

EL NUEVO MERCADO DE LAS IDEAS (Sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)

Por

ANTONIO FAYOS GARDÓ
Profesor de Derecho Civil
Universitat Jaume I de Castellón

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA SENTENCIA *RENO V. ACLU*: 2.1. *Una sentencia esperada*. 2.2. *Las principales líneas de la sentencia «Reno v. ACLU»*: 2.2.1. Un breve resumen de la sentencia de Philadelphia. 2.2.2. La argumentación del Gobierno en su recurso. 2.2.3. ¿Por qué debe ser considerada inconstitucional la CDA?: a) Ambigüedad e incerteza (*vagueness*). b) Posibilidad de elaborar una ley más respetuosa con la libre expresión. c) La protección de los menores no debe impedir la libre expresión entre los adultos. d) Inaplicabilidad de las defensas basadas en las acciones adoptadas con buena fe y racionalidad. 2.2.4. ¿Puede salvarse alguna parte de la ley? 2.2.5. El nuevo mercado de las ideas. 2.3. *La decisión final y el voto particular en contra de la misma*.—3. NUESTRAS CONCLUSIONES SOBRE LA SENTENCIA: DE NUEVO LA DESCONFIANZA FRENTE A LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO.

1. INTRODUCCIÓN

En esta misma revista publicamos el año pasado un artículo sobre la sentencia dictada por un Tribunal de Philadelphia el 11 de junio de 1996 declarando inconstitucional la *Communications Decency Act* o CDA, ley que forma parte de la *Telecommunications Act 1996*, caso conocido popularmente como el «asunto Internet», pues de lo que se trataba era de perseguir y castigar las conductas tendentes a distribuir pornografía en el citado medio (1).

La sentencia declaraba inconstitucional la citada ley, por su vaguedad, su finalidad restrictiva de la libre expresión entre adultos en un medio (el ciberespacio) cuya característica principal reside en la ausencia de controles y, en suma, por «*invadir el terreno sagrado de la Primera Enmienda*», tal como manifestaba el juez Buckwalter.

Ya comentamos también en su día el acierto de las conclusiones jurídicas elaboradas separadamente por los tres magistrados, en línea con la mejor jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión. No obstante la corrección de la sentencia, el Gobierno, y en su nombre la Fiscal General, Janet Reno, presentaron recurso contra la misma ante el Tribunal

(1) Vide *Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso Internet*, en el núm. 141 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1996, pág. 395.

Supremo el día 1 de julio de 1996, recurso que acaba de ser resuelto con fecha 26 de junio de 1997 (2), dictando el Tribunal la sentencia sobre el caso, que es la que vamos a estudiar seguidamente (3).

2. LA SENTENCIA *RENO V. ACLU*

2.1. *Una sentencia esperada*

La sentencia, redactada por el ponente Stevens, confirma la dictada por el Tribunal de Philadelphia, como por otra parte era de esperar, y así lo manifestamos en su día (4), fundamentalmente teniendo en mente la extensa jurisprudencia norteamericana protectora de la libertad de expresión en su sentido más amplio. Especialmente llegábamos a tal conclusión si examinábamos alguna sentencia posterior a la del caso *Internet*, como la de *Denver Consortium* (5), asunto en el que el Gobierno también trataba, al igual que con la CDA, de proteger a la infancia de determinados programas pornográficos, en este caso los emitidos por cable.

Esta sentencia, aunque reconocía la facultad del Gobierno de establecer limitaciones al derecho a la libre expresión para afrontar problemas extraordinarios, exigía que las restricciones fueran necesarias y que fueran diseñadas adecuadamente para conseguir el fin perseguido (*appropriately tailored*). Y, sobre todo, la resolución recomendaba una adaptación de los distintos principios acorde con las diferentes circunstancias. Está claro que, siguiendo esa doctrina, las restricciones a imponer al ciberespacio han de ser las mínimas posibles, por las especiales características que tiene este medio: una ausencia general de controles y una casi absoluta libertad de expresar y recibir todo tipo de mensajes e ideas.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la aplicación realizada por el Tribunal de primera instancia, en el sentido de considerar al *Internet* como un ámbito que debe tener las menos trabas posibles, y por opinar también que las limitaciones impuestas por la CDA iban más allá de lo estrictamente necesario, y teniendo en cuenta la reafirmación de esta doctrina por la sentencia posterior de *Denver Consortium*, era lógico y previsible que el Supremo siguiese manteniendo la misma línea. Veamos los principales puntos de la sentencia en cuestión.

(2) Cfr. *Janet Reno, Attorney General of the United States, et al., Appellants v. American Civil Liberties Union et al.* (Supreme Court of the United States no. 96-511).

(3) La sentencia ha sido comentada brevemente por Pablo SALVADOR CODERCH en un (lúcido) artículo periodístico escrito tan sólo cinco días después de la decisión, por la pronta aparición de la sentencia en el *Internet*, hecho que el Catedrático resalta frente a la situación española (vide *Los jueces y la Red*, «La Vanguardia», 1 de julio de 1997).

(4) Cfr. *Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana (...)*, cit., pág. 424.

(5) Véase *Denver Area Educational Consortium, Inc., et al., v. FCC*, 28 de junio de 1996.

2.2. *Las principales líneas de la sentencia «Reno v. ACLU»*

2.2.1. *Un breve resumen de la sentencia de Philadelphia.*

En primer lugar, el Supremo acepta la legitimidad e importancia de cualquier labor que haga el Congreso para proteger a la infancia, pero ello no debe suponer un recorte de las libertades protegidas por la Primera Enmienda (6).

Tras esta afirmación inicial, se entra a analizar los hechos no cuestionados de la sentencia de instancia, explicando qué es el Internet y cómo funciona. La resolución explica brevemente los conceptos básicos de la red de redes, sin entrar en tantos detalles como la sentencia de Philadelphia (que era extraordinariamente detallista sobre estos aspectos, pero al mismo tiempo muy clara), deteniéndose únicamente un poco más en el tema del material sexual que circula por la red. Se acepta que hay, efectivamente, mucho «material explícitamente sexual» (*sexually explicit material*), pero que es raro que tal material pueda ser encontrado casualmente, ya que se exige una cierta actividad para ello, salvando distintos obstáculos, que requieren una cierta habilidad que los niños no poseen. Además, se han desarrollado ciertos sistemas para facilitar a los padres un control sobre lo que sus hijos pueden ver.

Es cierto, sin embargo, que tales mecanismos de control no están aún demasiado perfeccionados, por lo que no siempre se puede distinguir entre los menores y los adultos, a fin de posibilitar el acceso a los últimos y negárselo a los primeros. Igualmente la CDA incurre en vaguedad, al castigar la puesta en circulación de material sexual que puede llegar a menores, sin respetar el derecho de los adultos a recibir tal material.

2.2.2. *La argumentación del Gobierno en su recurso.*

El Gobierno alega que la CDA no viola ni la Primera ni la Quinta Enmienda (el derecho al proceso debido), a lo que el Supremo responde que sí viola la Primera, no habiendo necesidad de entrar a estudiar la otra Enmienda.

La Fiscal General basaba su posición de constitucionalidad de la ley en varias sentencias anteriores, sentencias que son examinadas brevemente por el Supremo, que llega a la conclusión que el examen de estos casos apoya más las dudas acerca de la inconstitucionalidad de la CDA que la idea contraria. Veamos algunos de estos supuestos.

En el caso *Ginsberg v. New York* (7), el Supremo apoyó la validez de una ley de Nueva York que prohibía la venta de material obsceno a meno-

(6) Recordemos que la Primera Enmienda dice que «el Congreso no hará ninguna ley (...) recortando la libertad de expresión».

(7) 390 US 629, 1968.

res de 17 años. El caso no es comparable al de la CDA, dice el Tribunal, porque el alcance de la ley del Estado era considerablemente inferior a la que ahora se examina. Y ello porque, fundamentalmente, la prohibición de la ley de Nueva York no impedía que cualquier padre que así lo deseara comprase material obsceno para sus hijos. La CDA, por contra, no impide que la participación de los padres en la recepción de una comunicación obscena permita la inaplicación de la norma.

El argumento no nos acaba de convencer, porque se basa en la actuación de los padres para legitimar conductas que el mismo Supremo considera que son legítimamente perseguibles por los poderes públicos. En suma, el Tribunal considera que si una ley permite a los padres consentir la entrega de material obsceno a sus hijos es válida, mientras que si no lo permite es inválida.

Afortunadamente, el Supremo extrae dos argumentos mejores de la sentencia *Ginsberg*, que son los siguientes:

- por un lado, la ley de Nueva York sólo se aplicaba a transacciones comerciales, limitación que no se da en el caso de la CDA;
- y, por otro, la ley neoyorquina definía lo que era material dañino para los niños («*material sin una importancia social favorable para los menores*», una definición un tanto oscura, por otra parte), mientras que la CDA no define el término indecente y omite cualquier alusión a que el material obsceno carezca de interés cultural.

Por último, la CDA se aplica a menores de 18 años, mientras que la ley de Nueva York hablaba de menores de 17 años, una diferencia favorable de un año. Tampoco este argumento nos dice gran cosa, ¿qué más da un año arriba o abajo?

En el caso *FCC v. Pacifica Foundation* (8), el Tribunal había mantenido la constitucionalidad de una orden de la *Federal Communications Commission* que posibilitaba la adopción de sanciones administrativas a la emisión por una cadena televisiva en un programa vespertino con un monólogo considerado indecente. El Supremo afirma que, al igual que ocurría con el caso *Ginsberg*, habían aquí diferencias sustanciales con la regulación impuesta por la CDA. Mientras en *Pacifica* la acción se dirigía a un objetivo concreto, en el asunto *Internet* existían unas prohibiciones categóricas de amplio espectro. Además, la CDA establecía sanciones penales, no establecidas en el otro asunto. Y, por último, la orden de la FCC se dirigía a un medio —la televisión— históricamente más regulado que el *Internet*, que no tiene una historia comparable.

En *Renton v. Playtime Theatres Inc.* (9) se había mantenido la validez de una ordenanza que prohibía el establecimiento de cines para adultos en zonas residenciales. Pero, al contrario que en este caso, que establecía una limitación zonal, y por lo tanto no general, la CDA pretende aplicarse en

(8) 438 US 726, 1978.

(9) 475 US 41, 1986.

todo el universo del ciberespacio. En palabras del Supremo: «*la CDA es una restricción en blanco basada en el contenido y, como tal, no puede ser correctamente analizada como una forma de regulación de tiempo, lugar y forma*».

Tras el señalamiento por el Tribunal de la inaplicación de estas sentencias al caso CDA, al menos tal como pretendía el Gobierno, el Supremo sigue analizando decisiones anteriores para fundamentar su criterio.

Así, en *Southeastern Promotions Ltd. v. Conrad* (10) el Supremo habla de la particularidad de cada medio de expresión, que tiene sus propios problemas y requiere sus propias regulaciones. Frente a los antiguos argumentos de la escasez y del carácter invasivo de ciertos medios (como la televisión), el Internet es totalmente distinto, no tiene ese carácter invasivo, requiere un paso afirmativo para entrar y navegar en el mismo. Ello se había puesto asimismo de manifiesto en otra sentencia, la de *Sable Communications of Cal., Inc., v. FCC* (11), sobre teléfonos eróticos con mensajes pregrabados.

2.2.3. ¿Por qué debe ser considerada inconstitucional la CDA?

Tras el examen de la principal jurisprudencia anterior sobre las restricciones a la libre expresión y el rechazo de las sentencias alegadas por el Gobierno en favor de su posición, el Tribunal entra de lleno en el examen de la *Communications Decency Act* y explica por qué deben ser rechazados algunos de sus artículos. Los argumentos los podemos sintetizar en los siguientes puntos:

a) Ambigüedad e incerteza (*vagueness*).

Cada una de las dos partes de la CDA, dice el Supremo, utiliza términos distintos. Mientras al principio se usa la palabra «indecente», posteriormente se habla de «ofensividad de acuerdo con estándares comunitarios contemporáneos». Pero, en cualquiera de los dos supuestos, ni se definen ambos conceptos ni se explica por qué a veces se usa uno u otro, sin explicarse asimismo la relación entre ambos, todo lo que provoca incerteza.

Y la incerteza podría ser causa de que las personas, por miedo a incurrir en las penas de la ley, reprimiesen su libre expresión en temas que podrían ser perfectamente legítimos, como, por ejemplo, sobre control de la natalidad, homosexualidad o temas sobre violaciones en las cárceles. Y este *efecto congelador de la expresión* (traducción nuestra de la expresión, muy utilizada en estas materias por los tribunales, *chilling effect*) es todavía más grave porque graves son las consecuencias que pueden derivarse

(10) 420 US 546, 1975.

(11) 492 US 115, 1989.

de la aplicación de la norma, que es una ley penal, con penas que pueden llegar hasta los dos años de prisión.

Y ante la pretensión del Gobierno de que la CDA no es más ambigua o incierta que la posición señalada en el clásico «test de obscenidad», establecido por el Supremo en el caso *Miller* (12), el Tribunal le recuerda el test y le dice que tal afirmación es incorrecta, fundamentalmente porque el test exige que para considerar una conducta obscena la misma ha de estar específicamente definida por la ley estatal correspondiente, lo que no se recoge en la CDA.

- b) Posibilidad de elaborar una ley más respetuosa con la libre expresión.

Aunque apenas se entra en este punto, la sentencia considera que podría elaborarse una ley para regular y castigar ciertos contenidos en el Internet, pero debería estar mejor redactada para evitar el conflicto con la Primera Enmienda.

- c) La protección de los menores no debe impedir la libre expresión entre los adultos.

Las palabras del Tribunal a este respecto son claras y tajantes:

«Estamos convencidos que la CDA carece de la precisión que la Primera Enmienda requiere a una ley cuando regula el contenido de la expresión. Para denegar a los menores el acceso a expresión potencialmente dañina, la CDA efectivamente suprime una gran cantidad de expresión a la que los adultos tienen un derecho constitucional a recibir y comunicar a otros. Esa carga sobre la expresión adulta es inaceptable si alternativas menos restrictivas pudieran ser al menos tan efectivas en lograr el legítimo propósito para el que la ley fue elaborada.»

La sentencia no deja de señalar el derecho y el deber del Gobierno en elaborar normas para proteger a la infancia, pero ello no debe perjudicar los derechos de los adultos.

Sin embargo, el Supremo no acaba de aclarar bien, a nuestro entender, cómo puede llevarse a cabo tal labor válidamente, sin lesionar los derechos de los adultos. Puede que piense que su labor no es orientar al poder legislativo sobre la forma correcta de actuación a la hora de legislar, respetando la separación de poderes, pero, si censura y anula sus normas, quizás pudiera dar una orientación acerca de futuras acciones y la manera de lle-

(12) *Miller v. California*, 413 US 15. 1973.

varlas a cabo para lograr que se admitiese la constitucionalidad de las mismas por parte de la judicatura.

- d) Inaplicabilidad de las defensas basadas en las acciones adoptadas con buena fe y racionalidad.

El Gobierno y el legislativo, al incluir tales defensas en la ley, pretendían proteger a las personas que, aunque hayan introducido en la red materiales indecentes que puedan haber llegado a manos de los menores, hayan obrado con buena fe, al establecer mecanismos que limiten el acceso de los niños. Sin embargo, el Supremo le recuerda al Gobierno que tales mecanismos (el etiquetado, la codificación, la verificación por tarjeta de crédito...) están aún en sus inicios, con lo que se recogen defensas de difícil aplicación práctica.

2.2.4. *¿Puede salvarse alguna parte de la ley?*

Ante la pretensión del Gobierno de que, caso de que se declarase la inconstitucionalidad de la CDA, el Tribunal podría salvar las partes de la misma que sí considere conformes a la Constitución, el Supremo, aunque mantiene su conocida postura de que «Este Tribunal no reescribirá una... ley para adaptarla a los requisitos constitucionales», reconoce que la ley tiene partes salvables. No se trata de redactar la norma de nuevo, sino de separar de la misma lo que es constitucional y lo que no.

Se admite, pues, aquí por el Supremo que se puedan castigar las conductas obscenas, manteniendo así la vigencia del artículo 223.a) en lo referente a las mismas, pero excluyéndose expresamente cualquier referencia a conductas «indecentes», que es un término demasiado vago y no se sabe muy bien a qué se refiere (13). En realidad, viene entendiéndose como conductas indecentes las descripciones ofensivas de actividades sexuales o excretorias, mientras que las conductas obscenas son las mismas pero carentes de cualquier valor cultural (literario, científico, artístico, etc.)

Pero, aparte de ese párrafo, el Tribunal afirma que no puede salvarse nada más de los artículos 223 a) 1 b) y 223 d)1 cuestionados.

2.2.5. *El nuevo mercado de las ideas.*

El Gobierno formula ante el Tribunal Supremo un tema que no había planteado anteriormente. Con la CDA se trata, dice, no sólo de proteger a

(13) Recordemos que el artículo en cuestión castigaba a cualquier persona que «a sabiendas y por medio de un instrumento de telecomunicaciones 1) haga, cree o solicite e 2) inicie la transmisión de cualquier comentario, petición, sugerión, proposición, imagen u otra comunicación que sea obscena o indecente, sabiendo que el receptor de la comunicación tiene menos de 18 años de edad (...)».

los menores, sino de proteger al mundo del Internet en general. Y ello porque la aparición de gran cantidad de material indecente u obsceno en el medio está provocando que haya muchas personas que se «alejen» del mismo para evitarse daños a sí mismos o a sus hijos.

El argumento nos parece una defensa absurda de la CDA, y da la impresión de que el Gobierno, y en su nombre la Fiscal, están buscando desesperadamente ideas para defender una ley cuya validez ven perdida desde un principio. Porque defender una ley que censura el Internet, en nombre de la supervivencia de tal medio, cuando además el mismo consiste fundamentalmente en la ausencia casi absoluta de controles, es un contradictorio.

Y así lo entiende el Supremo, que, en el último párrafo de la sentencia, formula la tesis principal de todo el asunto:

«Encontramos este argumento [el de la defensa del Internet mediante la CDA] totalmente falto de persuasión. La dramática expansión de este nuevo mercado de las ideas contradice la base fáctica de esta posición. Las estadísticas demuestran que el crecimiento del Internet ha sido, y continúa siendo, enorme. Como una cuestión de tradición constitucional, ante la falta de prueba contraria, suponemos que la regulación gubernamental del contenido de la libre expresión es más probable que interfiera con el libre intercambio de las ideas que la promueva. El interés en fomentar la libertad de expresión en una sociedad democrática supera cualquier beneficio de censura teórico pero no probado.»

Nos encontramos aquí de nuevo con la tesis del «mercado de las ideas», expuesta por el juez Holmes a principios de siglo y resucitada de nuevo aquí con una nueva formulación: «el nuevo mercado de las ideas», con la que el Supremo ha bautizado al Internet. Vamos a examinar este tema un poco más detenidamente después, pero antes veamos cómo acaba el asunto.

2.3. *La decisión final y el voto particular en contra de la misma*

Ya adelantamos que la decisión, conociendo la jurisprudencia del Supremo sobre libertad de expresión, no podía ser otra que la declaración de nulidad de la CDA por su vaguedad. Pero, al contrario que la sentencia del tribunal *a quo*, que fue suscrita por unanimidad por los tres magistrados, aquí nos encontramos con un juez, O'Connor (apoyado por el *Chief Justice*), que discrepa de la opinión mayoritaria, formulando un voto particular a la sentencia.

Y, como siempre, cuando se trata de sentencias relevantes por el interés general que despiertan o por su valor jurídico, conviene dedicar un

poco de atención a los votos particulares de las mismas. Porque además en este caso, a nuestro entender, el razonamiento de O'Connor no deja de estar bien fundamentado y de merecer un cierto análisis.

El juez opina que la CDA lo que busca es establecer una «zonificación», de manera que se creen apartados separados para los adultos y los menores. La zona de los menores puede ver así restringida cierta *speech*, limitándose los contenidos que llegan allí. Y esta elaboración de zonas es válida, según la jurisprudencia tradicional, siempre que «*el derecho no restrinja indebidamente el acceso de los adultos a la expresión constitucionalmente protegida*», tal como dice O'Connor.

Aunque reconoce que la tecnología actual no permite muchas veces separar determinadas informaciones para que lleguen a los adultos y no a los menores, el juez mantiene que las previsiones de la ley se pueden salvar, siempre que las mismas se apliquen a la transmisión de comunicaciones vía Internet en las que la persona que las inicia sabe que todos los receptores de las mismas son menores. Y tampoco se puede pretender que en nombre de la cultura se permita que los menores reciban ciertas informaciones; O'Connor plantea que cuestiones como violaciones entre presos o relacionadas con el arte del desnudo pueden tener importancia social para los adultos, pero no necesariamente la tienen para los menores. Ello lo apoyan sentencias del Supremo como la de *Ginsberg* (14), en la que se afirmaba que los menores sólo tienen un derecho derivado de la Primera Enmienda a obtener material claramente ofensivo si éste tiene «*una importancia social que redime a los mismos*».

La ley, además, no peca de *overbreadth* o amplitud excesiva; de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales aplicativos de la Primera Enmienda, para anular una norma no basta con que sea algo *amplia*, sino que ha de tratarse de una amplitud real y sustancial, lo que no se da en el caso, ya que el universo de información que la CDA pretende prohibir, y que es ofensivo para los menores pero con un cierto valor para los mismos, es muy reducido, y no se explica bien en qué consiste.

En conclusión: se propone el mantenimiento de la ley en lo que se refiere a la aplicación de penas a las comunicaciones realizadas entre adultos y menores, y su revocación en lo que no sea esto.

O'Connor tiene razón en que la jurisprudencia del Supremo permite establecer «zonas de expresión» y proteger unas y castigar las otras, así como su exposición no deja de tener su importancia en cuanto señala el limitado alcance que tienen los derechos de los menores a recibir determinadas informaciones, tema que no había sido demasiado estudiado en este caso ni por el Supremo ni por el Tribunal de Filadelfia.

Sin embargo, pensamos que no se da cuenta de que la doctrina fundamental que subyace en las dos sentencias es que *si normalmente ha de protegerse la expresión (speech) a toda costa en cualquier tipo de comunicacio-*

(14) Citada, *supra*.

nes, aún más ha de hacerse en un ámbito como el Internet, que se presume es fundamentalmente una red sin controles (15).

Por lo tanto, cualquier ley que pretenda regular la red ha de estar perfectamente dirigida al fin previsto, y no ser ni vaga ni demasiado amplia, como sin duda es la que nos ocupa, que aun persiguiendo un fin admirable no lo hace debidamente, corriendo el riesgo de sancionar sin razón a los adultos que ejerzan sus derechos derivados de la Primera Enmienda sin perjudicar a nadie.

3. NUESTRAS CONCLUSIONES SOBRE LA SENTENCIA: DE NUEVO LA DESCONFIANZA FRENTE A LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO

En primer lugar hay que mencionar que, aunque podría parecer que en el ámbito del Internet «todo vale», no es así. Como no se han cansado de remarcar las dos sentencias sobre la CDA, es legítima la preocupación por la protección de los menores respecto a ciertas materias obscenas. Tal como nos pone de manifiesto el Supremo, «*la transmisión de obscenidad y pornografía infantil, ya sea vía Internet o por otros medios, ya es ilegal de acuerdo con la ley federal tanto para adultos como para menores. Veáanse 18 USC 1464-1465 (criminalizando la obscenidad) y 2251 (criminalizando la pornografía infantil)*» (16).

Y de hecho el Gobierno, cuando el Congreso estaba elaborando la CDA, manifestó su opinión de que la ley era innecesaria, porque las leyes existentes ya permitían perseguir la obscenidad y la pornografía infantil. No deja de ser paradójico, pues, que este mismo Gobierno, que avisó de la innecesariedad de la norma, se vea después obligado, a través del Fiscal General, a defender la constitucionalidad de la misma cuando ésta es cuestionada ante los tribunales.

El error ha sido, pues, de los legisladores que se han empeñado en sacar adelante una legislación determinada, a pesar de que algunos miembros de las Cámaras ya avisaron de que la ley «*llevará a que el Gobierno federal gaste enormes sumas de dinero intentando definir términos elusivos que van a conducir a una catarata de procedimientos legales mientras nuestros niños están desprotegidos*» (17).

No se trata, efectivamente, de que los menores estén desprotegidos, pues ya hemos dicho que hay otras normas que los protegen, pero sí el que la ley, mal redactada y ambigua desde un principio, se vio fuertemente cuestionada y a cualquiera que conociera un poco la tradición de las sentencias del Supremo en esta materia le daba la impresión de que no iba a salir adelante.

(15) Pablo SALVADOR CODERCH, al examinar la sentencia y hablar de quien ha ganado el juicio, lo plantea en términos de libertarios contra legaloides, así «(...) hoy por hoy los cibernautas, gente más bien libertaria, han ganado la batalla a los legaloides. No será la última» (*Los jueces y la Red*, cit.).

(16) Nota 44 de la sentencia *Reno v. ACLU*.

(17) Nota 24 de la sentencia *Reno v. ACLU*.

Porque, además, el principal error de la misma ha sido el intentar regular un campo, como el Internet, que no debe estar sujeto a regulaciones específicas a menos que sean estrictamente necesarias y ajustadas a una finalidad legítima. Si ya hay normas para ello (generales) y la CDA es demasiado ambigua, a juicio del Supremo, no puede ser admitida. Pensemos que el Tribunal considera a la red «un nuevo mercado de las ideas», como ya hemos dicho, y como tal debe estar libre de intromisiones.

Y es que, de acuerdo con tal doctrina, como ya manifestamos en su día al comentar la sentencia del Tribunal de Philadelphia (18), lo que subyace en la mejor jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión es no sólo el que la verdad se pueda obtener a través del libre flujo de las ideas, sino también la existencia de una desconfianza frente al Gobierno y cualquier aparición de éste relacionada con la *speech*, bien sea para reprimirla o incluso para fomentarla (como, por ejemplo, al establecer derechos de réplica).

Y no se había puesto nunca de manifiesto tal hecho con tanta claridad como hasta ahora, en el párrafo en el que el Supremo dice que «*suponemos que la regulación gubernamental del contenido de la libre expresión es más probable que interfiera con el libre intercambio de las ideas que la promueva*».

Contrasta, sin embargo, esta política favorecedora de la libre expresión a todo trance con ciertas medidas que se toman a menudo en un país que tiene una base social exageradamente puritana, a nuestro entender. Un ejemplo reciente: el secuestro en el Estado de Oklahoma de la película, basada en la novela de Günter GRASS, «El tambor de hojalata» (19). La película fue considerada obscena por un juez de ese Estado, y ha llegado el caso hasta el extremo de que la policía se presentó en casa de un ciudadano, que por otra parte es presidente en el Estado de la ACLU (*American Civil Liberties Union-Unión de Libertades Civiles Norteamericanas*, uno de los grupos que presentaron una demanda contra la CDA), para confiscar el vídeo. Y no se trata de un caso aislado, pues hay muchos más (20).

Y es que algunas contradicciones de este tipo son inseparables de la cultura jurídica norteamericana de nuestros días, como, por ejemplo, la gran cantidad de procesos por libelo que resultan en ocasiones en imposición de grandes indemnizaciones. A pesar de la ya histórica decisión del caso *Times* (21), cuando vemos las exorbitadas indemnizaciones y *punitive damages* concedidos en ocasiones, pensamos que la sentencia, o no ha cambiado el estado de las cosas lo que debiera, o ha sido pronto olvidada.

Por otra parte, la enorme protección de la libertad de información da al traste muchas veces con el derecho a un proceso debido, pues existe una

(18) Cfr. núm. 141 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1996, pág. 397.

(19) La noticia la cita «El País» de 1 de julio de 1997.

(20) Pablo SALVADOR CODERCH nos cita el caso del vino Mouton Rotschild, que ha tenido que ser retirado del mercado porque determinados grupos puritanos se consideraron ofendidos por la etiqueta de la botella, un casto desnudo adolescente de Malthus (*Los jueces y la Red*, cit.)

(21) Cfr. *New York Times v. Sullivan*, 376 US 254, 1964.

libertad casi absoluta para informar y comentar lo que sucede en los procesos judiciales. En el mismo sentido tal libertad provoca que, en la práctica, el derecho a la intimidad (también reconocido como constitucional desde la sentencia *Griswold*), y concretamente el *tort* o ilícito civil de revelación de hechos privados, quede ignorado en aras de la noticiabilidad (*newsworthiness*) o interés público que se les concede a casi todos los asuntos a los que los medios de comunicación dedican su atención. ¿Y qué decir de la protección otorgada a algunos asuntos racistas, como los actos de quema de cruces, en aras de la libre expresión? (22).

Pero, en cualquier caso, lo que aprendemos de sentencias como la del caso CDA es que a los norteamericanos siempre les queda la esperanza de que cuando sus tribunales, y en especial el Tribunal Supremo, sospechen de la existencia de la más mínima posibilidad de interferencia gubernamental para coartar la correcta aplicación de la Primera Enmienda, van a intervenir de forma tajante para declarar la inconstitucionalidad de las medidas de que se trate.

En este sentido hay que advertir, no obstante, que el Tribunal no siempre ha mantenido posturas uniformes en defensa de la libre expresión a ultranza. Pensemos en la defensa de las posiciones en favor de la *Fairness Doctrine*, a través de la sentencia *Red Lion* (23), que permitía a las emisoras de radio y televisión que editorializaran libremente, pero se exigía un cierto tiempo de discusión sobre asuntos públicos y la presentación de puntos de vista contradictorios (24). La posición fue abandonada en 1987, y hoy en día nadie pensaría que el Tribunal la iba a considerar constitucional en la actualidad. Asimismo, el modelo dual de tratamiento diferenciado entre medios de comunicación escritos y medios no escritos, de forma que éstos han de soportar un mayor intervencionismo (en virtud de obsoletos argumentos como el de la escasez), está prácticamente olvidado o en camino de estarlo (25).

Y si esta intervención pública en medios recientes está ya casi desautorizada por la aplicación judicial de la Primera Enmienda, aún más se deniega el control sobre ciertos medios como el Internet, cuya filosofía es el de ser una libertad de comunicación total sin controles. De esto trata la sentencia de la CDA.

Pero quizás debemos hacer una última reflexión olvidándonos un poco

(22) Vide al respecto la obra del profesor Eric BARENDT, denunciando en este sentido ciertas actitudes que él considera «paranoides» (en «The Importation of United States Free Speech jurisprudence?», en *A Special relationship, American Influences on Public Law in the UK*, dir. Ian LOVELAND, Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 213 y ss.). También el profesor Pablo SALVADOR CODERCH ha estudiado en nuestro país las polémicas sentencias sobre quema de banderas y de cruces (*El Derecho de la Libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).

(23) *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 US 367, 1969.

(24) Véase una exposición detallada del tema en la obra de Eric BARENDT, *Broadcasting Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 29.

(25) Véanse la obra de Lee C. BOLLINGER, *Images of a Free Press*, Univ. of Chicago Press, 1991, y los comentarios realizados a la misma por Eric BARENDT, en *The Yearbook of Media and Entertainment Law*, vol. II, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 549 y ss.

de la euforia provocada por la sentencia. Posiblemente, los grandes perdedores de todo el asunto sean los menores. Y lo son porque, aunque todos —legisladores, jueces y Gobierno— consideran primordial su protección frente a ciertos abusos, no aciertan en el modo correcto de hacerlo.

Y en un mundo donde cada vez más los menores son objeto de ataques *de todo tipo*, es labor de los padres y responsables de los mismos el otorgarles protección, pero también los poderes públicos han de colaborar en el empeño. Sin duda, los métodos de acceso al Internet, una vez lo permitan las posibilidades técnicas, pueden ayudar. Pero también los legisladores han de buscar la manera, sin esperar a que una futura tecnología lo resuelva. Lo que no quiere decir que ello suponga la limitación de los derechos de los adultos. Porque de lo que se trata aquí es de legislar adecuadamente. Pensamos que éste ha de ser el mensaje que hemos de obtener de las dos sentencias sobre la CDA.

