

White Buffalo Ventures, Llc.
actora-apelante

contra

Universidad de Texas, Austin
demandada-apelada

Recurso de Apelación
interpuesto el 2 de agosto de 2005
ante la Cámara Federal de Apelaciones
del Quinto Circuito
de los Estados Unidos de América

APELACIÓN DEL FALLO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL DISTRITO OESTE DE TEXAS

Traducción: T. P. Nora Inés Baldacci

[d]

dossier

**CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES
QUINTO CIRCUITO**

**Recurso de Apelación interpuesto el 2 de agosto de 2005
Charles R. Fulbruge III, Secretario,
ante la Cámara Federal de Apelaciones del Quinto Circuito**

M 04-50362

**WHITE BUFFALO VENTURES, LLC
ACTORA-APELANTE**

CONTRA

**UNIVERSIDAD DE TEXAS EN AUSTIN
DEMANDADA-APELADA**

**APELACIÓN DEL FALLO
DEL TRIBUNAL FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEL DISTRITO OESTE DE TEXAS**

Ante los Dres. DAVIS, SMITH, y DEMOSS, Jueces de Cámara.

Dr. JERRY E. SMITH, Juez de Cámara:

Esta causa versa sobre la reglamentación de mensajes de correo electrónico (“e-mails”) de contenido comercial no solicitados, enviados en forma masiva (una especie del género más amplio de las comunicaciones, comúnmente denominado “spam”). La actora, White Buffalo Ventures, LLC (“White Buffalo”), opera varios servicios de citas online, entre ellos, “longhornsin-gles.com”, que apunta al mercado de los estudiantes de la Universidad de Texas en Austin (“UT”). De conformidad con su política interna anti-promociones, la UT bloqueó los intentos de White Buffalo de enviar masivamente e-mails de contenido comercial no solicitados.

White Buffalo trató de impedir que la UT excluyera su e-mails entrantes. El tribunal de primera instancia

denegó la medida cautelar solicitada. Ante el pedido recíproco de dictado de sentencia sobre la base de los escritos iniciales sin producción de más prueba, el tribunal hizo lugar al pedido de la UT y denegó el de White Buffalo. White Buffalo apela, cuestionando el fallo, basándose en que la legislación federal prevalece sobre la política interna anti-spam de la UT (las “Normas del Consejo”) y en que la política viola la Primera Enmienda. Conscientes de que esta causa contempla varias cuestiones novedosas, cuya importancia crecerá proporcionalmente con la mayor confianza cultural y económica en Internet, confirmamos el fallo recurrido.

Tomamos dos decisiones. Primero, fallamos que la Ley de Control de Spam no prevalece sobre la política anti-spam de la UT. Segundo, fallamos que la política es admisible de conformidad con la doctrina del discurso comercial protegida por la Primera Enmienda, aunque nos reservamos la opinión sobre si los servidores de e-mail de una universidad estatal constituyen materia pública o privada.

I

A

No existió controversia entre las partes respecto de los hechos. La UT provee, sin cargo, acceso a Internet y direcciones de e-mail al cuerpo docente, personal administrativo y estudiantes, en el dominio “utexas.edu.” Los titulares de cuentas de correo electrónico pueden acceder a ellas tanto por tierra (por medio de conexiones inalámbricas o de “clusters” cableados autenticados) o por medios remotos (a través de algún otro proveedor de acceso a Internet). Todo propietario de una cuenta de usuario de la UT puede, por ejemplo, conectarse desde el proveedor del servicio dial-up (conexión telefónica) o banda ancha y revisar los e-mails ubicados en alguno de los 178 servidores de la UT.

La UT tiene como política bloquear ciertos tipos de spam entrante, sin perjuicio de su contenido comercial o de la autenticidad de su origen. De conformidad con las Normas del Consejo, el Departamento de Tecnología (“ITC”) implementa procedimientos para (1) bloquear los e-mails de contenido comercial no solicitados y (2) detener la transmisión de dichos e-mails.

White Buffalo opera diversos servicios de citas online, entre ellos, el denominado “longhornsgingles.com,” que apunta al mercado de los estudiantes de la UT. En febrero de 2003, White Buffalo cursó una solicitud en virtud de la Ley de Información de Acceso Público (*Public Information Act*) requiriendo todas las “direcciones de e-mail no confidenciales y no exentas” registradas por la UT, la que respondió informando todas las direcciones de e-mail que reunían dichas condiciones. En abril de 2003, White Buffalo comenzó a enviar “spam” legal de contenido comercial a miembros de la comunidad de la UT.

La UT recibió varias quejas referidas a “blasts” (envíos masivos) de e-mails no solicitados por parte de White Buffalo. Como resultado de la investigación que condujo la UT, se determinó que White Buffalo, en efecto, había enviado e-mails no solicitados a decenas de miles de titulares de cuentas de e-mail de la UT, y entonces remitió una carta exigiendo su cese. White Buffalo se rehusó a dar cumplimiento a dicha exigencia, por lo que la UT bloqueó todos los ingresos de e-mails desde la dirección IP, que era la dirección fuente del spam no solicitado de White Buffalo. El filtro bloqueó todos los e-mails enviados desde dicha dirección IP a direcciones “@utexas.edu”.

B

White Buffalo obtuvo una medida cautelar restrictiva temporaria por parte del tribunal estadual. La UT cambió la radicación de la causa al fuero federal basándose en la existencia de una cuestión de competencia federal; allí la medida cautelar restrictiva se mantuvo hasta la realización de una audiencia referida a la medida cautelar. Luego de la audiencia celebrada en mayo de 2003, el tribunal de primera instancia denegó la medida. Las partes completaron la etapa de prueba preliminar, y ambas solicitaron que se dictara sentencia sobre la base de los escritos iniciales, por tratarse de una cuestión de puro derecho. El tribunal de primera instancia hizo lugar al pedido de la UT y denegó el de White Buffalo.

II

A

-1-

Esta Cámara procede a analizar por segunda vez el dictado de sentencia en base a los escritos iniciales, de conformidad con la Regla de Procedimiento Civil 56 (*FED R. CIV. PROC.* 56) que se aplica al tribunal de primera instancia. *Ford Motor Co. v. Tex. Dep't of Transp.*, 264 F.3d 493, 498 (5° Cir. 2001). Ante el pedido recíproco de dictado de sentencia sobre la base de los escritos iniciales, el tribunal de primera instancia dictó sentencia a favor de la UT. En esta instancia, los planteos de las partes se analizan de manera independiente, interpretándose la prueba y conclusiones del modo más favorable a la parte contraria. Véase *cit.* Analizamos por segunda vez la decisión de un tribunal de primera instancia sobre cuestiones de prelación. Véase *Baker v. Farmers Elec. Coop., Inc.*, 34 F.3d 274, 278 (5° Cir.1994).

-2-

El principio del orden de prelación de las normas se origina en el Cláusula de Supremacía, que otorga a la legislación federal prevalencia sobre la legislación estadual en caso de conflicto. Véase *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 505 U.S. 504, 516 (1992). La prelación de la legislación estadual que proviene de la Ley de Control del Spam deriva de una disposición expresa contenida en la Ley. Véase 15 U.S.C. (*United States Code –Compendio de Leyes Federales de los EEUU*) § 7707(b).

Si bien el tribunal debe comenzar con la expresión determinada por el Congreso, también debe “identificar el dominio expresamente relegado.”. El hecho de que el Congreso haya relegado expresamente determinada actividad es una cuestión simple, pero el ámbito de esa relegación expresa no lo es. La facultad de suplantar legislación estadual es una “facultad extraordinaria en un sistema federal.” *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 460 (1991). La prelación altera radicalmente el equilibrio entre las autoridades estadual y federal, y es por ello que históricamente la Corte Suprema se rehusó a imponer tal alteración. Véase *cit.* La Corte se refirió a este principio como una presunción contra la prevalencia de la legislación estadual. El análisis clásico del Cláusula de Supremacía es la doctrina que sostiene que “el vínculo corresponde al estado”, y la existencia una disposición expresa de prelación no siempre demarca de manera tan simple sobre qué prevalece expresamente la legislación federal.

-3-

El tribunal de primera instancia falló, sobre la base de los escritos iniciales, a favor de la UT en el reclamo de White Buffalo de que la Ley de Control de Spam prevalece sobre la reglamentación anti-spam del Departamento de Tecnología. El tribunal fundamentó su fallo en cuatro postulados: (1) que los “objetivos” de la Ley de Control de Spam, conforme se determinan por referencia a la ley y al Dictamen del Senado que la acompaña, indican que el Congreso no tuvo la intención de hacer prevalecer los avances tecnológicos por sobre la lucha contra el spam; (2) que el artículo 7707(c) específicamente exime a la UT del alcance de la prelación expresa; (3) que el artículo 7707(b)(2) -que reza que “[l]as leyes estatales no específicamente referidas al correo electrónico, entre ellas, las referidas a violaciones de derechos, o a la responsabilidad contractual o extracontractual” no son desplazadas- exceptúa a la política anti-spam de la UT porque esta política es parte de un grupo más amplio de normas anti-spam; y (4) que la política del Departamento de Tecnología de la UT no es una “ley, reglamentación o norma de un estado o subdivisión política de un estado” y por lo tanto no es desplazada por el artículo 7707(b)(1). No estructuramos nuestro debate en función de estos cuatro postulados (dado que la expresión de agravios presenta una mejor organización alternativa), sino que procedimos a analizar cada uno de ellos en su contexto adecuado.

Según sabemos, ninguna sala del Quinto Circuito ha examinado parte alguna de la Ley de Control de Spam, y ningún tribunal de este país ha considerado la cláusula de prevalencia de la legislación. Es por ello que esta cuestión se trata por primerísima vez.

En parte, la Ley de Control de Spam prohíbe los e-mails de carácter comercial que sean fraudulentos, abusivos y engañosos, 15 U.S.C. artículo 7703, 7704; dispone la exigibilidad de la Ley por parte de los organismos federales, los estados, y los proveedores de servicios de Internet, *cit. art. 7706*; y contempla el dictado de reglamentaciones para implementar los objetivos de la Ley, *cit. art. 7711*. Las partes admitieron, en primera instancia y en la apelación, que White Buffalo cumplió con las exigencias de la Ley de Control de Spam. Sus envíos masivos de e-mails no fueron ilegales.

La cláusula de prelación de la Ley de Control de Spam es más que relevante para el reclamo de White Buffalo:

Este capítulo reemplaza toda ley, reglamentación o norma de un estado o subdivisión política de un estado que expresamente reglamente el uso de correo electrónico para enviar mensajes de contenido comercial, salvo en la medida en que dicha ley, reglamentación o norma prohíba la falsedad o engaño en cualquier parte de un mensaje de correo electrónico de contenido comercial o información adjunta. § 7707(b)(1).

White Buffalo alega que esta cláusula de prelación impide a la UT dictar reglamentaciones para impedir el ingreso de e-mails provenientes del dominio “longhornsingles.com” a usuarios de “utexas.edu”. Según White Buffalo, como la UT es una entidad estatal y ha reconocido que el spam de White Buffalo no es ni falso ni fraudulento, la Ley de Control de Spam prevalece sobre las Normas del Consejo que autorizan los filtros de e-mails. White Buffalo no cita más argumentos que el art. 7707(b)(1) para sustentar esta postura.

La cuestión se complica aún más dado que, además de establecer la cláusula de prevalencia, el art. 7707 identifica a un grupo de entidades como exentas de todo posible efecto de prelación. Dispone que “[n]inguna parte de este capítulo podrá interpretarse en el sentido de tener efectos sobre la legitimidad o ilegitimidad . . . de la adopción, implementación o exigibilidad, por parte de un proveedor de servicio de acceso a

Internet, de negarse a transmitir, dirigir, retransmitir, manejar o almacenar cierto tipo de mensajes de correo electrónico.” Art. 7707(c).

El tribunal de primera instancia dispuso que la Ley de Control de Spam no prevalece sobre la política anti-spam de la UT. Nótese que el art. 7707(c) permite a los proveedores de servicio de Internet emplear medidas de protección, y dispuso que la UT pertenece a dicho grupo de proveedores de servicios. El tribunal también se basó en el reconocimiento por parte del Congreso de “los problemas vinculados al rápido crecimiento y abuso de e-mails de contenido comercial no solicitados [que] no pueden ser resueltos por la legislación Federal solamente” sino que requieren también el “desarrollo y adopción de avances tecnológicos” para ayudar al cumplimiento de los objetivos de la Ley. Véase 15 U.S.C. § 7701(a)(12). El tribunal determinó que “[l]a Ley . . . no impide a las entidades estatales como la UT utilizar dispositivos tecnológicos [como] los filtros de spam para conservar espacio del servidor y resguardar el tiempo y los recursos de sus empleados, estudiantes y cuerpo docente.” *White Buffalo Ventures, LLC v. Univ. of Tex. at Austin*, N° A-03-CA-296-SS, 2004 WL 1854168, en *4 (W.D. Tex. Mar. 22, 2004).

Existen dos interpretaciones opuestas, ambas arraigadas firmemente en el texto de la Ley, sobre el grado de poder que las entidades estatales pueden ejercer en respuesta al spam de contenido comercial. Según la primera, las entidades estatales no pueden reglamentar el discurso comercial salvo en la medida en que dicha reglamentación se vincule a la autenticidad de la fuente y contenido del discurso. Según la segunda, las entidades estatales pueden implementar diversas restricciones al discurso comercial no vinculadas a su autenticidad, siempre y cuando la entidad que las implemente sea un “proveedor de acceso a Internet”.

Como resultado de la aparente falla del Congreso en contemplar esta cuestión, no debemos inferir la prelación. La ambigüedad del texto da lugar a la fuerte presunción en contra de dicha determinación, y no podemos estar seguros de si las reglamentaciones de la UT encuadran en el ámbito de la cláusula de prelación expresa. La UT puede entonces implementar las Normas del Consejo sin violar la Cláusula de Supremacía.

B

-1-

La UT sostiene que la Ley de Control de Spam no prevalece sobre la política del Departamento de Tecnología (1) porque la Ley no sustituye la facultad estadual de suplementar la legislación federal y (2) porque la Ley de Control de Spam prevalece sobre las normas estatales referidas al *envío*, más que a la *recepción*, de e-mails de contenido comercial no solicitados. El art. 7707(b)(1) especifica cuidadosamente que las subdivisiones políticas estatales caen dentro de su ámbito de prelación, y la UT es una universidad pública.

Tomada aisladamente, la disposición es explícita respecto del tipo de políticas sobre las que prevalece la Ley de Control de Spam. En términos legos, las entidades estatales no pueden reglamentar el uso de correo electrónico para enviar spam de contenido comercial, salvo en la medida en que dichas normas se vinculen con la autenticidad de la fuente y el contenido. La UT enfatiza la decisión del Congreso de usar la palabra “enviar” en la ley. Así, sostiene la UT, la Ley de Control de Spam no prevalece sobre su reglamentación referida a los e-mails “recibidos”. Nos rehusamos a dar a la palabra “enviar” el significado específico que la UT alega.

-2-

La Ley de Control de Spam no prevalece sobre las Normas del Consejo, porque el art. 7701(b)(1) se encuentra en conflicto con otras partes simples y claras del texto de la Ley, y dicho conflicto da lugar a la presunción en contra de la prevalencia. El tribunal de distrito quiso interpretar adecuadamente el art. 7707(c), que reza, “Ninguna parte de esta Ley podrá interpretarse en el sentido de tener efectos sobre la legitimidad o ilegitimidad . . . de la adopción, implementación o exigibilidad, por parte de un proveedor de servicio de acceso a Internet, de negarse a transmitir, dirigir, retransmitir, manejar o almacenar cierto tipo de mensajes de correo electrónico.” Al no encontrar prevalencia expresa alguna, el tribunal (1) declaró que la política del Departamento de Tecnología no podía constituir una “ley, reglamentación o norma de un estado o subdivisión política de un estado” art. 7707(b)(1), y (2) hizo notar que la UT es un “proveedor de acceso a Internet.” Sugerir alguna cuestión en el sentido de que (1)—la política del Departamento de Tecnología no constituye política de una subdivisión estadual—es incorrecta y exige poca explicación. El Departamento de Tecnología implementa las directivas del Consejo de Rectores y opera de acuerdo a las facultades de este último; sus políticas constituyen, entonces, normas de una subdivisión estadual.

Por ello, nos dedicamos principalmente a analizar el punto (2). El tribunal de primera instancia estableció que “la UT es ciertamente un proveedor de servicio de acceso a Internet para sus alumnos, si no para sus empleados y cuerpo docente, y está entonces expresamente autorizada por ley para implementar políticas por las que se niegue a transmitir, dirigir, retransmitir, manejar o almacenar spam.”

El tribunal de primera instancia dice “ciertamente” sin referencia alguna a la definición provista en la ley. El Congreso, de hecho, importa esta definición genéricamente de un precedente legislativo, la Ley de Libertad Impositiva de Internet (*Internet Tax Freedom Act*): “[U]n servicio que posibilita a los usuarios acceder al contenido, información, correo electrónico y otros servicios ofrecidos en Internet, y que puede también incluir el acceso a contenido, información y otros servicios sujetos a derechos de propiedad intelectual, como parte de un paquete de productos ofrecidos a los consumidores.” 47 U.S.C. § 151.

Dudamos de que estos legisladores, responsables del dictado de la Ley de Libertad Impositiva de Internet, hayan considerado seriamente la situación que configuran los hechos en esta causa. En efecto, la UT provee servicios de acceso a Internet—cada vez que alguien se sienta en la terminal de una computadora en sus instalaciones—pero los usuarios no necesariamente deben consultar sus e-mails de la UT desde computadoras de la red de la UT, dado que pueden acceder de manera remota al servidor de e-mails. Sin embargo, la condición de “Proveedor de Acceso a Internet” no parece cambiar por la cantidad de accesos remotos, y nos vemos forzados a determinar que proveer cuentas de e-mail y acceso a e-mails no hace encuadrar a la UT en la definición legal que se tomó prestada de la Ley de Libertad Impositiva de Internet. Por ello, decidimos que la UT cae dentro del ámbito del art.7707(c).

D

Analizamos esta cuestión utilizando un diagrama de Venn, el área de intersección que el Congreso no previó —aquella en que la entidad estadual es la proveedora del acceso a Internet. En esa área reside la actividad que el Congreso expresamente tanto relegó como exceptuó del análisis de precedencia. Esta tensión, creada por el texto mismo de la ley, hace que nos sintamos renuentes a dejar sin efecto la fuerte presunción contraria a la prevalencia. Las Normas del Consejo de Regentes son válidas de conformidad con la Cláusula de Supremacía.

III

A

White Buffalo alega que el tribunal de primera instancia incurrió en error al dictar sentencia por haber declarado la cuestión de puro derecho sobre la base del reclamo referido a la Primera Enmienda. La presunta violación por parte de la UT de los derechos de White Buffalo amparados por la Primera Enmienda debe resolverse teniendo en cuenta el test cuatripartito sobre el discurso comercial descrito en los autos *Central Hudson Ga & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980). Revisamos una vez más las determinaciones sobre la Primera Enmienda de conformidad con la doctrina del discurso comercial. Véase *Moore v. Morales*, 63 F.3d 358, 361 (5th Cir 1995). Al resolver esta cuestión a favor de la UT, declinamos entender sobre el tema de si los servidores de e-mails de la UT constituyen o no materia pública.

B

Por discurso comercial se entiende “toda expresión relacionada únicamente con los intereses económicos del disertante y de su audiencia.” *Central Hudson*, 447 U.S. - 561. Nadie podría seriamente desconocer el carácter comercial del discurso en este caso.

En *Central Hudson*, la Corte declaró parcialmente inválidas ciertas reglamentaciones estatales que prohibían publicidad comercial orientada a la promoción del consumo de energía eléctrica. Véase *id.* - 572. La Corte determinó que las medidas adoptadas por el gobierno habían llegado mucho más allá de lo necesario para promover el interés sustancial del estado en la preservación de la energía. *Id.* - 569-70. Al así hacerlo, la Corte dio a conocer un test cuatripartito para evaluar la legalidad de las reglamentaciones en materia de discursos comerciales, que consiste en determinar: (1) si el discurso es ilegal o engañoso; (2) si el interés manifestado por el gobierno es sustancial; (3) si la medida adoptada por el estado promueve directamente ese interés, y (4) si la medida adoptada por el estado va más allá de lo necesario para promover dicho interés. Véase *id.* - 566.

-1-

Para dilucidar la primera cuestión planteada en el caso *Central Hudson*, debemos determinar si el discurso es ilegal o engañoso. Véase *id.* Ambas partes coincidieron en que las promociones comerciales de White Buffalo son legítimas y contienen información precisa sobre los hechos a los que aluden.

-2-

En cuanto a la segunda cuestión debatida en los autos citados, debemos evaluar el carácter “sustancial” de los intereses manifestados por el gobierno. Véase *id.* Los adelantos tecnológicos de la UT sirven a dos intereses primarios: (1) salvaguardar el tiempo y los intereses de los titulares de cuentas de e-mail de la UT (“eficiencia de los usuarios”) y (2) proteger la eficiencia de sus redes y servidores (“eficiencia de los servidores”). Diferenciamos los dos intereses por razones de importancia a la luz de la cuarta faceta del análisis del caso *Central Hudson*.

A los fines de la evaluación de la sentencia dictada sobre la base de los escritos iniciales, consideramos sustancial el interés del gobierno en proteger a los usuarios de su red de e-mails de las molestias relacionadas con el envío de promociones comerciales no deseadas. También es sustancial el interés referido a la “eficiencia de los servidores”, si bien debe independientemente superar la prueba de “justa adecuación” en el marco de la cuarta faceta debatida en el caso *Central Hudson*. El “sufrimiento de los servidores” es uno de los intereses que las partes (de carácter público o privado) involucradas en litigios asociados con el uso de Internet citan con mayor frecuencia y las normas impuestas en aras de dichos intereses requieren mucho más que un sello estampado por los tribunales de justicia, por las razones que se explican, parcialmente, en la parte III.B.4.b, *infra*

-3-

En función de la tercera faceta objeto de análisis en el caso *Central Hudson*, debemos determinar a renglón seguido si la política de la UT sirve directamente a los dos intereses sustanciales manifestados: (1) el de sanear la red en beneficio de los titulares de sus cuentas de e-mail (eficiencia de los *usuarios*) y (2) el de preservar la eficiencia operativa de sus servidores (eficiencia de los *servidores*). Véase *id.* - 569. Una vez más, no se vislumbra la existencia de controversia alguna en cuanto a que la política anti-spam de la UT, que bloquea el ingreso de ciertas determinadas promociones comerciales como respuesta a las quejas presentadas por los titulares de las cuentas, sirve directamente a ambos intereses. Es casi imposible concebir un medio más directo de impedir que promociones comerciales no deseadas aparezcan en las casillas de ingreso de información de los titulares de cuentas y ocupen espacio en los servidores que dictar una política que excluya a ese material de la red de e-mails.

-4-

Habiendo dado respuesta a los tres primeros interrogantes del caso *Central Hudson* a favor de la UT, debemos abordar la cuestión más difícil: determinar si la política del Departamento de Tecnología no tiene un alcance más amplio que el necesario para satisfacer por lo menos uno de los dos intereses sustanciales del estado. Véase *id.* - 569-70. White Buffalo alega que la política anti-spam de la UT no cumple con este último requisito, aunque su objeción es difícil de discernir con precisión. En apariencia, White Buffalo objeta el excesivo carácter restrictivo de dicha política sobre la base de que es imposible articular con precisión en qué consiste la reglamentación de la UT.

En contraposición, la UT (sobre la base de lo sostenido por el tribunal de primera instancia sobre este tema controvertido) argumenta que la política fue formulada en forma estricta con el propósito específico de proteger al sistema y a los usuarios únicamente contra aquellos e-mails de promociones comerciales no deseadas que hubieran sido identificados por reclamos expresos, controles del sistema o por otros medios. Las restricciones se reducen, entonces, al bloqueo de los e-mails provenientes de direcciones ISP específicamente individualizadas. Si bien podemos no concordar con todas las características de la política de la UT; sabemos de qué política se trata. La objeción planteada por White Buffalo a este respecto carece de sustento legal.

a] Con relación al primero de los presuntos intereses sustanciales del estado en juego, a saber, promover la eficiencia de los *usuarios*, la política del Departamento de Tecnología no tiene un alcance más amplio que el necesario. Por lo tanto, sostenemos que para evitar que los miembros de su comunidad pierdan tiempo en la identificación, borrado y bloqueo de spam no deseado, la UT tiene derecho a bloquear lo que

en otro contexto se considerarían legítimos envíos masivos de promociones comerciales (en la medida en que sus contenidos y puntos de vista sean neutrales).

b] Rechazamos, no obstante, el argumento de que la política del Departamento de Tecnología de la UT no tiene un alcance más amplio que el necesario para garantizar el segundo interés sustancial del estado, es decir, la eficiencia de sus *servidores*. Podría presentarse prueba en sustento de que el spam, tomado en su conjunto, afecta la eficiencia de los servidores de e-mails, y, de hecho, esto parece ser lo que alega la UT, que ha presentado una lista de entre 1.500 y 2000 direcciones IP bloqueadas. Updegrove declaró en la audiencia de mayo de 2003 antes mencionada que el “sistema” de la UT no podría funcionar sin dichos bloqueos. Es corriente recibir esta clase de testimonios cuando se alude a la eficiencia de los servidores como un interés (privado o público) en los juicios asociados con el uso de Internet.

No obstante, debemos considerar que la prueba en la forma más favorable a la apelada. Véase *Ford Motor Co.*, 264 F.3d - 498. Por otra parte, las reglamentaciones objetadas deberían indicar que quienes las propusieron “calcularon cuidadosamente las ventajas y beneficios asociados con el gravamen causado a los discursos en razón de su prohibición” *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 417 (1993) (se omiten citas y signos de puntuación internos).

Se han registrado testimonios que aseveran que White Buffalo puede enviar un volumen restringido de e-mails fuera de las bandas horarias pico, a los efectos de no perturbar la eficiencia de los servidores. Además, el listado de direcciones IP bloqueadas por la UT no hace ninguna de las distinciones que el Congreso consideró obviamente importantes entre (1) mensajes comerciales fidedignos e imágenes obscenas; (2) mensajes comerciales que prevén subscripciones y los que no lo hacen; (3) e-mails enviados durante horas de tráfico pico y fuera de ellas (4) e-mails que se han originado en fuentes legítimas y los que no. La dificultad radica en que aunque los registros demuestran que el desbloqueo de todo ese spam podría afectar la eficiencia de la red de e-mails de la UT, nada dicen acerca de los efectos de permitir que ingresen en ella, en horarios permitidos, mensajes con promociones comerciales en volúmenes restringidos.

Un intercambio de opiniones entre el apoderado de la UT y Updegrove ilustra vividamente la pobre correspondencia existente entre las restricciones impuestas por la UT y el interés sustancial en la eficiencia de los *servidores*:

P: Bueno, [apoderado de White Buffalo] dice, bueno.... “puedo enviarlos por la noche mientras los empleados no se encuentran allí. No enviaré demasiados al mismo tiempo. No creo que ello pueda afectar su sistema. Ahora, existe alguna razón que torne inaceptable esta propuesta?”

R: Bueno, si algo es incorrecto, el hecho de que sea ínfimo no lo hace correcto. Si una universidad pone ciertos recursos a disposición, su utilización indebida en una mínima proporción no es correcta”. Para que el razonamiento subyacente en el interés por la eficiencia de los *servidores* reúna los requisitos para aprobar la cuarta faceta del test del caso *Central Hudson*, los filtros de spam deben bloquear a un conjunto de mensajes no deseados que representen una legítima amenaza contra la eficiencia del servidor en cuestión.

Ello no implica que la UT deba trazar distinciones tajantes entre los tipos de spam cuando hacerlo torne económicamente inviable el filtrado, pero sí que cuando la UT pueda fácilmente utilizar cierta clase de filtros (durante ciertos horarios o en función de los volúmenes) debe hacerlo, en lugar de excluir sin más a la totalidad de los e-mails a granel no deseados sobre promociones comerciales. Si la utilización de

estos filtros es económicamente inviable, debería haberse arrimado prueba de ello en el expediente, ya que este solamente refleja que la UT no emplea estos filtros porque los legítimos remitentes del spam están subjetivamente “haciendo uso indebido” del sistema, no porque lo están sobrecargando.

Nuestra conclusión es que existe una pobre correspondencia entre la política anti-spam del Departamento de Tecnología de la UT y el interés aducido en la eficiencia del *servidor*. Este interés es casi siempre tan importante como el referido a la eficiencia de los *usuarios*, y aquella correspondencia es apropiada en este aspecto. Sin embargo, declarar que la integridad del servidor es un interés sustancial sin suficiente prueba que avale tal afirmación podría traer aparejadas imprevistas ramificaciones no deseadas en otros conflictos vinculados con el uso de Internet.

C

Una entidad gubernamental puede afirmar que una ley sirve a múltiples intereses y sólo es necesario que uno de ellos sea sustancial. Véase *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.*, 463 U.S. 60, 71-73 (1983). La política del Departamento de Tecnología de la UT sobrevive al análisis de la Primera Enmienda a pesar de que no se ha logrado justificarla con relación al interés en la eficiencia del servidor. Por lo expuesto, fallamos que la política anti-spam de la UT cuenta con sustento constitucional en virtud de los lineamientos del caso *Central Hudson*. Por haber fallado de esta manera, no es necesario que nos pronunciemos sobre qué tipo de materia sujeta a la Primera Enmienda es una red de e-mails perteneciente a una universidad pública.

Se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

— • —

Dado que el término “spam” suele usarse peyorativamente, es importante destacar que si bien implica necesariamente que el e-mail no fue solicitado, su significado general no (1) alude en absoluto a la veracidad de la información contenida en el e-mail; (2) requiere que la entidad remitente esté debidamente identificada o autenticada; ni (3) exige que el e-mail, aunque sea cierto, tenga carácter comercial. No obstante, no parece haber consenso sobre el significado preciso del término “spam,” que a veces se utiliza como sinónimo de e-mail no solicitado enviado “a granel”. Se denomina “blast” al grupo de mensajes spam enviados en conjunto.

El término “spam” deriva de un sketch de Monty Python Flying Circus de 1970, en el que una camarera recita un menú que contiene “huevos y spam; huevos tocino y spam; huevos tocino salchicha y spam; spam tocino salchicha y spam; spam huevos spam spam tocino y spam; spam salchicha spam spam tocino spam tomate y spam . . .” Véase Roger Allen Ford, Comentario, *Preemption of State Spam Laws by the Federal CAN-SPAM ACT (Prevalencia de la Ley Federal de Control de Mensajes Spam sobre la Legislación Estadual sobre Spam)*, 72 U. CHI. L. REV. 355, 355 n.1 (2005) (citando a DAVID CRYSTAL, LANGUAGE AND THE INTERNET (Lenguaje e Internet) 53 (Cambridge 2001)). (N.de la T.: Spam es una marca de comida enlatada hecha principalmente con carne de cerdo).

La UT aplica una política general en contra de las promociones, que articula en las Normas y Reglamentaciones del Consejo de Regentes del Sistema de la Universidad de Texas (el “Consejo”) (*Rules and Regulations of the Board of Regents of the University of Texas System*). De conformidad con dicha política, la UT, con escasas excepciones, prohíbe efectuar promociones en sus instalaciones y ha establecido procedimientos específicamente aplicables a las comunicaciones por e-mail no solicitadas, incluidas las promociones comerciales. En virtud de estos procedimientos, cuando las comunicaciones de e-mail no

solicitadas llaman la atención de los administradores de la red de la universidad (sea por reclamos, monitores del sistema o de otro modo), la UT toma medidas para bloquear o detener de algún otro modo su transmisión, con o sin notificación al remitente, según lo permitan o autoricen las circunstancias.

Específicamente, White Buffalo afirma que las reglamentaciones de la UT se han visto derogadas por la Ley para el Control de la Agresión causada por Pornografía y Publicidad no Solicitada (la “Ley de Control de Spam” o la “Ley”) (*Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketings Act of 2003 “CAN-SPAM Act”*), 15 U.S.C. (*United States Code –Compendio de Leyes Federales de los EEUU*) §§ 7701-7713, Pub. L. 108- 187, 117 Stat. 2619 (2003).

Estos procedimientos pueden o no contemplar la notificación al remitente, según las circunstancias.

Presumimos la legalidad de estos e-mails en base a estas actuaciones, el consenso de las partes y la ausencia de cuestionamiento al respecto.

Una dirección IP (*Internet Protocol - Protocolo de Internet-*) es una dirección numérica única de 32 bits, escrita como numerales separados por puntos, que identifica a cada remitente o receptor de información que navega por Internet. Una dirección IP tiene dos partes: el identificador de una red particular de Internet (esto es, los primeros 24 bits) y un identificador del dispositivo específico (que puede ser un servidor o una estación de trabajo –*workstation-*) dentro de esa red. Básicamente, una dirección IP identifica una sola computadora; esa computadora puede ser un punto de entrada a una red interna, pero eso no es relevante a los efectos del presente.

“Esta constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se dicten de conformidad con la presente;... serán la Ley suprema del Estado . . .” Constitución de los Estados Unidos secc. VI, art. 2.

Cipollone, 505 U.S. en 517; Véase también *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470, 484 (1996).

Véase *Cipollone*, 505 U.S. en 517-18; Véase también *Bldg. & Constr. Trades Council v. Associated Builders & Contractors*, 507 U.S. 218, 224 (1993) (“Somos reticentes a inferir la prevalencia . . .”); *Maryland v. Louisiana*, 451 U.S. 725, 746 (1981) (“Toda consideración en virtud del Principio de Supremacía comienza por la asunción básica de que el Congreso no tuvo la intención de desplazar la ley estadual.”).

La UT sostiene que el Departamento de Tecnología no es una subdivisión política del estado, Este argumento no tiene entidad suficiente, conforme explicamos en el apartado II.B.3, *infra*.

La UT postula que la Ley de Control de Spam no sólo reglamenta la “recepción” de e-mails, sino también su “remisión”. La UT sostiene que las Normas del Consejo rigen la “recepción” de e-mails. El art. 7707(b)(1) prevalece sobre la legislación estadual que regula “el uso de correo electrónico para enviar mensajes de contenido comercial.” Todos los e-mails (y toda la correspondencia común –“*snail mails*”- para el caso) son tanto “enviados” como “recibidos.”

La circunstancia que da lugar a la prevalencia es que el email haya sido enviado, no la identidad particular de la entidad que lo envía. No queremos decir que “enviar” y “recibir” nunca tengan significados más específicos en la ley, sino simplemente que no debe ponerse énfasis en la interpretación gramatical de esta disposición en particular con respecto a este caso.

En un pasaje vinculado, el tribunal de primera instancia dijo que “las Normas del Consejo [de Regentes] que regulan la promoción mediante el uso de instalaciones de la universidad no puede considerarse específico del correo electrónico ya que reglamenta todas las formas de promoción”. No es necesario que decidamos sobre esta cuestión, dado que tenemos fundamentos alternativos para resolver sobre la prevalencia.

Permitir a las instituciones educativas privadas, pero no a las públicas, actuar como custodios de los intereses de su comunidad on-line, sería una política poco común. Sin embargo, la prudencia de la política no orienta nuestra determinación de que la UT debería ser considerada un Proveedor de Acceso a Internet en virtud de la Ley.

El diagrama de Venn utiliza círculos para representar conjuntos, y la posición y yuxtaposición de los círculos indican las relaciones existentes entre los conjuntos.

En otras palabras, consideramos dos situaciones hipotéticas: una en la que los servidores de la UT se consideran materia pública, y otra en la que no lo son. Si los servidores no son materia pública, la cuestión en torno de la Primera Enmienda es de fácil resolución; si los servidores son materia privada, el gobierno puede regular el discurso en la medida en que su punto de vista sea neutral.. En la alternativa, si el servidor es materia pública, aplicamos la doctrina del caso *Central Hudson*. Si determinamos que esta reglamentación en particular podría satisfacer cualquiera de las dos situaciones, no es necesario resolver la cuestión del status público o privado de los servidores de e-mails de una universidad pública.

La opinión vertida en los autos *eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal.2000), es una de las primeras y quizás la más notoria instancia de esta línea de razonamiento. En el referido caso, el tribunal actuante sostuvo, con relación a una violación a la teoría de los bienes muebles, que si se permite que los demandados continúen desarrollando “actividades a gatas sin control, ello alentaría a otros participantes en subastas on-line a involucrarse en búsquedas reiteradas dentro del sistema de eBay que le producirían un gravamen irreparable, traducido en un menor rendimiento del sistema, o en su indisponibilidad, o en la pérdida de datos”. ” *Id.*- 1066. Véase además la nota 25, *infra*.

Ninguna de las partes aportó citas jurisprudenciales en apoyo de sus respectivas posturas sobre el tema del interés sustancial. El tribunal de primera instancia se basó en los detallados considerandos del Dictamen del Senado en apoyo del dictado de la Ley de Control de Spam.

La explicación acerca del motivo por el que solamente debe satisfacerse un solo interés sustancial consta en la parte III.C, *infra*.

Por “eficiencia del usuario” entendemos la posibilidad de los titulares de cuentas de e-mail de la UT de utilizarlas diariamente para sus respectivas actividades sin tener constantemente que identificar y borrar spam comercial no deseado.

En la audiencia para dilucidar la continuidad de la medida cautelar, celebrada el 20 de mayo de 2003, el Vice Presidente del Departamento de Tecnología de la Información de la UT, manifestó en su carácter de testigo que: “como mínimo insume cierto tiempo configurar un filtro de e-mails, corriendo el riesgo de que los mensajes legítimos sean filtrados por error, o en borrar uno por uno los mensajes no deseados. Continúa también sin respuesta el interrogante de qué parte del mensaje debe conocerse para decidir si es o no spam. El citado testigo afirmó que se impediría a la UT “bloquear o si se le requiriera desbloquear esos 1700 extraños sitios on-line, las capacidades operativas de sus empleados se verían gravemente degradadas[.]”

Podría decirse que esta “pobre correspondencia” es una objeción en términos de otras facetas del caso *Central Hudson*. Por ejemplo, la Suprema Corte realizó un análisis similar con relación a la tercera faceta en el caso *Greater New Orleans Broadcasting Ass’n, Inc. v. United States*, 527 U.S. 173, 188 (1999), al establecer que:

La tercera faceta del test en el caso *Central Hudson* se refiere a si la restricción del discurso redundante en

beneficio directo y sustancial del presunto interés gubernamental. Esta carga no queda satisfecha con una mera especulación o conjetura; por el contrario, el organismo gubernamental que procura restringir un discurso de carácter comercial debe demostrar que el daño que produce ese discurso es real y que la restricción lo minimizará. En consecuencia, las reglamentaciones pueden no ser convalidadas si solamente traen aparejado un respaldo poco efectivo o remoto al propósito gubernamental. Hemos observado que este requisito es de importancia crítica; de lo contrario, un Estado podría con absoluta facilidad restringir el discurso comercial en aras de otros objetivos que no justificarían la restricción.

(Se omiten citas y signos de puntuación internos.) La faceta a la que aluden nuestras observaciones no es relevante para el análisis del caso *Central Hudson*, porque la Suprema Corte ha sostenido que “todas son importantes y, en cierta medida, están interrelacionadas. Cada una pone de manifiesto una cuestión relevante que puede no estar sujeta al análisis del alcance de la Primera Enmienda, pero cuya respuesta bien puede fundamentar el dictado de una sentencia vinculada con las otras tres.” *Id.* - 183.

Esta información está contenida en la Prueba 4. Existen dos listados: uno de bloqueos por dirección del remitente y otro de bloqueos por dirección IP:

Por ejemplo, según el testimonio de Updegrove, sería imposible filtrar spam tomando como base el hecho de que su creador fue un comercio legítimo. Los filtros de e-mails no podrían automatizar esta tarea.

Esta no es más que una precaución cuya importancia se explica como resultado de nuestra mayor familiarización con los litigios que involucran el uso de Internet. Por ejemplo, en la gran mayoría de los casos sobre “violaciones digitales”, en los que el actor fundamenta la violación a derechos sobre bienes muebles en el uso no autorizado de un sistema o red de computación por parte del demandado, el tribunal interviniente sim-

plemente llegará a la conclusión, sin prueba o explicación que la sustente, de que el presunto uso no autorizado afectó el sistema.

Uno de los pronunciamientos más destacados en este sentido fue el del caso *Compuserve v. Cyber Promotions, Inc.*, 962 F. Supp. 1015, 1022 (S.D. Ohio 1997) (“En la medida en que los multitudinarios listados de correo electrónico de los demandados demandan espacio en disco y disminuyen el poder de procesamiento del equipo de computación del actor, dichos recursos no están disponibles para prestar servicio a los suscriptores de CompuServe. Por consiguiente, el valor de ese equipo para CompuServe se reduce aunque no sea dañado físicamente por la conducta de los demandados.”) Un gran número de tribunales mencionan la degradación del sistema y citan a *Compuserve*, pero centran su atención principalmente en aspectos tales como la clientela, la productividad de la mano de obra, y otros factores similares. Véase, e.g., *Am. Online, Inc. v. IMS*, 24 F. Supp. 2d 548, 550 (E.D. Va. 1998) (“El contacto (del actor) con la red de computación (del demandado) no fue autorizado, perjudicó el giro comercial (del demandado) y disminuyó el valor de sus derechos posesorios sobre su red de computación.”); *Am. Online, Inc. v. LCGM, Inc.*, 46 F. Supp. 2d 444, 452 (E.D. Va. 1998) (citando expresiones utilizadas en *Compuserve*).

Desde el pronunciamiento de la sentencia en *eBay*, no obstante, los tribunales se han vuelto un poco más circunspectos con respecto a la utilización del argumento del “desnivel resbaloso”. Véase *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*, 2003 WL 21406289 (C.D. Cal. Mar. 7, 2003) (“Ya que el “spider” no causó daño físico al bien, debe demostrarse que el uso o utilidad de la computadora (o red de computación) se ve adversamente afectada por el uso del “spider”. Este tipo de prueba no se ha producido en el presente caso. Este tribunal respetuosamente disiente de lo sostenido por otros en cuanto a que el mero uso de un “spider” para

ingresar a cualquier sitio público de Internet a los fines de recabar información, sin más, es suficiente para que se verifique el daño que debe producirse para que se configure una violación a bienes muebles”.

Este razonamiento, en ausencia de prueba suficiente que lo respalde, ha justificado la interposición de demandas en el marco de la Ley de Fraudes y Abusos Informáticos (Computer Fraud and Abuse Act (“CFAA”), 18 U.S.C. § 1030. Véase, e.g., *Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie, Inc.*, 1998 WL 388389, ¶ 34 (N.D. Cal. 16./abril1998) (no publicado). (“La prueba sustenta la decisión de que el actor posiblemente prevalecería en su demanda [CFAA] y de que existen al menos serios interrogantes sobre los fundamentos del reclamo del actor (entre ellos) que los demandados adoptaron dichas medidas (utilizando la capacidad del sistema) en pleno conocimiento de los riesgos que le causarían al sistema de computación de Hotmail y a sus servicios online, como por ejemplo, que Hotmail se vería obligado a retener o demorar el uso de sus servicios de computación a sus legítimos suscriptores; que los actos de los demandados perjudicaron a Hotmail; y que los demandados realizaron tales actos sin previa autorización de Hotmail.”) Es interesante destacar que el tribunal que condujo la investigación más exhaustiva sobre el daño emergente al sistema lo hizo abriendo la causa a prueba, y desechando su declaración de puro derecho. Véase *Am. Online, Inc. v. Nat’l Health Care Discount, Inc.*, 121 F. Supp. 2d 1255, 1275 (N.D. Iowa 2000). Incluso en el marco de la CFAA, no obstante, los tribunales se apoyan en las expresiones de la ley que aluden a la “pérdida” o “perjuicio” y no al “daño”. Véase, e.g. *EF Cultural Travel BV v. Explorica, Inc.*, 274 F.3d 577, 585 (1st Cir. 2001), maniobra que prácticamente refleja la tendencia de favorecer el interés en la eficiencia de los servidores de manera nominal y el interés en la eficiencia de los usuarios de manera sustancial.