento jurídico vigente. Mas aún cuando como quedo visto al analizar el alcance de la libertad de expresión, las restricciones

a este derecho constitucional son regladas y han sido aceptadas por la jurisprudencia solo para la protección de intereses citados en la ley.

2.2.- Decreto 1524 de 2002

Por medio del decreto 1524 de 2002 se reglamentó el artículo 5 de la ley 679 de 2001, al cual ya hicimos referencia expresa. El decreto es explícito en cuanto a su ámbito de aplicación, y dice que aplicará a todas las personas con nacionalidad colombiana y a los extranjeros con domicilio en Colombia, cuya actividad tenga alguna relación con la comercialización de productos en el Internet.

En su artículo primero se establece que su propósito es determinar las medidas técnicas y administrativas tendientes a prevenir el acceso de menores de edad a contenido pornográfico en Internet y a evitar que este medio sea utilizado con fines de explotación sexual infantil.

Antes de entrar en materia define algunos conceptos como “menor de edad”, “pornografía infantil”, e “ISP”, entre otros. Menor de edad es aquel que no ha cumplido 18 años; pornografía infantil es “toda representación de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”; e “ISP” es el proveedor del servicio de Internet.³¹

El primer tema del que se ocupa es el de las prohibiciones y deberes para los “proveedores o servidores, administradores y usuarios de redes globales de información”. Es curioso que el legislador defina ISP, tal y como quedo planteado, y que cuando se refiere a las prohibiciones y deberes utilice la terminología de proveedores o servidores. Adicionalmente, se refiere a los administradores sin haber definido el concepto. Y por último, hace referencia a usuarios de la red, que es un término genérico y donde estarían incluidos los *usuarios pasivos*, que son quienes simplemente navegan en el Internet, y los *usuarios activos*, que son quienes participan activamente mediante páginas en el Internet y por lo tanto publicando contenido. La utilización de este término genérico une dos calidades de usuarios que realizan actividades distintas en el Internet y por lo tanto su tratamiento legal debe estar diferenciado. Esto puede interpretarse como un simple error de forma o como un acto intencional cuya justificación no entendemos. Lo cierto es que se consigue confundir al intérprete de la norma. En fin, consideramos que la intención fue que las limitaciones y las obligaciones estén dirigidas a los proveedores del servicio de Internet (“ISP”), a los administradores u operadores de las páginas publicadas en el Internet, y a los usuarios del Internet.

Como prohibición para estos últimos se establece el impedimento de publicar en su página de Internet imágenes, textos o documentos que contengan actividades

³¹ Artículo 2 del Decreto 1524 de 2002.

sexuales con menores de edad, de publicar en su página de Internet material pornográfico en el cual se encuentren menores de edad, y de publicar en su página de Internet vínculos (“links”) a otras páginas que contengan material pornográfico de menores.³² Como se observa, las prohibiciones están dirigidas a controlar el contenido publicado en las páginas de Internet. Al parecer el legislador, una vez más, no es cuidadoso al abordar estos temas, y se limita a imponer unas limitaciones sin detenerse a pensar sobre quien deben recaer.

Las dos primeras prohibiciones son lógicas de imponer para los administradores u operadores de páginas de Internet dado que su objetivo es publicar contenido en el Internet y, además, que ellos tendrían, sin la norma, total discreción de escoger el material a publicar. No son tan lógicas, y más bien sobran, para los ISP’s debido a que a través de sus páginas lo que buscan es promover su actividad que no es otra que conseguir que los usuarios utilicen sus servicios para tener acceso al Internet y no simplemente publicar contenido distinto. Y son absurdas para los usuarios del Internet, si entendemos como usuarios solamente a los usuarios pasivos, porque estos no publican información en el Internet.

Respecto de la tercera prohibición, que se refiere a no tener links que dirijan a contenido de pornografía infantil, es una limitación que muestra que el legislador desconoce esta tecnología. Primero, es muy difícil controlar el contenido en otras páginas dado que es muy variante; segundo, se olvida del alcance global del Internet donde personas con otras creencias y culturas son partícipes por lo cual el contenido en el Internet es diverso; y tercero, se desconoce que los links son una herramienta fundamental que facilita la búsqueda de información y la navegación en el Internet, y que ya en una ocasión se pretendió atacarla afirmando que respecto de derechos de autor debería ser concebida como ilegal per se.³³ Por lo tanto, esta tercera prohibición abre la puerta para que quienes pretenden aprovecharse de este medio para la publicación de información, se atemoricen y no lo hagan. Es una limitación que al igual que las dos primeras, tiene principal efecto en los administradores de páginas de Internet, aunque de manera aislada puede llegar a tener algún efecto respecto de los ISP’s, y definitivamente no tiene efecto respecto de los usuarios pasivos del Internet.

Por su parte, los deberes consisten en utilizar medios tecnológicos que estén a su alcance para impedir la difusión de material de pornografía infantil, en abstenerse de divulgar en Internet material “ilegal con menores de edad”, y en establecer mecanismos de bloqueo de contenido para que “los usuarios se puedan proteger a sí mismos o a sus hijos de material ilegal, ofensivo, o indeseable en relación con menores de edad”.³⁴ Los dos primeros deberes buscan evitar que se divulgue

³² Artículo 4 del Decreto 1524 de 2002.

³³ RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. *Derechos de Autor en el Internet*. En el libro *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Junio del 2002.

³⁴ Artículo 5 del Decreto 1524 de 2002.

contenido de pornografía infantil, y el tercero en que se implementen mecanismos que hagan viable para los padres filtrar el contenido en el Internet y así evitar que los menores visualicen determinada información. Cabe resaltar que no se hace referencia a contenido pornográfico sino que de forma abstracta y vaga se hace referencia a contenido que se caracterice por ser ilegal, ofensivo e indeseable.

Al igual que con las prohibiciones, el legislador no fue cuidadoso al momento de establecer en quienes pueden recaer estos deberes. El primero de ellos es un deber que puede cumplir el ISP mediante filtros que impidan difundir este tipo de información, que el administrador de la página de Internet simplemente puede restringir que se publique este tipo de contenido, y que claramente no es aplicable al usuario del Internet. Respecto del segundo, también le es exigible al ISP y al administrador de las páginas en el Internet. Y frente al último de ellos habría que hacer la claridad que la creación del mecanismo tecnológico estaría a cargo de una persona que se dedique a hacer software y su implementación podría hacerla tanto el ISP como el usuario de Internet.

Posteriormente, en el artículo 7, se determina que en los contratos entre los ISP y sus suscriptores, deberán incluirse este catalogo de deberes y prohibiciones, lo cual verificamos y se está cumpliendo.³⁵

El decreto también se detiene en la determinación de unas medidas técnicas.³⁶ Entre ellas debe destacarse la imposición a los ISP's de implementar técnicas de control que permitan clasificar el contenido que se transmite a través del Internet y así poder evitar el acceso a páginas de Internet con contenido pornográfico. Con ésto se pretende que los ISP's además de su función de prestar el servicio de acceso a la red, que es para lo cual el Ministerio de Comunicaciones les otorga licencia, se convierta en un ente que califica y clasifica el contenido. Es decir que el ISP debería entrar a hacer juicios de valor sobre la información que se transmite gracias al servicio que presta, lo cual extralimita sus funciones. Todo lo anterior desestimula la actividad de los ISP, y contradice el objetivo global que se dirige hacia la necesidad que los ISP's ofrezcan su servicio a un precio menor e, inclusive, con conexiones más rápidas (con una banda más ancha). De ser viable, desde el punto de vista técnico, con el cumplimiento de este control se hace más onerosa la prestación del servicio y tiende a que el acceso al Internet se convierta en un servicio exclusivo y no para el común de las personas.

En el mismo sentido que la anterior medida, se dice que los prestadores de servicios de alojamiento ("hosting"), pueden utilizar herramientas para monitorear y controlar el contenido de las páginas de Internet con acceso público. No es clara

³⁵ Se revisó el contrato formato que utiliza cablenet y hace referencia expresa a la ley 679 de 2001 y al decreto 1524 de 2002.

³⁶ Artículo 6 del Decreto 1524 de 2002.

la intención de la norma dado que no impone un deber sino que se limita a decir que los prestadores de servicios de alojamiento “podrán” realizar ciertas actividades. De tal forma que lo deja a su total discreción. Es del caso advertir que todo el contenido que se publica en Internet es de público acceso, por eso se le denomina la red de redes.

Otra medida que consagra el decreto hace alusión al deber que tienen los ISP’s y los prestadores del servicio de hospedaje de informar u ofrecer mecanismos que sirvan para filtrar contenido en el Internet. Con esos mecanismos se busca que los usuarios los instalen en sus computadores y de esa forma eviten que los menores tengan acceso a contenido pornográfico. A los usuarios es viable ofrecerles estos medios de filtración y cada usuario en particular decidirá si los instala o no. De todas formas, se genera un riesgo para los ISP’s y para los prestadores de servicios de hospedaje porque se convertirían en asesores de estos métodos de filtración, por lo cual tendrían que conocer los defectos que tienen y serían responsables solidariamente en caso que con estos filtros se generen perjuicios o se vulneren derechos a terceros.³⁷

Por último, otra de las medidas técnicas impuestas por el decreto es la de imponer a los ISP’s la obligación de divulgar la información respecto de una dirección o página en el Internet (Uniform Resource Locator “URL”) que ha sido bloqueada. Aunque este deber merece un aplauso dado que genera transparencia en los filtros, es de muy difícil aplicación. Hay que tener en cuenta que para tomar la decisión de bloquear, el ISP adquiere el rol de evaluador de contenido, que no es propio de su actividad, y es algo que generaría unos costos administrativos altos con los efectos antes mencionados.

Finalmente, además de las medidas técnicas, para cumplir con el cometido, en el decreto se estipulan unas medidas administrativas consistentes en hacer obligatorio la aplicación de los deberes y las prohibiciones ya analizadas, so pena de la imposición de sanciones administrativas.³⁸

2.3.- Crítica a la Normatividad Vigente

La ley, en su artículo quinto, establece como objetivo adoptar mecanismos para prevenir que los menores de edad accedan a cualquier contenido con información

³⁷ Por ejemplo en una biblioteca pública en la cual se instalen filtros que ofrece el ISP y con estos filtros se impida acceder a una página de Internet específica. Esto puede perjudicar al operador de la página y a los terceros que requieran que esa información sea accesada. Puede ser el caso que el operador de la página se lucra con la publicidad y quienes pautan pagan de acuerdo al número de veces que la pauta es visualizada. Entonces, como la página se encuentra bloqueada, esta circunstancia genera unos perjuicios que son tasables.

³⁸ No es del caso enunciarlas, pero para efectos de información, estas se encuentran en el artículo 9 del Decreto 1524 de 2002.

pornográfica, y para impedir que el Internet sea un medio utilizado con fines de explotación sexual infantil.

El decreto, al regular este artículo de la ley, se concentra en prohibir la difusión de contenido de pornografía infantil, y, a su vez, establece la obligación de evitar que se divulgue este tipo de material. Es decir que la regulación se encamina a restringir el envío y acceso de una modalidad de pornografía que es la pornografía infantil. En este sentido no se abordó en su totalidad lo pretendido por el artículo quinto de la ley. Entonces, se le resta importancia al acceso de los menores a cualquier tipo de pornografía. Lo cual es debatible. Solamente en uno de los deberes dice, de manera etérea, que se debe propender por establecer mecanismos que permitan a los padres proteger a sus hijos de contenido ilegal, ofensivo o indeseable para los menores. Algunos pensarán que la pornografía vista en su ámbito general es un contenido indeseable u ofensivo para los menores, pero lo cierto es que esto no se dejó claro ni se expresó en el decreto. Igualmente, de manera aislada, en una de las medidas técnicas, se prevé que los ISP 's deberán ofrecer o informar acerca de mecanismos tecnológicos para filtrar información pornográfica, caso en el cual no se refiere específicamente a pornografía infantil.

De tal forma, puede deducirse que la preocupación actual se centra en impedir la publicación y divulgación de contenido con pornografía infantil y a prevenir que los menores accedan a este tipo de material, pero no concretamente a que se divulgue ni se acceda a otro tipo de pornografía.

Por otra parte, cabe preguntarse si el legislador se preocupó por la efectividad de estas normas; si tuvo en cuenta el efecto reducido a nivel global que tiene la restricción impuesta en el ámbito local de publicar pornografía infantil en el Internet; y si se percató de las consecuencias de imponer el uso de mecanismos tecnológicos para filtrar y bloquear información. Al parecer, a todos estos interrogantes la respuesta debe ser negativa, es decir que no hubo un análisis detenido respecto de estos temas al momento de redactar las normas.

IV.-Métodos tecnológicos para el control de contenidos en el Internet (Regulación II)

Es conocido que cuando se habla de regulación, no necesariamente nos estamos refiriendo a la normatividad jurídica. Quiere decir que desde un punto de vista formal, la regulación también puede hacerse por vía privada y no exclusivamente pública.

La regulación privada en el Internet, donde ya no existe injerencia del legislador, depende del diseño o arquitectura que se adopte. Imaginemos una página en el Internet donde para acceder a su contenido en la página principal se solicite un

nombre de registro y una clave. Es claro que se está imponiendo la carga que para acceder a ella se requiere de un previo registro, por medio del cual se ha solicitado una información y se ha impuesto el cumplimiento de unos requisitos. Es claro que el operador de la página ha determinado un diseño tal que impide a cualquier persona entrar y aprovecharse del contenido, sin que medie el registro previo. En otras palabras, lo que ha hecho el operador es, mediante una regulación privada, imponer unas reglas de acceso.

A raíz de la promulgación de normas para el control de contenido en el Internet, con miras a proteger a los menores, y que ya hemos tenido la oportunidad de revisar, se ha gestado la posibilidad de control de contenido vía regulación privada, es decir por medio del uso de métodos tecnológicos. Como decíamos anteriormente, son medios que permiten adaptar el diseño y la arquitectura del Internet, y así hacer viable el control de contenidos. Esto es, a través de software que filtre y bloquee contenido en el Internet. Por la evidente implementación y eficacia de este tipo de regulación, es crucial entender cómo funciona, en qué consiste, y los efectos que trae consigo.

1.- Generalidades de los Filtros para bloquear contenido en el Internet

Los filtros están concebidos como un software desarrollado para bloquear el acceso a una lista de páginas en el Internet que se encuentra descrita en una base de datos del mismo programa, o para bloquear el acceso a una lista de páginas en el Internet que se encuentra descrita en una base de datos externa y no incluida en el software, o para bloquear el acceso a unas páginas en el Internet que tienen determinada calificación (“rating”) que ha sido asignada por un tercero, o para la revisión del contenido de páginas en el Internet que un usuario pretende visualizar y bloquear su acceso por contener ciertas palabras o frases.³⁹

En la actualidad existen muchos productos de software para filtrar contenido en el Internet, tal como el Safesurf,⁴⁰ Surfwatch, NetNanny,⁴¹ Cyberpatrol⁴² y Cybersitter.⁴³ Como respuesta al invaluable aporte del Internet por ser una fuente educativa y cultural donde los límites parecen no existir, pero donde prima la diversidad de información de toda índole, se ha visto la necesidad de filtrar

³⁹ WALLACE, Jonathan D. *Purchase of Blocking Software By Public Libraries is Unconstitutional!*. November 9, 1997. (<http://www.spectacle.org/cs/library.html>).

⁴⁰ <http://www.safesurf.com/>

⁴¹ <http://www.netnanny.com/>

⁴² <http://www.cyberpatrol.com/>

⁴³ <http://www.cybersitter.com/>

información que puede llegar a ser considerada nociva para un sector de la sociedad como son los niños. Esta información catalogada como nociva, que es la de contenido pornográfico, ha generado la necesidad del uso de los filtros.

Hay quienes apoyan el uso de los filtros, pero también existen sus contradictores. Pero antes de tomar partido es indispensable tener presente que existen factores de gran importancia al momento de analizar este tema. El lugar donde se instalan los filtros, el criterio de filtración, y sobre que debe recaer la filtración, son algunos de los aspectos más relevantes.

Dependiendo de donde se instala el software, el filtro tiene efectos distintos. Por ejemplo si se instala en el servidor del ISP, el material bloqueado es un contenido que no solamente no puede ser accedido por los usuarios, sino que es posible que los usuarios nunca se enteren ni siquiera de su existencia. Por el contrario, si el software se instala en el computador del usuario, es este quien toma las decisiones de filtrar determinadas páginas en el Internet y en cualquier momento puede deshabilitar el bloqueo de esas páginas.

Pero relacionado con lo anterior, está lo concerniente a quien es el encargado de emitir los criterios para la filtración. Es decir quien califica y establece los parámetros para hacer la filtración en el Internet. En este punto adquiere la mayor relevancia los sistemas de calificación de contenido.

Y no menos importante, es fundamental conocer sobre que debe recaer la filtración. Es decir, si la filtración debe recaer sobre el URL o sobre el número IP. Hay que recordar que detrás de todo URL, por ejemplo www.uniandes.edu.co, que está compuesto por un nombre de dominio registrado en un dominio de primer nivel de país, hay un número IP que es el que reconocen los computadores y el que permite la interconexión entre estos gracias al protocolo TCP/IP.⁴⁴ Pero a pesar de lo anterior, la diferencia entre filtrar tomando el URL o el número IP es radical. Esto se presenta dado que el URL se caracteriza por ser estático, dado que no varía y mientras el operador mantenga vigente el registro del nombre de dominio, este podrá seguir publicando su información en ese espacio en el Internet. A contraposición, el número IP puede ser variable. Esto quiere decir que para un mismo URL puede cambiarse el número IP. Es más, varios números IP pueden estar diseccionados a un mismo URL. De tal forma, para que el filtro sea efectivo y preciso, en términos de la información que se pretende bloquear, el filtro debe tomar el URL y no el número IP.

Quienes apoyan el uso de los filtros, afirman que estos mecanismos son razonables y necesarios. En el caso de las bibliotecas, gracias a los filtros, es que éstas

⁴⁴ Este tema se encuentra analizado con detenimiento en el artículo "Naturaleza Jurídica de los Nombres de Dominio". RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. *Naturaleza Jurídica de los Nombres de Dominio*. En el libro *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Junio del 2002.

pueden seguir la tradición de excluir cierto contenido como lo sería el material pornográfico. Han dicho que los filtros en los computadores al servicio de los usuarios de las bibliotecas cumplen una función necesaria y en beneficio del interés público. Esta medida debe ser entendida como el mecanismo menos restrictivo que consigue el propósito de bloquear contenido perjudicial.⁴⁵

Pero quienes se oponen al uso de los filtros para bloquear contenido en el Internet, sustentan su posición en que éstos no son efectivos y no son precisos. En esta forma, el resultado después de utilizar el filtro es bloquear una gran cantidad de información que no debería ser bloqueada. Esto implica que en el caso de pretender filtrar información pornográfica, se privaría de contenido que no reúne estas características. Los contradictores de los filtros han dicho que su problema está en que en la mayoría de los casos van más allá de lo pedido.

Precisamente, estudiosos en la materia han efectuado ejercicios prácticos con resultados aterradores acerca del bloqueo de páginas en el Internet.⁴⁶ De un estudio puntual en Arabia Saudita y tomando como muestra sesenta mil páginas en el Internet, se encontró que dos mil treinta y ocho páginas estaban bloqueadas, a pesar de que su contenido era información religiosa, de entretenimiento, y de salud.⁴⁷ Un resultado similar se encontró en China, donde de un grupo de doscientas mil páginas en el Internet veinte mil resultaron bloqueadas aún cuando su contenido era político, de entretenimiento y de salud y, la mayoría, eran operadas por gobiernos, organizaciones no gubernamentales, y por instituciones educativas.⁴⁸ En estos dos casos mencionados, las páginas bloqueadas si podían accederse desde Estados Unidos. Es decir que el filtro funciona a nivel local y no restringe a que personas conectándose a la red desde otros países pueden acceder a ese contenido. De lo anterior, la conclusión fue que se encontraban bloqueadas una cantidad significativa de páginas en el Internet que se alejaban del tema pornográfico.

El problema está en los criterios incorporados en el software que permite la filtración de contenido. Los criterios son vagos y por eso inevitablemente la consecuencia es impedir el acceso a la información. Además, ni siquiera existe una estandarización o uniformidad de criterios de bloqueo en los productos de filtración. De otros estudios se ha concluido que los criterios entre los productos de filtración son tan disímiles que el contenido que alguno de ellos bloquea el otro no lo filtra. Pero lo que es aún peor es que en la mayoría de las ocasiones el filtro es tan

⁴⁵ MAY, Colby M. *Policy Implications of Filtering, Labeling and Rating*. July 21, 2000.

⁴⁶ ZITTRAIN, Jonathan. EDELMAN, Benjamin. *Documentation of Internet Filtering Worldwide*. October 24, 2003. (<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/>)

⁴⁷ ZITTRAIN, Jonathan. EDELMAN, Benjamin. *Documentation of Internet Filtering in Saudi Arabia*. July 15, 2002. (<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/saudiarabia/>)

⁴⁸ ZITTRAIN, Jonathan. EDELMAN, Benjamin. *Empirical Analysis of Internet Filtering in China*. March 20, 2003. (<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/china/>)

impreciso que los productos dejan pasar material pornográfico en grandes cantidades.⁴⁹ Entonces con los filtros no solamente se bloquea material distinto al pornográfico, es decir permisible, sino que, además, se deja de bloquear material que sí es pornográfico.

2.- Tecnologías para Filtrar información en el Internet

Se ha argumentado que es preferible que el bloqueo o filtro de contenidos en el Internet se realice por parte de quien accede a la información y no por parte de quien la publica o quien permite que se publique en el Internet. Esta visión contribuye al verdadero alcance global del Internet y a su carácter internacional y de diversidad cultural. Es de observar que dependiendo del domicilio de las personas, que implica estar sujeto a determinadas normas legales y normas sociales, podrán visualizar cierto contenido. Por eso mismo es más lógico que los filtros los impongan los receptores y no los emisores de contenido.

Como ya se mencionó, los filtros son desarrollados por distintas empresas dedicadas a la elaboración de software. Pero adicionalmente hay una tecnología que se ha impuesto, y que se le denomina PICS (Platform for Internet Content Selection). PICS es concebida como una serie de especificaciones técnicas que facilitan al destinatario o receptor de información ejercer control sobre el contenido en el Internet.⁵⁰ El control lo ejerce el destinatario y no el emisor de la información.

La principal característica de PICS es que separa el proceso de calificar y clasificar (“labeling”) la información del proceso de filtro. El primero se encarga de especificar unos parámetros que describen o clasifican el contenido, y el segundo se encarga de hacer posible el bloqueo de contenido para cierta audiencia. Pero PICS no se encarga de determinar los parámetros o descriptores tendientes a la clasificación de contenido, no se encarga de asignar esa descripción a un contenido en particular, como tampoco se encarga de desarrollar el software que permite filtrar la información ni de fijar los criterios de filtración. Son otras empresas las que se dedican a cada una de las funciones enunciadas.

PICS consiste en una serie de especificaciones técnicas que hacen posible que estas funciones se cumplan por distintas empresas. Se caracteriza por ser neutral, en cuanto a los criterios utilizados para filtrar, y en cuanto a la determinación de quien

⁴⁹ *Internet Filter Effectiveness: Testing Over and Underinclusive Blocking Decisions of Four Popular Filters.* (http://www.copacommission.org/papers/filter_effect.pdf)

⁵⁰ RESNICK, Paul. *PICS, Censorship, & Intellectual Freedom FAQ.* August 4, 1999. (<http://www.w3.org/PICS/PICS-FAQ-980126.html>)

debe imponer el filtro.⁵¹ Entonces, la gran contribución de PICS es permitir la implementación de distintos tipos de controles, lo cual se manifiesta al independizar la calificación y clasificación de contenido de la filtración de contenido. PICS contiene un formato que hace posible que una empresa determine los criterios para filtrar el contenido y otra distinta los aplique. Adicionalmente, PICS se convierte en un lenguaje universal que permite de manera consistente calificar, clasificar y filtrar contenido en el Internet.

3.- Filtros permitidos y filtros prohibidos

Para referirnos a los filtros permitidos y prohibidos es necesario tener en cuenta que el porcentaje de las páginas en el Internet que tienen un contenido pornográfico es mínimo⁵² a comparación de las páginas con un contenido distinto y de gran utilidad. Esto indica que la labor de los filtros es bastante exigente dado que la materia a filtrar en el Internet, es la excepción y no la regla. Además se incrementa su dificultad en el sentido que el contenido de una página puede variar considerablemente de un día para otro.

Pero antes de avanzar en el tema, debe afirmarse que existen tres tipos de filtros, pero más que existir tres clases mejor se debe decir que éstos pueden cumplir tres funciones distintas. Están los filtros que bloquean el acceso a una lista específica de páginas en el Internet y que ha sido desarrollada de acuerdo a unos estándares comunes de contenido; los filtros que solamente permiten el acceso a un grupo específico de páginas en el Internet de acuerdo a una lista y por lo cual las demás se encuentran bloqueadas; y los filtros que bloquean las páginas que contienen unas palabras específicas como sería “sexo”, “desnudos” o “xxx”.⁵³

La importancia de analizar que filtros son permitidos y que filtros son prohibidos, está directamente relacionada con el lugar donde estos se instalan. Es obvio que el filtro que instala una persona en su computador personal puede ser de cualquiera de los tres tipos, por la sola razón que está ejerciendo su derecho de decidir a que quiere y a que no quiere acceder. Claro está que toma la decisión asumiendo el riesgo que el filtro no sea preciso y lo prive de ver una información que no quisiera bloquear. Al final, el usuario podría llegar a ser víctima de su propio invento. Por el contrario, cuando el filtro lo instala un establecimiento que presta el servicio de acceso al Internet, como en el caso de una biblioteca, el escenario cambia totalmente y esta es precisamente la situación que queremos analizar.

⁵¹ LESSIG, Lawrence. *What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering*. Op.cit.

⁵² NADEL, Mark S. *The First Amendment's Limitations on the Use of Internet Filtering in Public and School Libraries: What Content Can Librarians Exclude?* En: Texas Law Review. Vol. 78:1117. 2001. p. 1118. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=230834)

⁵³ *Ibid.* p. 1120.

Otra posibilidad, que no vamos a analizar porque la descartamos de manera tajante por sus consecuencias nocivas desde un punto de vista jurídico y práctico, es que el filtro sea instalado por el propio proveedor del servicio de Internet en cuyo caso los usuarios del servicio (que incluyen a los usuarios finales y también a los establecimientos que prestan el servicio de acceso al Internet) simplemente no podrán conocer el contenido filtrado y, entonces, desconocerán la existencia de ese contenido en el Internet, con el agravante adicional en el que hemos insistido que es la imprecisión de los filtros.

Excluir contenido ilegal en una biblioteca se encuentra permitido. En esa forma, igualmente, es posible excluir contenido pornográfico para los menores observando que si la exclusión también se le impone a los adultos, la limitación tendrá que ser conforme a la constitución. A los adultos solamente les está vetado acceder contenido con pornografía infantil. En todo caso, el filtro tendría que cumplir con la premisa anterior y, además, tener en cuenta que no debe excederse en el bloqueo de contenido que no es ilegal.

En una biblioteca no se puede excluir contenido solamente porque no se comparte una ideología o corriente de pensamiento. Precisamente, ese tipo de exclusión de contenido tiene incidencias constitucionales y concretamente respecto del derecho a la libertad de expresión, cuyo alcance se aclaró atrás.

Con el Internet el factor costo ya no es un limitante que se convierte en una restricción al acceso de cierto contenido en una biblioteca. Una vez la biblioteca tiene acceso al Internet, todo el contenido que se encuentra publicado en el Internet hace parte de la información con la que cuenta la biblioteca. Es decir que las oportunidades de acceso a contenido se aumentan considerablemente. Claro esta que el factor costo solamente tiene incidencia en el número de computadores con conexión a Internet.

Una Corte en Estados Unidos concluyó que las bibliotecas que tienen computadores con conexión a Internet y determinan instalar filtros para bloquear contenido, asumen el papel de censurar contenido.⁵⁴ La Corte precisó que cuando una biblioteca define prestar el servicio de acceso a Internet a sus usuarios, debe hacerlo observando el derecho constitucional a la libertad de expresión que tienen todos ellos. Sin embargo, un pensamiento contrario, que no compartimos, es que los filtros en una biblioteca se instalan para administrar mejor los recursos tecnológicos disponibles (número de computadores y conexión a Internet), direccionando a los usuarios hacia un contenido específico y que le permite cumplir a la biblioteca con sus objetivos respecto de la información que quieren difundir y poner a disposición de sus usuarios, y no con el propósito de censurar contenido.

⁵⁴ *Mainstream Loudon v. Board of Trustees of the Loudon County Library*, 24 F.Supp.2d 552 (E.D.Va. 1998). (<http://www.tomwbell.com/NetLaw/Ch04/Loudoun.html>)

La práctica ha demostrado que las bibliotecas buscan establecer unas reglas de uso del Internet donde se le advierte al usuario que el uso del Internet para investigación y profundización en temas académicos prima sobre el acceso a páginas de Internet dirigidas al comercio electrónico y por lo tanto en caso de estar ocupados todos los computadores no se permitirá el acceso a estas últimas. Igualmente, se han establecido reglas como la prohibición en el acceso a páginas con contenido pornográfico. Es de observar que estas son solamente reglas y no están acompañadas de filtros que bloqueen este tipo de contenido. Hay que aceptar que los recursos en una biblioteca cumplen unos fines establecidos por lo tanto este tipo de limitantes son viables y no vulneran los derechos de los usuarios, aunque para algunos suene que puede categorizarse como una medida injusta.

Una biblioteca podría instalar el tipo de filtro que solamente permite acceso a un grupo específico de páginas en el Internet de acuerdo a una lista, caso en el cual tácitamente se excluyen las demás páginas. Esto implica aplicar el criterio que se puede acceder solamente lo que está permitido y no el criterio que determina que se puede acceder todo lo que no está prohibido. Este filtro es sumamente peligroso porque su alcance es tan amplio que puede llegar a tener implicaciones constitucionales. Entonces es dudoso aceptar que una biblioteca pueda instalar este tipo de filtro por ser el filtro que bloquea el mayor número de páginas y sobretodo sin haber previamente evaluado su contenido. Otro argumento es que es un filtro que no contribuye al fin académico y de investigación que busca una biblioteca. Puede también suceder que la biblioteca opte por un filtro que bloquee una lista específica de páginas que comparten unos estándares comunes de contenido, caso en el cual de acuerdo a lo dicho por una Corte en Estados Unidos la biblioteca jugaría un papel de censurar contenido sobre unas páginas en particular, pero, a su vez, como quedo planteado, podría verse desde el punto de vista de ser una forma de administrar de forma eficiente los recursos de la biblioteca. Un filtro basado en la exclusión de páginas por contener ciertas palabras o frases asume un criterio muy amplio, que así no implique que la biblioteca asume el rol de censurar contenido, utiliza una herramienta que censura gran cantidad de contenido y, la mayoría de las veces, de manera imprecisa. En estos dos últimos casos, estos filtros bloquean menos contenido que el primero pero a pesar de ello, su uso es igualmente cuestionable.

De todas formas hay quienes a pesar de lo anterior, con argumentos pragmáticos, son partidarios de la posibilidad del uso de los filtros en las bibliotecas. Sustentan su afirmación en que los bibliotecólogos tienen libertad al momento de escoger el contenido que se va a ofrecer en la biblioteca, y en que una biblioteca no necesariamente tiene que proveer todos los contenidos existentes y disponibles. Argumentos que, a nuestro juicio, son débiles si se les compara frente a los inconvenientes propios del uso de filtros.

En conclusión, no es posible hablar en términos genéricos de filtros permitidos o prohibidos, dado que catalogarlos a priori con cualquiera de estos apelativos sería un error, por el contrario, el análisis debe ser casuístico. De todas maneras, debe afirmarse que la balanza se inclina hacia el lado de los prohibidos y no de los permitidos.

V.- *¿Sobre quién puede recaer la regulación?*

Es importante analizar y entender el tipo de regulación que se pretende implementar con miras a regular determinadas conductas y comportamientos sociales, tal y como se ha efectuado para el caso que nos ocupa, pero no es menos importante considerar sobre quien recae o debe recaer dicha regulación. Este viene siendo un factor con grandes repercusiones en términos del efecto que tiene la regulación, en cuanto a la ejecutabilidad de la misma, y sobretodo respecto de la incidencia frente a otras normas relacionadas.

Para cualquier comunicación en el Internet se requiere de la presencia de tres sujetos que son, un receptor, un emisor y un intermediario, que puede ser un proveedor de servicio de Internet o un establecimiento que facilite el acceso al Internet. Siendo esto así, la regulación para el control de contenido en el Internet debe necesariamente recaer en alguno de estos tres. Es decir que la responsabilidad de bloquear el contenido o de no acceder el contenido, según sea el caso, puede imponerse a alguno de ellos y, naturalmente, esto tendrá distintas repercusiones.

En caso que la responsabilidad de bloquear o de no difundir cierto contenido esté en cabeza del emisor, quien tiene como función publicar o transmitir información, surge como limitante la dificultad de no conocer con certeza las características del receptor (datos personales) y el lugar donde se encuentra, pues estos son elementos fundamentales para determinar si al receptor le es o no aplicable una regulación que prohíba cierto tipo de contenido.⁵⁵ Para abolir esta dificultad se requerirá de un certificado de un tercero de buena fe y de confianza que estipule las características personales del receptor de la información.

Si la regulación impuesta parte de la base que solamente es permitido acceder al contenido expresamente permitido, en ese caso la dificultad mencionada hace que la regulación se convierta en un costo alto para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del receptor porque tiene la carga de demostrar que reúne los requisitos necesarios para poder acceder a la información. Por otra parte, si la regulación

⁵⁵ Esto es tan simple como que en el mundo tradicional, por el contacto con los individuos, es más fácil conocer y determinar las características propias de una persona. Por ejemplo es factible identificar cuando una persona es mayor o menor de edad. Esto no sucede en el mundo virtual, donde no es fácil conocer si los datos proporcionados son reales o no.

determina que se puede observar todo el contenido menos el prohibido, el limitante hace que la regulación sea poco efectiva.⁵⁶ Es decir que el emisor asume una carga de verificación de las características propias del destinatario de la información.

Cuando la responsabilidad de no acceder al contenido está a cargo del receptor de la información, el receptor está en una buena posición por conocer la normatividad que le es aplicable (recuérdese que la ignorancia de la ley no es excusa), y en una mala posición dado que desconoce el contenido de la información publicada o que pretende enviar el emisor. Esto quiere decir que solo después de visualizar el contenido podrá saber si le era o no posible hacerlo a la luz de las leyes aplicables.⁵⁷ La solución esta dada por los sistemas de calificación y clasificación de información, con lo cual el usuario conocería previamente el contenido de la información. Claro está que con este mecanismo debe mediar confianza en un tercero quien es el encargado de emitir su juicio de valor respecto del contenido y, además, se requiere que el juicio de valor sea preciso. A pesar de lo anterior, de todas formas se mantiene la dificultad de controlar el cumplimiento de la regulación dado que es difícil imponer una norma a los usuarios pasivos, por las características propias del Internet, como es la imposibilidad de conocer su ubicación.

En el evento que el intermediario sea el llamado a ser responsable de bloquear contenido, hay que especificar si se trata de un proveedor del servicio de Internet o de un establecimiento que permite el acceso a Internet (como lo sería una biblioteca). Hay que aclarar que el intermediario es simplemente un facilitador de acceso a Internet por lo tanto no tiene la capacidad de monitorear a cual contenido accede el receptor de la información, ni que contenido publica o envía el emisor. De todas maneras es quien puede aplicar los filtros más fuertes para bloquear contenido.

Como ya hemos mencionado, y por las razones expuestas, descartamos totalmente que sean impuestos por proveedores del servicio de Internet.

En el caso de los establecimientos que permiten el acceso a Internet, es muy usual que en ellos recaiga este tipo de regulaciones. Es más fácil regular su actuar que regular el de un emisor o receptor de contenido en el Internet. De tal forma, se le preferirá al momento de escoger a quién tildar como responsable.

VI.-Propuesta de regulación

Después de detenernos en el análisis de los tipos de regulaciones que se han implementado para evitar el acceso de los menores a material pornográfico, léase las normas jurídicas en Colombia y en Estados Unidos y la regulación vía el uso de

⁵⁶ LESSIG, Lawrence. RESNICK. Paul. *Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model*. En: Michigan Law Review. Vol. 98:395. 1998. p. 405.

⁵⁷ *Ibid.* p. 410.

medios tecnológicos, es claro que la regulación debe ser mixta. Es decir conformada por normas jurídicas y mecanismos tecnológicos como son los filtros.

Las normas jurídicas deben estar bien direccionadas, es decir deben recaer sobre los sujetos adecuados, deben remediar las fallas que se han planteado en los acápites anteriores en cuanto a la determinación de deberes, prohibiciones y medidas técnicas a aplicar, y, algo muy importante, es que su alcance debe ser acorde a la constitución. Adicionalmente, y algo que parte de la lógica, el marco normativo debe mostrar un entendimiento de la tecnología, es decir del Internet y de las medidas tecnológicas a aplicar.

Además de las normas jurídicas, los métodos tecnológicos son importantes para la regulación en el Internet, y específicamente para proteger a los menores del contenido pornográfico. Para efectos de la propuesta de cómo pueden implementarse los medios tecnológicos, que para el caso puntual son los filtros, utilizaremos como escenario una biblioteca, que se caracteriza por ser el sitio más relevante donde se ofrece acceso de Internet al público. Ni siquiera mencionamos la posibilidad de utilizar filtros por parte de los proveedores del servicio de Internet, situación que es totalmente inaceptable.

El uso de los filtros tendría que supeditarse a las siguientes condiciones: (i) La empresa que provee el software para filtrar el contenido en el Internet tiene que revelar el sistema de clasificación y calificación que utiliza para filtrar contenido, (ii) Los filtros no deben instalarse en todos y cada uno de los computadores en la biblioteca, debe hacerse en los computadores que serán utilizados por los menores, (iii) Los filtros deben poderse activar y desactivar en los diferentes computadores, posibilidad que debe estar restringida al personal autorizado de la biblioteca, y (iv) Debe mediar una reglamentación del uso del Internet en la biblioteca que establezca que los menores solamente podrán utilizar los computadores con filtros activados y solamente podrán utilizar los computadores con filtros desactivados con la supervisión de sus padres.

Se observa de lo anterior que los filtros solamente se instalarían en los computadores de los menores y así se evitaría una posible vulneración del derecho a la libertad de expresión de los adultos, y de esta forma se estaría asegurando que los menores están protegidos al no tener acceso a material pornográfico. Claro está que se mantendría el riesgo de que el filtro prive a los menores de acceder a información educativa o de otro tipo similar, es decir beneficiosa para este, lo cual es una debilidad inevitable de la propuesta.

Al mismo tiempo se distingue que definitivamente quienes deben asumir el rol activo frente a lo que visualizan los menores son sus padres, dado que son ellos

quienes tienen el deber y, al mismo tiempo, el derecho de restringir el acceso de sus hijos a determinado contenido o información en el Internet. La propuesta permite que estos establecimientos donde se provee conexión a Internet -las bibliotecas- puedan eximirse de responsabilidad al permitir acceso a menores, solicitando a los padres autorización para utilizar computadores sin filtro, de lo contrario, y como una regla interna del uso de este servicio, imponer que todos los menores solamente podrán utilizar un computador que tenga instalado un filtro. Lo anterior traslada la carga y responsabilidad a los padres que son quienes finalmente tienen la obligación de proveer educación académica y moral a sus hijos.

No menos importante es la funcionalidad de activación y desactivación que deben tener los filtros. Esto permite que los adultos puedan hacer uso del Internet sin las restricciones dirigidas exclusivamente a los menores.

Vemos la propuesta planteada como una buena alternativa por conciliar los derechos de los menores y de los adultos, mediante la aplicación de unas medidas normativas y tecnológicas que evitan e impiden que los menores accedan a contenido pornográfico, pero asegurando los derechos constitucionales de los adultos.

VII.- Consideraciones finales

En este documento se analizó un problema que para muchos amenaza la integridad del Internet y por ello es de nuestro interés. El estudio de la legislación que se ha adoptado en otros países, de la jurisprudencia respectiva, al igual que de los problemas encontrados, tiene como objeto aprender de su experiencia para determinar cuáles son las necesidades de la legislación colombiana respecto a éste tema. Posiblemente con estas experiencias unidas a las nuestras, y aplicadas a las circunstancias socio-políticas de nuestro país y a nuestra constitución, podremos crear una regulación que mantenga un equilibrio entre los derechos e intereses que están envueltos en ésta polémica.

Esta problemática toca aspectos sumamente pasionales y por ello su estudio debe ser muy cuidadoso y lo más objetivo posible. Consideramos que es importante buscar una manera para que las grandes posibilidades que se abrieron con la creación del Internet no sean suprimidas. La posibilidad de unir al mundo permitiendo que la información y los negocios puedan sobrepasar fronteras es algo sin lo cual parece que no podemos vivir. El valor de poder comunicarse con cualquier persona, en cualquier parte del mundo y en cualquier momento para realizar un negocio, para saludar a un ser querido o simplemente para conocer otra cultura, acceder a una información desconocida o enriquecer sus conocimientos, es imposible de tasar.

Sin embargo, los hombres convivimos gracias a las reglas que nos rigen, determinando los comportamientos permitidos y protegiendo aquellas personas que son vulnerables en una comunidad. Es por ello que aún frente a un sistema donde no se comparte legislación ni costumbres, para que exista una convivencia deben existir ciertas protecciones y reglas.

En Colombia los derechos de los menores son prioritarios y así los niños deben ser protegidos de ciertos contenidos perjudiciales que pueden encontrar en el Internet, pero sin sacrificar los beneficios de éste. Por lo tanto, este estudio es de gran relevancia porque debemos proteger a nuestros menores, pero para hacerlo debemos buscar los medios más adecuados y aquellos que no atenten contra el fin mismo del Internet.

Se han impuesto controles, mediante normas jurídicas y mecanismos tecnológicos para evitar el acceso de los menores a contenido pornográfico. Aunque tanto el alcance de las normas como el uso de los mecanismos de bloqueo de contenido han sido cuestionados, sirven, por lo menos, como ejemplo y punto de partida para gozar de unos medios adecuados conformes a la constitución.

Con las regulaciones para proteger a los menores del contenido pornográfico en Internet, que ya hemos analizado, el Internet se está zonificando. La zonificación sucede cuando en virtud del poder que ejerce el Estado a través de las normas promulgadas por el legislador, se discrimina algún sector de la sociedad, como son los menores, a razón de sus condiciones, por ejemplo su edad, y no se le permite acceder determinado contenido. Es decir que se zonifica la posibilidad de acceso al Internet. Entonces el riesgo que se deriva de la zonificación del Internet es que este cambio modifique radicalmente lo que se pretendió desde su creación y lo que efectivamente nos concedió originalmente el Internet.

Claro está que para cumplir con el deseo o necesidad, según algunos, de zonificar el Internet es indispensable tener la habilidad de identificar a las personas dependiendo del tipo de discriminación que se pretenda imponer. En el caso de prevenir que los menores accedan a contenido pornográfico entonces se tendrá que implementar un sistema que permita conocer que la persona es menor de edad y por eso no puede acceder a esa información. Lo mismo sucedería de país a país en donde una norma prohíba la difusión de cierta información. De esta forma se impone la carga de implementar este tipo de sistemas. El resultado en el futuro será que en una misma página se obtenga distinto contenido dependiendo de quien y desde donde se esté conectando al Internet.

Para concluir, resta decir que el análisis de los distintos tipos de regulación para efectos de controlar el contenido en el Internet, junto con el planteamiento de las principales controversias de donde surgen varios problemas jurídicos, que fueron mencionados durante este estudio, deben tomarse, dado la complejidad del tema,

como una primera aproximación y como una invitación a que los estudiosos que comparten este tipo de preocupaciones se detengan en este debate que se anuncia como una verdadera confrontación de intereses.

VIII. *Bibliografía*

Legislación

- Child Online Protection Act (COPA) del 23 de octubre de 1998.
- Children's Internet Protection Act (CIPA) del 7 de junio de 1999.
- Communication Act de 1934.
- Communication Decency Act de 1996.
- Constitución Nacional. Bogotá: Legis Comentado.
- Constitución de Estados Unidos.
- Decreto 1524 de 2002.
- Ley 679 de 2001.

Jurisprudencia

- *Mainstream Loudon v. Board of Trustees of the Loudon County Library*. 24 F.Supp.2d 552 (E.D. Va. 1998). (<http://www.tomwbell.com/NetLaw/Ch04/Loudoun.html>)
- *Reno v. ACLU* 521 U.S. 844 (1997). (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=96-511>)
- Sentencia Corte Constitucional. C-010 de enero 19 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. En: *Doctrina y Jurisprudencia*, Bogotá. Tomo XXIX, No. 341, mayo de 2000.
- Sentencia Corte Constitucional. SU-056 de febrero 16 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: *CEPEDA ESPINOSA*, Manuel José. *Derecho Constitucional y Jurisprudencial*. Colombia: Legis, 2001.
- Sentencia Corte Constitucional. T-293 de junio 27 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández. En: *Doctrina y Jurisprudencia*, Bogotá. Tomo XXIII, No. 274, octubre de 1994.

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de junio 29 de 2004, *Aschcroft v. ACLU*. (<http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-218.pdf>)

Doctrina

- American Civil Liberties Union. *Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning? How Rating and Blocking Proposals May Torch Free Speech on the Internet*. (<http://archive.aclu.org/issues/cyber/burning.html>)
- BALKIN, J.M. NOVECK, Beth Simone. ROOSEVELT, Kermit. *Filtering the Internet: A Best Practices Model*. September 15, 1999. (http://webserver.law.yale.edu/infosociety/filtering_report.html)
- Bertelsmann Foundation. *Self-regulation of Internet Content*. September 1999. (<http://www.bertelsmann-stiftung.de/de/index.jsp>)
- Contrato de Comercialización y Prestación de Servicios de Telecomunicaciones. Cablenet.
- Gacetas constitucionales de la constitución de 1991.
- *High Court: Porn Law Too Broad*. En: Wired News. June 29, 2004.
- *Internet Filter Effectiveness: Testing Over and Underinclusive Blocking Decisions of Four Popular Filters*. (http://www.copacommission.org/papers/filter_effect.pdf)
- Internet/Workstation Policy. Miami Dade Community College. (<http://www.mdpls.org/info/policies/internet.asp>)
- LESSIG, Lawrence. *What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering*. En: Jurimetrics Journal. May 12, 1998. (http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/what_things.pdf)
- LESSIG, Lawrence. RESNICK, Paul. *Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model*. En: Michigan Law Review. Vol. 98:395. 1998.
- MAY, Colby M. Policy Implications of Filtering, Labeling and Rating. July 21, 2000.
- MCCULLAGH, Declan. *Appeals Court Strikes Down Net Porn Law*. En: News.Com. March 6, 2003. (http://news.com.com/2102-1028_3-991477.html?tag=st_util_print)

- NADEL, Mark S. *The First Amendment's Limitations on the Use of Internet Filtering in Public and School Libraries: What Content Can Librarians Exclude?* En: Texas Law Review. Vol. 78:1117. 2001. p. 1118.

(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=230834)

- RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. "Derechos de Autor en el Internet". En el libro *"Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones"*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Junio del 2002.

- RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. *Naturaleza Jurídica de los Nombres de Dominio*. En el libro *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Junio del 2002.

- WALLACE, Jonathan D. *Purchase of Blocking Software By Public Libraries is Unconstitutional*. November 9, 1997. (<http://www.spectacle.org/cs/library.html>).

- RESNICK, Paul. *PICS, Censorship, & Intellectual Freedom FAQ*. August 4, 1999. (<http://www.w3.org/PICS/PICS-FAQ-980126.html>)

- ZITTRAIN, Jonathan. EDELMAN, Benjamin. *Documentation of Internet Filtering Worldwide*. October 24, 2003. (<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/>)

- ZITTRAIN, Jonathan. EDELMAN, Benjamin. *Documentation of Internet Filtering in Saudi Arabia*. July 15, 2002. (<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/saudiarabia/>)

- ZITTRAIN, Jonathan. EDELMAN, Benjamin. *Empirical Analysis of Internet Filtering in China*. March 20, 2003. (<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/china/>)