

REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESION: DE HOLMES A LA SENTENCIA DEL CASO INTERNET

Por
ANTONIO FAYOS GARDÓ
Abogado

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA DOCTRINA DEL JUEZ HOLMES.—3. EL DERECHO DE DIFAMACIÓN: 3.1. *El caso Sullivan*. 3.2. *La influencia de la sentencia New York Times en otros ámbitos del derecho*. 3.3. *La exportación de la doctrina Times*: a) La incorporación a la jurisprudencia española. b) La incorporación a otros Estados.—4. LAS CENSURAS PREVIAS.—5. LA VIOLENCIA RACISTA Y LA PRIMERA ENMIENDA.—6. LA RADIODIFUSIÓN.—7. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL INTERNET: 7.1. *La Ley de Decencia de las Comunicaciones*. 7.2. *Los hechos de la decisión*. 7.3. *Las conclusiones jurídicas*: a) Conclusiones de la Presidenta, Dolores SLOVITER. b) Conclusiones del juez BUCKWALTER. c) Conclusiones del juez DALZELL.—8. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia que interpreta la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (1), especialmente la elaborada por el Tribunal Supremo, es de especial interés e importancia por dos razones:

— Por una parte, se trata de una jurisprudencia que consagra el derecho como fundamental en un estado libre, de forma que se explica el mismo vinculándolo con la misma existencia de una sociedad democrática, y así cualquier límite a la libre expresión restringe de alguna forma el gobierno del pueblo y el control que éste ha de tener sobre sus gobernantes, por lo que las restricciones han de estar ajustadas muy estrictamente al fin perseguido. La interpretación jurisprudencial de la Primera Enmienda, como luego veremos, se realiza en términos de protección de la misma amplísimos, tanto que a veces desde perspectivas de otros estados pueden llegar a parecer hasta exagerados.

— Por otra parte, es innegable la tremenda influencia que la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión ha tenido y tie-

(1) Cuyo texto dice así: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*»

ne sobre otros estados democráticos en materias tan dispares como la difamación (caso *Sullivan*), el derecho a la intimidad (casos *Sidis*, *Hill...*), la doctrina del *clear and present danger*, la legislación antirracista (los *hate crimes law*), la radiodifusión (la *Fairness Doctrine*), la doctrina del reporte neutral, entre otras muchas.

No se trata de aceptar aquí que cualquier importación de la jurisprudencia norteamericana sea aceptable en tales materias, sino simplemente de reconocer que en bastantes supuestos tal importación ya se ha producido, y no sólo en España, sino en bastantes estados europeos, en organismos internacionales tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en algunos estados más alejados geográficamente, como por ejemplo Australia o la India. A ello hay que añadir que los tribunales de algunos países, como el Reino Unido, que siempre se ha caracterizado por poner dificultades a la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos —tanto es así que tal Convenio no forma parte todavía del derecho interno en tal estado al no haberse incorporado legalmente vía acto parlamentario—, parecen en ocasiones más dispuestos a aceptar jurisprudencia comparada norteamericana que la derivada de la actuación del Tribunal de Estrasburgo.

Pretendemos aquí hacer un breve recorrido por los principales hitos de la jurisprudencia norteamericana en libertad de expresión (2), señalando la influencia que en su caso hayan tenido en otros estados, para terminar con la más reciente sentencia dictada en la materia, la del llamado caso *Internet*, que si bien no es una sentencia del Tribunal Supremo, sino de otro órgano judicial inferior, resulta muy explícita respecto a cómo se entiende por la judicatura norteamericana la libertad de expresión en tal sociedad y cómo no se permite la existencia de límites injustificados a la misma.

2. LA DOCTRINA DEL JUEZ HOLMES

En 1919, en su voto particular a la sentencia de *Jacob Abrams v. United States* (3), el juez Oliver W. HOLMES se opuso a la condena —confirmada por el Tribunal— impuesta a un ciudadano que había publicado unos panfletos pro-comunistas en contra de la participación norteamericana en la

(2) Alguna bibliografía básica sobre el tema en España: Pablo SALVADOR CODERCH (director) y otros, *El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; ¿*Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid, 1987; del mismo autor, *El derecho de la Libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987; Fernando IGARTUA ARREGUI, *Crónica de la Jurisprudencia Norteamericana en materia de Libertad de Expresión*, «Actualidad Civil», 1-1-89; Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Sobre la Libertad de Expresión en el Mundo Anglosajón*, en esta REVISTA, núm. 127, 1992, págs. 45 y ss.; Concepción CARMONA SALGADO, *Libertad de Expresión e Información y sus Límites*, Edersa, Madrid, 1991; *Libertad de Expresión y Medios de Comunicación*, «Poder Judicial», número especial XIII, Madrid, 1990.

(3) 250 US 616-630, 1919.

Primera Guerra Mundial. En ese voto disidente formula HOLMES sus ideas, y especialmente las que más nos interesan aquí:

«Pero cuando los hombres se den cuenta de que el transcurso del tiempo ha trastocado muchas fes por las que luchar, pueden llegar a creer incluso más que en las raíces de su propia conducta, que el supremo fin deseado se alcanza mejor a través del libre mercado de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competición del mercado; y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden ser llevados a término con seguridad.»

La idea de HOLMES de que hay que dejar que sea el mercado, y no el Gobierno ni los poderes públicos, el que acepte o rechace la difusión de las ideas ha sido, sin duda, la base a partir de la cual se han desarrollado gran parte de las doctrinas sobre libertad de expresión en los Estados Unidos. Y no se trata simplemente de entender tal ideario como negador de la existencia de una verdad absoluta y, por lo tanto, favorecedor de que la verdad relativa se encuentre en el pensamiento mayoritario; efectivamente, se trata de eso, pero no únicamente, ya que lo que subyace detrás del *marketplace of ideas* es la desconfianza que en el país se tiene hacia cualquier tipo de intervención gubernamental que pueda reprimir la libre expresión. Por eso se prefiere dejar la misma al albedrío de las «fuerzas» que existen en la vida pública.

Como nos dice BARENDT (4), en la teoría del mercado de las ideas se observa un rasgo peculiar de la aproximación norteamericana al tema de la libertad de expresión, consistente en la prevención que se tiene frente a cualquier intervención legislativa o gubernamental que regule tal libertad. La citada doctrina impregna toda la jurisprudencia del país relativa a la expresión y explica fenómenos como que se proteja ampliamente la expresión comercial, la enorme libertad concedida a los medios de radiodifusión (que pueden editorializar libremente), la oposición a la regulación de la pornografía, etc.

Respecto a esta política de *laissez faire laissez passer*, entendemos que se proteja a los medios de comunicación (principalmente) de cualquier intervención estatal que sea excesiva o desproporcionada, pero ya no se entiende tanto que todas las intervenciones de la administración prácticamente sean consideradas así. Ello provoca que la desconfianza frente al Gobierno se traduzca en que ni siquiera se le permita legislar algunos aspectos favorecedores de la expresión, como son el acceso a los medios o el derecho de rectificación, lo que lleva a algún autor a hablar de que los prejuicios americanos sobre la labor del Gobierno asumen proporciones para-

(4) Eric BARENDT, «The Importation of United States Free Speech Jurisprudence?», en *A Special relationship. American Influences on Public Law in the UK*, edited by Ian LOVELAND, Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 213 y ss.

noides cuando se dirigen contra medidas legislativas destinadas a promover o aumentar la expresión (5).

Este contrasentido, que se justifica en la ya citada desconfianza de los norteamericanos frente a la intervención estatal, desconfianza que no sólo se da en el ámbito de la libertad de expresión, es una manifestación más de una sociedad en la que se dan con frecuencia contradicciones de este tipo. Pensemos, por ejemplo, en la legislación sobre difamación, interpretada de una manera tan favorecedora a todo lo que sea informar sobre las personas públicas y de una forma tan restrictiva a lo que suponga represión del libre discurso y, sin embargo, a pesar de ello se producen una enorme cantidad de procesos por libelo, concediéndose por los mismos grandes indemnizaciones (incluso *punitive damages*) (6).

Lo que no podemos discutir es que la doctrina de HOLMES, aunque tenga detractores en su país (7), y aunque se compartiera la opinión de que no ha tenido realmente influencia exterior (8), está presente en las principales sentencias que tengan algo que ver con la libertad de expresión, como iremos viendo.

3. EL DERECHO DE DIFAMACIÓN

3.1. *El caso Sullivan*

A estas alturas podría pensarse que casi resulta repetitivo hablar del caso *New York Times v. Sullivan* (9), por la cantidad de literatura jurídica que ya hay sobre el tema, así como por las numerosas sentencias que interpretan y siguen la decisión. No es así, pues sigue siendo una sentencia plenamente vigente, muy influyente y que da lugar cada día a nuevas resoluciones que continúan su doctrina. No obstante, aquí analizaremos tan sólo de una manera general la doctrina básica sentada por el Tribunal Supremo sobre la libertad de expresión y el derecho al honor, remitiendo a otras obras para el estudio de los hechos más detalladamente (10).

Bástenos saber aquí que la sentencia en cuestión revocó otras anteriores que consideraron que un anuncio insertado en el «New York Times»,

(5) BARENDT, *ibidem*, 222.

(6) Véase al respecto la obra de Rodney A. SMOLLA, *Suing The Press. Libel, The Media and Power*, OUP, Nueva York, 1986.

(7) Como, por ejemplo, C. SUSTEIN en «Free Speech Now», en G. STONE, R. EPSTEIN y C. SUNSTEIN (eds.), *The Bill of Rights in the Modern State*, Chicago, 1992.

(8) BARENDT, «The Importation...», cit., pág. 223.

(9) 376 US 254, 1964.

(10) Véanse las obras ya citadas de Pablo SALVADOR CODERCH, *El Mercado de las Ideas*, y de Santiago MUÑOZ MACHADO, *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*. Entre la doctrina norteamericana, además de la ya citada de SMOLLA, *Suing The Press*, también las obras de Harry KALVEN, Jr., *The Negro and The First Amendment*, 1966, y *The NY Times Case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment*, «Sup. Ct. Rev.», 1964, 191; M. B. NIMMER, *The Rights to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 «Cal. L. R.», 1968, 935.

en el que se criticaba la actuación de las autoridades públicas respecto a ciertos incidentes racistas habidos en Alabama, era difamatorio del comisionado de ese Estado, Sullivan.

La sentencia, redactada por el juez BRENNAN, modificó sustancialmente el derecho existente sobre difamación, adecuándolo a las exigencias derivadas de la Primera Enmienda de acuerdo con los siguientes principios:

— El libelo, como cualquier expresión pública, está sujeto a las reglas derivadas de la Primera Enmienda y, de acuerdo con éstas, hay que admitir que aunque la información expuesta no sea rigurosamente exacta, por contener errores, éstos pueden no ser tenidos en cuenta, al otorgar una protección especial a la libre expresión, dándole un «espacio para respirar» (*Breathing space*) sin el cual no se podría desenvolver adecuadamente. Debido a la importancia concedida a la Primera Enmienda es necesario que no se valore más la institución de la difamación que ésta, ya que lo que se añade al campo del libelo se sustrae del campo de la discusión pública («*Whatever is added to the field of libel is taken from the field of free debate*»). Por lo tanto, es inevitable que se soporten algunos abusos en esta materia para proteger la libre expresión: «*algún grado de abuso es inseparable del correcto uso de todas las cosas; y en ningún caso es esto más cierto que en el de la prensa*» (11).

— En casos en que se publica sobre la actuación política de funcionarios hay que favorecer además las críticas, sin necesidad de exigir la absoluta verdad de todo lo publicado, ya que tal requisito provocaría, sin duda, que la gente se autocensurase por las dificultades probatorias que tendría después para acreditar los hechos. Por lo tanto, sólo podrá incurrir en libelo el que o haya publicado con malicia (*actual malice*) sabiendo que era falso lo que publicaba o con una indiferencia culpable acerca de su veracidad o no (*reckless disregard of whether it was false or not*).

La prueba de que se dan estos dos requisitos y por lo tanto hay difamación corresponderá, además, al demandante, lo que supone un cambio radical frente a la situación anterior.

— La sentencia realiza, además —citando numerosas sentencias anteriores—, una encarnizada defensa de la importancia de la libre expresión en una sociedad democrática, y de la protección que para ello hay que conceder a la labor de crítica de las administraciones públicas, y aquí nos encontramos de nuevo con la desconfianza hacia los gobernantes: «*Los casos que imponen responsabilidad por informaciones erróneas de la conducta política de los funcionarios reflejan la obsoleta doctrina de que los gobernados no deben criticar a sus gobernantes*» (12).

Se menciona, asimismo, la doctrina de MILL (13) relativa a la protección que se ha de dar a la libre expresión para conseguir a través de ella la

(11) Sullivan, cit., párr. 14.

(12) *Sweeney v. Patterson*, 317 US 678, citada por BRENNAN en el párrafo 14 de la sentencia Sullivan.

(13) J. S. MILL, *On Liberty*, Everyman, 1972.

búsqueda de la verdad, y aquí nos encontramos de nuevo con la interpretación realizada por HOLMES sobre este tema. También cita BRENNAN a HOLMES en la sentencia al hablar de la *Sedition Act* de 1798, una ley que castigaba con duras penas a las personas que publicaran o hablaran falsamente o con escándalo contra el Gobierno y el Congreso; dicha ley, considerada un oscuro episodio en la historia de las libertades en Norteamérica, es mencionada por ambos para remarcar lo importante que es para una democracia que sus ciudadanos puedan criticar libremente a los servidores públicos y al Gobierno.

La doctrina de la sentencia *Sullivan* será objeto en los años siguientes de matizaciones y cambios, especialmente en lo que se refiere a qué se debe entender por figuras públicas y al grado de responsabilidad exigible para ser condenado por difamación (14), pero sus manifestaciones al proclamar la primacía de la libertad de expresión sobre cualquier ley de libelo permanecen inalterables.

3.2. *La influencia de la sentencia New York Times en otros ámbitos del derecho*

La sentencia citada ha sido muy influyente no sólo en el ámbito del derecho de difamación, sino también en otros como, por ejemplo, el del derecho a la intimidad (*right to privacy*). La aplicación de la misma se llevó a cabo a través de la sentencia *Times v. Hill* (15), cuyos hechos exponemos brevemente a continuación.

La familia Hill había sido secuestrada por unos fugitivos que, tras unas horas, les habían liberado sin producirles daño alguno. Aunque los Hill evitaron dar publicidad al asunto, éste fue objeto de un libro posterior y una obra de teatro, si bien estas publicaciones deformaban la realidad, al mencionar, entre otros extremos, que los secuestrados habían sufrido daños físicos y diversas molestias por parte de sus raptos.

Los Hill presentaron entonces una demanda por invasión de su intimidad de acuerdo con el *tort* de *false light* o tergiversación, tal como se recogía en una ley del Estado de Nueva York. Tal *tort* o ilícito civil es uno de los cuatro *privacy torts* reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas de acuerdo con la clasificación de PROSSER (16).

Tanto el tribunal de primera instancia como el de apelaciones aceptaron la solicitud de los Hill, concediéndoles una indemnización de 30.000 dólares. Sin embargo, el Tribunal Supremo revocó la sentencia entendiendo que era aplicable al caso la doctrina del caso *Times* y, por tanto, el jura-

(14) Vid. al efecto la obra de R. A. SMOLLA, *Law of Defamation*, Clark B. Co., N. York, 1988, y las ya citadas de Pablo SALVADOR y Santiago MUÑOZ, para el análisis de los principales casos sobre difamación posteriores.

(15) 385 US 374, 1967.

(16) W. L. PROSSER, *Privacy*, 48 «Cal. L. Rev.», 1960, 383, y PROSSER/KEETON, *The Law on Torts*, St. Paul, Minn., W. Publ., 1984 (5.^ª).

do debía haber sido informado de que un veredicto de culpabilidad sólo podía darse si se encontraba que los demandados habían publicado con dolo o con indiferente desconsideración acerca de la realidad o falsedad de lo publicado.

El Tribunal no explica demasiado bien por qué se aplica la doctrina de la difamación para un caso de *false light*, y alega que aunque aquí no hay funcionarios públicos involucrados, la importancia que se concede a protección debida a los principios derivados de la Primera Enmienda exige, vistos los hechos del caso, que se protejan ciertas informaciones, aunque contengan errores.

En favor de la doctrina expuesta en la sentencia hay que mencionar que, de los cuatro *privacy torts*, el de tergiversación está muy ligado a la difamación. Como nos dice Pablo SALVADOR (17), al solaparse prácticamente ambos *torts*, parece razonable sujetar a la tergiversación a las reglas dispuestas para el libelo. Si realmente se adopta otra postura, es decir, la de que son dos *torts* diferentes, y el de *false light* está relacionado realmente con el derecho a la intimidad, no se entendería la aplicación aquí del caso *New York Times*, tal como piensa, por ejemplo, NIMMER (18).

No vamos a discutir aquí las relaciones entre los *torts*; lo que nos interesa es poner de manifiesto la influencia que tendrá la doctrina de la libertad de expresión elaborada para el caso *Times* en muchos otros supuestos.

Por otra parte, hay que mencionar que en el resto de los *privacy torts* —intrusión, revelación de hechos privados y apropiación—, aunque no se aplique el test de la sentencia citada, sí se aplica, y de una manera amplia, el privilegio de la noticiabilidad (*newsworthiness test*), de manera que cuando se entiende por parte de un tribunal que el tema tiene un mínimo interés público no se considerará en general que ha habido una invasión de la intimidad. Ello ha llevado a algún autor a hablar de que el privilegio «se ha tragado al *tort*» (19), y por eso se habla también de que hay que entonar un réquiem por el mismo (20).

No hay un pronunciamiento claro del Tribunal Supremo sobre la solución al conflicto entre hechos noticiables y respeto al derecho a la intimidad; lo que sí que hay es una robusta doctrina sobre la libertad de expresión, y ésta es interpretada generalmente (a pesar de la existencia de varias legislaciones estatales protectoras del derecho a la intimidad) de manera que justifica casi siempre las invasiones cometidas siempre que haya un interés público —por mínimo que sea— por medio.

(17) *El Mercado de las Ideas*, cit., pág. 317.

(18) M. B. NIMMER, *The Right to speak from Times to Time. First Amendment theory applied to Libel and misapplied to Privacy*, 56 «Cal. L. Rev.», 1968, 935.

(19) H. KALVEN, *Privacy in Tort Law—Were Warren and Brandeis Wrong?*, 31 «Law and Cont. Prob.», 1966, 335-336.

(20) D. L. ZIMMERMAN, *Requiem for a Heavyweight: a farewell to Warren and Brandeis Privacy Tort*, 68 «Cornell Law Rev.», 1983, 291. En contra de esta doctrina puede verse, por ejemplo, R. GAVISON, *Too early for a requiem: Warren and Brandeis were right on Privacy versus Free Speech*, 43 «South Car. L. Rev.», 1992, 438.

3.3. *La exportación de la doctrina Times*

No se debe dejar de remarcar el hecho de que la importancia de la sentencia que estudiamos se debe no sólo a que modificó profundamente la manera de entender el derecho de difamación en los Estados Unidos, sino a la enorme proyección exterior que ha tenido.

Tal proyección se ve en la jurisprudencia elaborada por tribunales supranacionales, como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De hecho, en el caso *Lingens* (21) se aprecia la influencia claramente cuando se habla de que los políticos deben soportar en aras del bien público una mayor crítica que la que soportarían las personas particulares: «*los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular*» (22).

Asimismo, además de hacer mención a la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática —tal como, por otra parte, se había puesto de manifiesto en sentencias anteriores como las de los casos *Handyside* y *Sunday Times*—, el TEDH también extiende el derecho a opinar libremente, incluso a las informaciones o ideas «*que ofenden, hieren o molestan*» (23).

También dice el Tribunal que la exigencia inexorable de la prueba de que lo publicado es verdad va en contra del artículo 10 del Convenio de Derechos Humanos; en realidad, lo que se está haciendo aquí es incorporar la doctrina norteamericana, tal como nos dice MUÑOZ MACHADO: «*la flexibilización, dadas determinadas condiciones, de la prueba de la verdad, ha entrado de esta manera en el circuito jurisprudencial europeo*» (24).

Asimismo, encontramos una reafirmación de esta doctrina en el caso *Castells* al establecer el TEDH que «*los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un simple particular o, incluso, a un político*» (25). Sin embargo, aquí hay que hacer una matización ya que, aunque a primera vista se extiende la posibilidad de criticar libremente la labor del Gobierno (y no sólo a los políticos individualmente considerados), como nos pone de manifiesto Pablo SALVADOR (26), la sentencia es ambigua porque parece dar a entender que el Gobierno puede acudir a las vías penales para los casos de difamación dolosa, si bien con las limitaciones que se señalan.

(21) *Lingens v. Austria*, 8 EHHR 407, 1986.

(22) *Ibidem*, párr. 42.

(23) *Ibidem*, párr. 41.

(24) *Libertad de Prensa (...)*, cit., pág. 196.

(25) Sentencia de 23 de abril de 1992.

(26) *El Derecho de la Libertad*, cit., pág. 53.

a) *La incorporación a la jurisprudencia española.*

En *España* también ha sido asumida la doctrina norteamericana al mantener la prevalencia del derecho a la información sobre otros derechos, al ser una libertad necesaria para el correcto funcionamiento de una sociedad democrática. Lo cual no quiere decir que los otros derechos en conflicto siempre hayan de ser subordinados a aquélla: hay que realizar una ponderación entre los derechos en conflicto para ver cuál debe prevalecer, siempre aceptando la primacía inicial de que goza la libre expresión (27).

La prevalencia ha de entenderse, pues, en forma no jerárquica, tal como dice la sentencia 172/1990: «*esa confrontación de derechos ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad del artículo 18 CE ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d) CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático (...)*».

Toda la doctrina expresada aquí recuerda a las ideas norteamericanas al respecto, y en especial a las expresadas por Alexander MEIKLEJOHN (28), que están presentes en toda la jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión.

También la jurisprudencia española ha acogido el tratamiento diferenciado que debe aplicarse para las personas públicas y las privadas, debiendo aquéllas aceptar mayores invasiones en sus derechos de la personalidad que éstas, ya que «*en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública*» (29).

Y, por último, también en lo que se refiere a la carga de la prueba se ha asumido parte de la jurisprudencia norteamericana al respecto, no exigiendo una prueba absoluta de la veracidad de lo publicado y poniendo más énfasis en la diligencia del que publica: «*se hace preciso analizar no tanto si lo publicado en el medio de comunicación del recurrente responde a la verdad, entendida ésta como constatación absoluta y plena de lo afirmado, sino más bien si, al autorizar su publicación, el recurrente ha obrado de acuerdo a*

(27) Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 104/86, de 17 de julio (caso Soria Semanal).

(28) Así, en su artículo *The First Amendment is an Absolute*, «Sup. Ct. Rev.», 1961, pág. 257, puede leerse: «*La discusión pública de asuntos públicos, junto con la diseminación de información y opinión sobre los mismos, debe gozar de una libertad no reprimida por nuestros políticos. Aunque éstos nos gobiernan, nosotros, en un sentido más amplio, les gobernamos. Ellos no tienen poder sobre nuestro gobierno. Nosotros tenemos un poder soberano sobre su administración.*» Y más adelante continúa: «*Bajo mi punto de vista, la gente necesita libertad de expresión porque han decidido, al adoptar, mantener e interpretar su Constitución, gobernarse a sí mismos, en lugar de ser gobernados por otros*» (pág. 263). La traducción, como todas en este estudio, es nuestra.

(29) STC 105/90, de 6 de junio (caso José M.^o García).

los estándares mínimos de diligencia y profesionalidad que le son exigibles para que la información pueda ser considerada veraz» (30).

Y en tal sentido, sin duda, una de las más claras alusiones a la sentencia *Times* se encuentra en la decisión del Tribunal Constitucional 123/93, de 19 de abril, que dice que «la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, puesto que las afirmaciones erróneas o equivocadas son inevitables en un debate libre, sino que impone al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad».

Se trata de una clara aplicación del principio del «espacio para respirar» (*breathing space*), que se utiliza para favorecer la libre expresión, permitiendo a la expresión de que se trate que pueda incurrir en ciertos errores, ya que se reconoce su papel fundamental en un estado libre.

Concluyendo: en el derecho español se ha realizado en esta materia una incorporación bastante generalizada de la jurisprudencia norteamericana. Hay, efectivamente, alguna voz crítica a esta incorporación (31), pero no recoge el sentir mayoritario de la jurisprudencia y la doctrina.

b) *La incorporación a otros Estados.*

La doctrina del caso *Times* ha sido recogida en muchos otros países y, aunque no se trata de hacer aquí un largo análisis país por país de cómo se ha asumido la misma, sí haremos unas breves reflexiones de algunos casos que son importantes.

Empecemos por el Reino Unido.

En la decisión probablemente más relevante de los últimos años acerca del derecho a la libertad de expresión en Inglaterra, la de *Derbyshire County Council v. The Sunday Times* (32), al establecer que una corporación local no podía demandar por difamación, la *House of Lords* recurre a la decisión de *Times v. Sullivan* para fundamentar su decisión, y lo llamativo del caso es que rechaza la necesidad de acudir a la jurisprudencia del TEDH, como por otra parte había hecho el órgano judicial inferior, la *Court of Appeal*, y sin embargo acude al caso citado de la jurisprudencia norteamericana —y a otro anterior, el de *City of Chicago*

(30) STC 15/193, de 18 de enero.

(31) Por ejemplo, Fernando PANTALEÓN, en *La Constitución, el Honor y unos Abrigos* («La Ley», 10 de mayo de 1996), tras entender que el Tribunal Constitucional desconoce, al asumir la doctrina *New York Times*, que «las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigidísimos», dice que «nuestra Constitución no protege las informaciones objetivamente falsas, aun si diligentemente contrastadas. Por eso la tutela negatoria o defensiva del derecho al honor frente a ellas sí es una exigencia constitucional».

También Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Libertad de Expresión. Una valoración* (en esta REVISTA, núm. 128, 1992, 197), habla de que no son aceptables algunas decisiones del Tribunal Constitucional si llegan a la conclusión que «estas libertades de expresión e información, cuando media un interés público, justifican lo que objetivamente resulta una injuria o atentado al honor de las personas».

(32) 1 All ER 1011, 1993.

v. *Tribune Co.* (33)— para decir que «*las consideraciones de interés público que subyacen allí son no menos válidas en este país. Lo que ha sido descrito como el "chilling effect" derivado de la amenaza de acciones civiles por difamación es muy importante*». Por lo tanto, el permitir que los organismos locales puedan demandar por libelo «*es contrario al interés público porque el admitir tales demandas sería poner trabas indeseables a la libertad de expresión*» (34).

En este caso tan importante, la Cámara de los Lores prefirió acudir a Norteamérica antes que recurrir al análisis de la jurisprudencia del TEDH. Podríamos pensar que ello se debió a la resistencia inglesa debida a la peculiar situación del Reino Unido con respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que es parte firmante, pero que no es alegable en el país al no formar parte del derecho interno —a no ser para resolver ambigüedades o lagunas en la ley—, pero en cualquier caso lo que importa es que el recurso a la incorporación de unas sentencias norteamericanas sirvió aquí para dictar una importante decisión que amplía el campo de la libertad de expresión en el país.

Por eso no es de extrañar que haya autores legales británicos que hablen de que tal sentencia «*ha abierto la puerta de la jurisprudencia comparada en materias de libertad de expresión y ha indicado que nuestros primeros pasos hacia esa puerta podrían sensatamente llevar hacia la Primera Enmienda*» (35).

Pero la influencia se nota también en otros estados. En la India, por ejemplo, en el caso, de 1994, *Raijogopal v. State of Tamil Nadu* (36), el tribunal modificó las reglas de la difamación en el país señalando que las acciones por tal causa no tendrían éxito, aun conteniendo errores, si no se probaba por el demandado —funcionario— que la publicación había sido realizada con «*reckless disregard of the truth*».

Asimismo, en Australia, en una decisión de la *High Court*, la llamada *ACT* (37), se decide un tema de la prohibición de ciertas informaciones en campaña electoral, haciendo numerosas referencias a las ideas expresadas en el caso *Times*. Y en el caso *Theophanous* (38), relativo a la demanda presentada por un diputado al considerarse difamado, el ponente del asunto habla de la necesidad de desarrollar el *common law* para proteger el derecho a la libertad de comunicación y reconoció posteriormente que su decisión estuvo muy influenciada por la jurisprudencia norteamericana, si bien el test de la prueba de la veracidad de lo publicado que surge de esta

(33) 1923, 307 Ill. 595 S. Ct. Ill.

(34) *Derbyshire*, cit., 1018-1019. La sentencia la comenta Eric BARENDT ampliamente en *Libel and Freedom of Speech in English Law*, «Public Law», 1993, 449.

(35) Ian LOVELAND, «Privacy and Political speech: An Agenda for the Constitutionalisation of the Law of Libel», ponencia provisional presentada en el Seminario sobre *Privacy and Freedom of Speech in English Law*, celebrado en Oxford, 29 de junio de 1996. Del mismo autor también (ed.), *A Special Relationship?, American Influences on Public Law in the UK*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

(36) Citado por Ian LOVELAND en «Introduction: Should we take lessons from America?», en *A Special Relationship*, cit., pág. 17.

(37) *Australian Capital Television v. Commonwealth of Australia*, 177 CLR 106, 1992.

(38) *Theophanous v. The Herald and Weekly Times Ltd. and Another*, 68 ALJ 713, 1994.

sentencia es algo diferente al de aquélla, al colocar la exigencia de la carga de la prueba en el demandado, y no en el demandante.

El breve recorrido por estos países nos demuestra hasta qué punto la doctrina del caso *Times v. Sullivan* ha sido influyente y, además, como se verá por las fechas de las sentencias citadas, todas bastante recientes, sigue siéndolo en la actualidad.

4. LAS CENSURAS PREVIAS

La censura realizada previamente a una publicación, a través de las llamadas en el ámbito anglosajón *prior restraints*, sólo puede realizarse en Norteamérica a través de un mandamiento judicial (*injunction*), si bien hay que advertir desde aquí que tales restricciones gozan *a priori* de una presunción de ser inconstitucionales, con lo que rara vez son concedidas.

La primera vez que se manifestó su incompatibilidad con los dictados de la Primera Enmienda fue en la sentencia del asunto *Near v. Minnesota*, en el año 1931 (283 US 697), que abolió una ley estatal que permitía la suspensión cautelar de publicaciones maliciosas, escandalosas y difamatorias.

Desde entonces los tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo, han elaborado una doctrina que posibilita su existencia sólo cuando se den unos supuestos determinados, como son los siguientes:

— Que la publicación pueda crear un daño irreparable respecto a un derecho fundamental como, por ejemplo, el derecho a un juicio justo —siempre que no se pueda salvaguardar este derecho por otros medios.

— Que el país esté en guerra o que se den unas circunstancias muy graves como la incitación al uso de la fuerza para derrocar al gobierno legalmente establecido (motivos de seguridad nacional).

— Que la restricción pueda ser efectiva y, especialmente, que no se consideren más efectivas otras medidas menos restrictivas de la libertad de expresión, como se dijo en el caso *Nebraska Press Association v. Stuart* (39).

En este caso, considerado el *leading case*, el Tribunal Supremo declaró nula una orden judicial que prohibía las informaciones periodísticas acerca de un proceso judicial en curso. El juez BURGER, ponente de la misma, declaró que se podrían dar restricciones previas si no hubiera otro medio por el que se pudiera salvaguardar el derecho a un juicio justo, lo que no sucedía en el caso. Aunque la decisión fue adoptada por unanimidad, hubo un voto que discrepaba de la doctrina de BURGER, firmado por BRENNAN y otros, en el sentido de oponerse generalmente a las censuras, ya que el daño producible al derecho a un juicio justo era una materia de especulación, y era una tarea imposible para los tribunales el ponderar este riesgo

(39) 427 US 539, 1976.

contra el interés público en leer informaciones periodísticas, luego este último debía prevalecer (40).

Respecto a las restricciones solicitadas en virtud de motivos de seguridad nacional, el asunto más interesante es el llamado «Caso de los Papeles del Pentágono» (*New York Times Co. v. United States*) (41). El Gobierno solicitó la prohibición de la publicación de una información sobre la guerra del Vietnam que iban a difundir dos periódicos (el «Times» y el «Washington Post»), información que los periodistas habían obtenido ilícitamente a través de un funcionario. El Tribunal Supremo denegó la suspensión, porque entendió que, aunque era posible que hubieran motivos de seguridad nacional para acordarla, el Gobierno no había probado adecuadamente que se podía producir un daño grave a los intereses de la nación. Aunque ello no era obstáculo, continuaba la sentencia, para que se procesara a los periodistas o a su fuente por la forma ilícita en que la información había sido obtenida, lo cual se intentó posteriormente, por otra parte sin éxito.

En realidad, aunque exista la posibilidad de aplicar la restricción previa por motivos de seguridad nacional, sólo en un caso importante, *United States v. Progressive Inc.* (42), se ha llevado a efecto. En él un tribunal prohibió a una revista el publicar un artículo que describía cómo se construía una bomba de hidrógeno. El tribunal se justificó diciendo que sabía que estaba tomando una medida insólita históricamente hablando, pero que tenía que hacerlo por los peligros que conllevaba la revelación de temas relacionados con el uso de la energía nuclear para temas bélicos, y especialmente el riesgo de que se facilitase a algún estado con poder para ello la construcción de una manera más rápida de una bomba atómica. Por esa causa y basándose en la autorización que le concedía lo dispuesto en la *Atomic Energy Act* de 1954, el juez entendió que había más justificación para apoyar el punto de vista del Gobierno que la que se dio en el caso de los Papeles del Pentágono, ya que aquí sí había quedado probado el peligro que la publicación iba a representar para la seguridad nacional. Así, pues, se concedió la restricción solicitada.

Sin embargo, mientras se estaba tramitando la apelación de la sentencia se publicó la información en otra revista, con lo que no llegó a verse el asunto en segunda instancia y se desnaturalizó la medida tomada por el tribunal *a quo*.

También en algunos asuntos relacionados con la CIA han aceptado los tribunales la imposición de cláusulas en los contratos de trabajo de los empleados de tal organización que, o bien impiden la difusión de determinadas informaciones, o bien las sujetan a una revisión previa por parte de la agencia (43).

(40) Citado por Eric BARENDT, *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1992 (4.ª ed.).

(41) 403 US 713, 1971.

(42) 467 F. Supp. 990, WD. Wis. 1979.

(43) *US v. Marchetti*, 466 F 2d 1309, 1971, y *Snepp v. US*, 444 US 507, 1980; véanse los comentarios a las mismas que hace Eric BARENDT, en *Freedom of Speech*, ob. cit., págs. 137-138.

La conclusión de todo esto es la extraordinaria limitación de las posibilidades de los tribunales a la hora de reprimir una futura publicación, y por supuesto aunque sólo la judicatura puede imponer tales restricciones o validarlas, caso de que cualquier administración adoptara medidas que supusieran un amago de reprimir una publicación —teniendo en cuenta que no existe la censura y que es difícil que se dé este caso—, los tribunales las declararían ilegales. Esto es lo que ocurrió en el caso *Bantam Books v. Sullivan* (372 US 58, 1963), en el que una comisión estatal advirtió a los editores de un libro de lo objeccionable de su literatura, diciendo que se enviaría al Fiscal General para futuras imputaciones. El tribunal consideró la citada advertencia administrativa —que, por otra parte, no tenía efectos legales— como una inválida restricción previa.

El derecho en América contrasta con la doctrina normalmente admitida en Europa, donde se admiten las medidas cautelares siempre que se justifique su necesidad. Así, por ejemplo, se desprende de la jurisprudencia del TEDH, especialmente tras el análisis de las sentencias de los casos *Spycatcher* (44). Tras examinar un caso de violación de confianza (*breach of confidence*), cometida por un ex agente secreto inglés que escribió un libro hablando sobre su actividad profesional, el TEDH llegó a la conclusión que aunque las restricciones a la publicación del libro habían estado justificadas en un principio, dejaron de estarlo posteriormente, cuando el libro había llegado al público por otras vías.

El TEDH aceptó que las medidas contenidas en la legislación inglesa estaban adecuadamente previstas por la ley, así como que perseguían un fin legítimo: mantener la autoridad judicial y el interés consiguiente en conservar la confidencialidad del asunto. Otra cosa era que en el caso concreto se hubieran aplicado inadecuadamente, esto es, sin ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática. El Tribunal deja claro que «*el artículo 10 del Convenio no prohíbe por sí mismo cualquier restricción previa a la publicación*», si bien «*los peligros inherentes en las restricciones previas exigen el más escrupuloso examen*», porque «*la información es un bien preciado y la demora de su publicación, incluso por un período corto, tiene el riesgo de privarlo de todo su valor e interés*» (45).

Los Estados europeos contemplan en general, de una manera u otra, alguna posibilidad de medida cautelar impidiendo la publicación, si bien son usadas raramente o con moderación. En España, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/82, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, en su artículo 9 habla de que entre las medidas a adoptar para poner fin a las intromisiones ilegítimas «*podrán incluirse las cautelares*». Por su parte, el artículo 9 del Código Civil francés, al consagrar el derecho a la vida privada, faculta a los jueces para «*ordenar que se practique cualquier medida restrictiva previa para prevenir o evitar cualquier atentado a la intimidad de la vida privada. Estas medidas pueden ordenarse su-*

(44) *Observer and Guardian v. UK*, 26 nov. 1991, 14 EHRR 153; *Sunday Times v. UK* (núm. 2), 26 nov. 1991, 14 EHRR 229.

(45) *Sunday Times*, cit., párr. 51.

mariamente». Medidas parecidas pueden utilizar los tribunales británicos en virtud de la *Contempt of Court Act* de 1981, para evitar prejuicios sobre procesos en curso o de acuerdo con la legislación del *breach of confidence*.

5. LA VIOLENCIA RACISTA Y LA PRIMERA ENMIENDA

Tradicionalmente se venía manteniendo por el Tribunal Supremo que había ciertos tipos de «expresión» (*speech*) que no estaban cubiertos bajo el paraguas de la Primera Enmienda. Así, por ejemplo, se decía en la sentencia *Chaplinsky v. New Hampshire* (46): «Hay cierta clase de expresión bien definida y estrechamente limitada, cuya prevención y castigo nunca se ha pensado que plantee un problema constitucional. Esta incluye la lasciva y obscena, la irreverente, la difamatoria y las palabras insultantes o belicosas, estas que por su simple emisión infligen o tienden a incitar un inmediato desorden público.»

La jurisprudencia norteamericana ha ido posteriormente incluyendo todas estas categorías dentro de la cobertura del derecho a la libertad de expresión. Ya hemos visto lo que concierne a la difamación. También hay jurisprudencia que apoya actos de desobediencia a las banderas, apoyando los mismos en la Primera Enmienda (47). Y en lo que se refiere a las palabras belicosas o insultantes (*fighting words*), desde el año 1949 empezaron a ser consideradas no conformes con la misma Enmienda las normas que castigasen la emisión de las mismas. Así ocurrió en el caso *Terminiello v. Chicago* (48), en el que un cura ferozmente anticomunista había sido condenado por manifestaciones que, de acuerdo con una ordenanza de Chicago, podían producir agitación social. El Tribunal Supremo entendió, revocando las sentencias anteriores, que un ciudadano no podía ser condenado simplemente por exhortar a otros a cambiar de ideas o criticarlos por su ideología.

A partir de entonces el Tribunal Supremo tuvo que entrar a examinar una difícil cuestión, relacionada con las *fighting words*, en especial cuando éstas son manifestaciones de tipo racista, es decir, el llamado «lenguaje del odio» (49). El problema es delicado: por un lado, tenemos que en comunidades con problemas de racismo se promulgan normas que aumentan las

(46) 315 US 568, 1942, citado por Eric BARENDT, en «The Importation of United States Free Speech Jurisprudence», cit., pág. 217.

(47) Véase, por ejemplo, *US v. O'Brien*, 391 US 367, 1968, y los comentarios de Pablo SALVADOR sobre estas sentencias en *El Derecho de la Libertad*, cit., págs. 12 y ss. También, K. GREENWALT, *O'er the Land of the Free: Flag Burning as Speech*, 38 «UCLA LR», 1991, 925.

(48) 337 US 1, 1949.

(49) Véase Ian LOVELAND, «The Criminalization of Racist Violence?», en *A Special Relationship*, cit., 253; S. GELLMAN, *Sticks and Stones can Put you in Jail, but can Words increase your Sentence?*, 39 «UCLA», 1r 1991, 333; NOTE, *Hate is not Speech: A Constitutional Defence of Penalty Enhancement for Hate Crimes*, 106 «Harv. Law Rev.», 1993, 1315; M. MATSUDA, *Public Response to Racist speech: Considering the Victim's Story*, «Michigan LR», 1989, 2320; Pablo SALVADOR CODERCH, *El Derecho de la Libertad*, cit.

penas de ciertos actos ilegales simplemente por su finalidad racista (la llamada *sentence enhancement*); por otro lado, cuando se trata de expresión, de acuerdo con la Primera Enmienda aplicada de una forma absoluta, toda conducta expresiva tiene cabida dentro de ella. De acuerdo con esta última posición, se entiende la admisión de ciertos casos de quema de cruces como los dos más conocidos y citados; en el primero, en 1969, el Supremo revocó la condena a un miembro del Ku-Klux-Klan por una ceremonia de quema de cruces (*Brandenburg v. Ohio*) (50) al entender que no se provocaba una incitación directa a actuar criminalmente (como requería la Ley vigente de Ohio de 1919); en el segundo, más reciente (*RAV v. City of Saint Paul*) (51), también se anularon por parte del Supremo las condenas anteriores impuestas a unos jóvenes, a través de una ley que fue considerada demasiado vaga para punir ciertas conductas que podían considerarse amparadas por el derecho de la libertad de expresión. En este caso, el ponente, SCALIA, dijo que las *fighting words*, aunque fueran una forma de expresión sin valor —que no lo eran siempre, pues algunas podían ser de hecho muy expresivas—, merecían cierta protección constitucional, sobre todo para evitar que el Gobierno discriminase entre unas expresiones y otras para castigar aquellas que le fueran más incómodas. Si se hiciera así se provocaría que el Gobierno tuviese la posibilidad de excluir del mercado de las ideas ciertos puntos de vista que le fueran molestos.

Hay en ambas sentencias una cierta confusión entre lo que son hechos y expresiones; así se entiende el resultado final. No se puede entender, al menos desde Europa, que dentro de la libre expresión quepan ciertas actividades racistas, como las descritas (52). Por eso la sentencia causó en este lado del océano cierta consternación: en el Reino Unido, por ejemplo, se llegó a decir que el país era lo suficientemente afortunado para poderse evitar los duros rigores de la jurisprudencia derivada de la Primera Enmienda (53).

La confusión entre expresiones y hechos se intenta solucionar en una reciente sentencia, la de *Wisconsin v. Mitchell* (54). En este asunto, un joven negro había sido condenado por instigar a unos amigos a atacar a un chico blanco, y lo había sido en virtud de una ley de Wisconsin, que aumentaba las penas para delitos en los que se había seleccionado a la víctima en virtud de su raza. La ley había sido promulgada tras una etapa de incremento de delitos con motivaciones racistas.

En el caso se trataba de averiguar si este aumento de penas por la aplicación de una política antirracista era legítimo de acuerdo con los parámetros de interpretación derivados de la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo de Wisconsin entendió que no lo era, ya que «*aumentaba las penas*

(50) 395 US 444, 1969.

(51) 112 S. Ct. 2538, 1992.

(52) Para un estudio sobre esta materia, de nuevo es indispensable la obra de Pablo SALVADOR, *El Derecho de la Libertad*, cit., págs. 20 y ss.

(53) Tony BRADLEY, citado por Ian LOVELAND, en «The Criminalization of Racist Violence?», cit., pág. 269.

(54) 1993, 124 LEd. 2d. 436.

de delincuentes fanáticos simplemente porque son fanáticos. La ley está dirigida únicamente a los motivos subjetivos del actor-sus prejuicios. El castigo de las propias ideas, aunque las mismas sean repugnantes, es inconstitucional» (55).

Además, para llegar a tal conclusión el tribunal se basaba en la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, especialmente la más reciente, como la ya comentada sentencia de *RAV v. City of Saint Paul*. Eso sí, a pesar de la decisión mayoritaria, los jueces se disculpan diciendo que alcanzan el veredicto con una gran pena, pues están de acuerdo con la finalidad perseguida por la ley, al prevenir los delitos raciales, descritos como deplorables. Lo cual no significa que fuera peor el convalidar la ley que el anularla, pues de otra forma sufriría el derecho a la libertad de expresión, ya que se impondría un *chilling effect* —expresión que traducida literalmente sería algo así como un «efecto de enfriamiento»— sobre este derecho.

Aunque por los antecedentes expuestos hasta ahora pudiera parecer que esta postura del Tribunal estatal iba a ser convalidada por el Tribunal Supremo, ello no fue así.

Y no lo fue porque el Supremo entendió que la Primera Enmienda no protegía actitudes violentas, y en este caso se trataba de actitudes y no de expresiones, al contrario que lo que sucedía en el caso *RAV*. Además, el Supremo no vio nada incorrecto en que un Estado necesitase castigar con más dureza los delitos de odio racial. Al fin y al cabo, nos dice REHNQUIST citando a BLACKSTONE: «es del todo razonable que entre delitos de distinta naturaleza deban ser más severamente castigados los que son más destructivos de la seguridad y el bienestar público» (56). Respecto al *chilling effect*, era simplemente especular mucho el pensar que una persona suprimiría su expresión de fanatismo pensando que en el futuro, de no hacerlo, iba a ser agravada su condena.

La sentencia, aunque no aclara realmente la confusión entre expresiones y hechos (¿es un hecho atacar a alguien?, ¿y no lo es el quemar una cruz?), es al menos importante porque reconoce la legitimidad del Estado para actuar en contra de ciertas conductas que por su gravedad merecen una especial sanción, y porque aunque manifieste que las situaciones del caso *RAV* y la de éste son distintas, en realidad aquí parece estar dando marcha atrás en una postura que en aras de la máxima cobertura del derecho a la libre expresión aceptaba cualquier actitud dentro de ella, por mínimo que fuera su contenido expresivo (57).

La sentencia no representa, desde luego, una solución general al enjuiciamiento de los *hate-crimes law*, pero significa al menos una base para apoyar un cierto cambio de actitudes frente a los numerosos problemas racistas de la sociedad norteamericana.

Por otra parte, hay que añadir aquí que los problemas en esta materia

(55) 485 NW 2d, 897, 815.

(56) Citado por Ian LOVELAND, en «The Criminalization (...)», cit., pág. 275.

(57) Un comentario amplio en Pablo SALVADOR, *El Derecho de la Libertad*, cit., págs. 24 y ss.

en el ámbito judicial no se concretan, desde luego, al enjuiciamiento de normas que incrementan las penas por motivos racistas, sino que van mucho más allá, como se nos pone de manifiesto, por ejemplo, en ciertas actitudes de algunos jurados, como las producidas en el caso *Rodney King*, manifestación, como nos dice LOVELAND (58), de la resistencia de los jurados blancos a reconocer, y todavía menos a castigar, la violencia motivada por razones de raza perpetrada por miembros de su propio grupo étnico. La administración de justicia tiene todavía que jugar un papel relevante en la protección de la igualdad de razas y, desde luego, sentencias como la de Wisconsin son un punto a favor del derecho a la tolerancia.

La mayor parte de los Estados democráticos contemplan, por otra parte, alguna agravación en su legislación para conductas relacionadas con actitudes racistas. En España, el Código Penal contempla como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal el «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que pertenezca» (art. 22.4.^º). También el Tribunal Constitucional, en su sentencia número 214 de 1991, contempla el tema del lenguaje del odio, y sienta la doctrina de que en el ámbito de la libertad de expresión «no vale todo», pues no hay derechos ilimitados y el Estado ha de velar, además, por el respeto a los derechos de los demás y de las minorías, buscando garantizar una convivencia democrática (59).

Y en el Reino Unido, país en el que no existe un marco sistemático que limite las facultades discrecionales de los jueces a la hora de dictar sentencias, bien para agravar las penas o bien para atenuarlas (60), la jurisprudencia parece haber tenido en cuenta los casos norteamericanos dictados en virtud del lenguaje del odio y ha incrementado, de hecho, algunas sentencias si en el caso correspondiente el delincuente había actuado por motivos racistas (61). Teniendo en cuenta, como ya hemos expuesto (62), las actitudes favorables que hay en ciertos medios judiciales y doctrinales de importación de interpretaciones de la Primera Enmienda, es posible todavía que éste sea un tema que vaya a más. Sólo cabe esperar que la importación se dirija a sentencias como la de Wisconsin y no a otras anteriores como las de quema de banderas que hemos visto.

(58) «The Criminalization (...)», cit., pág. 277.

(59) Véase *El Derecho de la Libertad*, cit., págs. 30-39.

(60) Sobre el tema es interesante el reciente artículo de Martin WASIK, «Changing Patterns in Sentencing Policy», en *A Special Relationship*, cit., pág. 279.

(61) Por ejemplo, en *R. v. Alderson* (citado por LOVELAND), el acusado, un joven blanco que había atacado a unos estudiantes jordanos llamándolos «Pakis» e «Hijos de Puta colorados», fue sentenciado a treinta meses, al entender el juez que el motivo racista que le había llevado a delinquir era un motivo serio de agravamiento de su pena.

(62) *Supra*, pág. 404.

6. LA RADIODIFUSIÓN

Dentro de la extensa jurisprudencia norteamericana interpretativa de la Primera Enmienda nos quedan dos temas todavía a analizar por su interés: el de la pornografía y si ésta es considerada o no «expresión», y por lo tanto protegible como tal, y el de la radiodifusión y los controles permisibles sobre ésta.

Aunque en algunos casos ambos temas se solapan (sentencias que examinan restricciones para evitar la pornografía en medios audiovisuales), vamos a estudiar aquí especialmente el tema de la radiodifusión, dejando para el siguiente apartado el tema de la pornografía al examinar un poco más detenidamente la reciente sentencia sobre el control de la indecencia en el Internet.

Respecto al derecho de radiodifusión (63), se trata de una materia en la que tradicionalmente se han permitido numerosos controles, por entender, de acuerdo con la sentencia clásica en este aspecto, *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* (64), que «cuando hay sustancialmente más individuos que quieren emitir que frecuencias para repartir, es inútil proponer un derecho íntegro a la Primera Enmienda comparable al derecho de cada individuo a hablar, escribir o publicar».

El argumento expresado en la sentencia es el de la escasez, que, junto con el carácter más intrusivo de la televisión y la radio (*FCC v. Pacifica Foundation*) (65), se venían utilizando para justificar mayor intervención estatal y menor amparo bajo la Primera Enmienda. Así se explica la existencia de un órgano administrativo regulador, la *Federal Communication Commission* (FCC), y una legislación bastante intervencionista al respecto, desde la promulgación de la *Federal Communications Act* de 1934, todavía vigente en la actualidad, si bien con numerosas modificaciones.

Aunque aún hay diferencias de trato entre la televisión y la radio y los otros medios de comunicación, algunas distinciones han dejado de tener sentido, como la de la escasez de frecuencias, superada mediante los avances tecnológicos, y ello ha provocado muchos cambios.

Y si bien la sentencia *Red Lion* no ha sido derogada por otra posterior —y, de hecho, se sigue citando como doctrina válida en muchos aspectos incluso en sentencias muy recientes (66)—, la situación ha cambiado mucho en los Estados Unidos, produciéndose la desregulación del mercado de radiodifusión a finales de los años setenta y el rechazo de situaciones in-

(63) Véase como obra básica la de Eric BARENDT, *Broadcasting Law. A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, 1995. También, L. A. POWE, *American Broadcasting and the First Amendment*, Berkeley, Calif., 1987; L. C. BOLLINGER, *Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media*, 75 «Mich. L. Rev. 1», 1976; Pablo SALVADOR CODERCH, Marc-Roger LLOVERAS I FERRER y Joan Carles SEUBA I TORREBLANCA, *Del Servicio Público al Servicio de la Comunidad*, en esta REVISTA, núm. 136, enero-abril 1995.

(64) 395 US 367, 388, 1969.

(65) 438 US 726, 1978.

(66) Como la del cable *Denver A.E.T. Consortium Inc. v. FCC*, de 28 de junio de 1996.

tervencionistas como la llamada *Fairness Doctrine*, que permitía derechos de réplica, por entender que el temor al ejercicio de estos derechos impediría emitir ciertos programas que se pudiera pensar iban a ser problemáticos y que iban a dar origen a peticiones de rectificaciones, con lo cual se limitaba la libertad de expresión.

La libertad de emitir hace que la situación norteamericana en este tema sea singular comparada con los Estados europeos, ya que, por ejemplo, tal como nos pone de manifiesto BARENDT (67), en los Estados Unidos se cree que la regulación de la publicidad es casi siempre incompatible con la libertad de expresión. Aunque existe, además, una ley de protección a la infancia como la *Children's Television Act* de 1990, ello es un fenómeno inusual en un mercado casi libre, con otras pocas prohibiciones más, como la de anunciar tabaco. Respecto a los anuncios publicitarios y la libertad de emitir los mismos sin casi prohibiciones, se inserta en el amparo que se da a la «expresión comercial» (*commercial speech*) dentro de la Primera Enmienda.

También tienen derecho las emisoras públicas a editorializar o tomar partido, tal como se estableció por el Tribunal Supremo en la sentencia de *FCC v. League of Women Voters of California* (68). Como dijo BRENNAN en esta sentencia, derogando un artículo de la *Public Broadcasting Act* de 1967 que prohibía editorializar a las emisoras educativas no comerciales subvencionadas públicamente, la prohibición discriminaba entre la expresión permitida (manifestaciones acerca de la programación o solicitudes de fondos) y la editorialización; era una discriminación basada en los contenidos del mensaje, lo que no se podría admitir de acuerdo con la jurisprudencia interpretativa de la Primera Enmienda. BARENDT nos dice que no fue posible persuadir al tribunal de que la norma era necesaria para prevenir que las emisoras públicas se convirtieran en vehículos de propaganda del Gobierno o en portavoces de grupos de presión (69).

La situación es aquí radicalmente distinta de la vigente en Europa, donde normalmente las legislaciones contemplan el deber de imparcialidad y de no editorializar que deben respetar las emisoras públicas. Así, por ejemplo, se recoge en la Ley italiana de 1990 (que recoge el requisito de la imparcialidad incluso para emisoras privadas), en el Decreto de 1987 regulador del Canal 1 de la Televisión francesa (norma que regula, además, que la selección de periodistas no debe depender de sus ideas políticas) y en la doctrina establecida al efecto por el Tribunal Constitucional alemán, así como por las leyes estatales alemanas al efecto, que contemplan asimismo la exigencia de cierta imparcialidad para las cadenas comerciales (70).

Y en el Reino Unido las normas son más estrictas, si cabe, ya que la prohibición se extiende generalmente a todas las cadenas, públicas o privadas, en virtud de lo dispuesto en la *Broadcasting Act* de 1990 y en el Código

(67) *Broadcasting Law*, cit., pág. 195.

(68) 468 US 364 (1984).

(69) Eric BARENDT, en *Broadcasting Law*, cit., pág. 101, quien comenta ampliamente este tema.

(70) *Ibidem*, pág. 102.

Programa de la *Independent Television Commission* (ITC), órgano regulador de la televisión comercial, que requiere en su artículo 3.2 la necesidad de exigir la «debida imparcialidad» (*due impartiality*) y en el 3.3 la necesidad de evitar la editorialización y, tal como dice este artículo, si algún directivo de la cadena expresa una opinión en una materia controvertida —excepto lo relativo a los servicios de programación—, debe ser en un contexto que deje claro que la opinión expresada no es la de la empresa titular de la licencia de emisión.

La desregulación norteamericana es, pues, mucho mayor en materias de radiodifusión que la existente en Europa, gracias en gran parte a la jurisprudencia que ha ido ampliando los derechos de las emisoras por la amplia aplicación a las mismas de los derechos a la libre expresión derivados de la Primera Enmienda. Ello no significa que sea un campo que esté en igualdad de condiciones con los derechos concedidos a otros medios de comunicación: aunque se les permitan muchas más facultades que en Europa, las emisoras siguen estando intervenidas; la misma existencia de un órgano como la *Federal Communications Commission* nos lo demuestra, así como las obligaciones impuestas a las emisoras de cable, de forma que éstas deben proveer estaciones locales de carácter público (71). Esta normativa, además, ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en una reciente sentencia, la de *Turner Broadcasting System v. FCC*, de 1994 (72).

Y, hablando de televisión por cable, un medio muy extendido en los Estados Unidos —63 por 100 de los hogares suscritos—, una decisión muy reciente del Tribunal Supremo, la del caso *Denver Area Educational Consortium, Inc., et al. v. FCC* (73), explica claramente que de lo que se trata en materias de libertad de expresión es de distinguir lo que es una restricción estrictamente necesaria dirigida a conseguir una finalidad legítima y lo que es simplemente una intervención demasiado amplia y no necesaria y, por lo tanto, no admisible desde los parámetros de interpretación de la Primera Enmienda. Sin embargo, también nos dice que cada medio de comunicación requiere una adaptación a sus características, adaptando los principios básicos de la Primera Enmienda a cada campo de aplicación de la misma. Así, «la historia de la Jurisprudencia en materia de Primera Enmienda de este Tribunal, sin embargo, una de continuo desarrollo (...) ha sido aplicada a nuevas circunstancias requiriendo diferentes adaptaciones de anteriores principios y precedentes».

La sentencia declara inconstitucionales los párrafos b) y c) del artículo 10 de la *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* de 1992, que imponían regulaciones relativas a material sexualmente ofensivo por entender que no estaban correctamente ajustadas al fin propuesto, que era el proteger a los niños frente a tal material.

(71) Citado por Pablo SALVADOR y otros en «Del Servicio Público al Servicio a la Comunidad», cit., pág. 116.

(72) WL 279691, US D.C. 13.

(73) 28 jun. 1996, núms. 95-124, y en idéntico sentido y de la misma fecha, *Alliance For Community Media, et al., v. FCC*, 95-227.

El Tribunal, sin embargo, deja claro que es absolutamente legítimo que el Gobierno y los legisladores busquen proteger a la infancia frente a cierta programación: de hecho, se declara ajustado a la Constitución el párrafo a) del mismo artículo, que autoriza a los canales arrendados a mantener una política de programación de manera que puedan no emitir programas que describan o contengan actividades sexuales. Pero frente a este párrafo los otros dos no están ajustados a las doctrinas de la Primera Enmienda, bien porque se exigen ciertas prohibiciones que son onerosas, de difícil cumplimiento y lesivas para los derechos de los adultos —*segregate and block requirements*, párrafo b)—, o bien porque ya existen otros mecanismos de control de manera que la restricción deviene innecesaria y superflua —programación ofensiva en canales públicos, párrafo c)—.

En suma, la doctrina del Supremo se resume en el siguiente párrafo:

«La tradición nos enseña que la Primera Enmienda incorpora un amplio compromiso, realizable a través de un estrecho escrutinio judicial, para proteger la expresión frente a la regulación del Gobierno, por lo tanto haciendo cumplir las obligaciones que impone la Constitución, pero sin imponer fórmulas judiciales tan rígidas que se conviertan en una chaqueta de fuerza que impida al Gobierno responder a problemas serios. Este Tribunal, en diferentes contextos, ha mantenido consistentemente, que el Gobierno puede regular directamente la expresión para responder a problemas extraordinarios, siempre que sus regulaciones estén apropiadamente construidas para resolver estos problemas sin imponer una innecesaria gran restricción sobre la expresión.»

A destacar dos aspectos de este importante pronunciamiento: el hecho de que las restricciones deban ceñirse estrechamente al fin perseguido (*appropriately tailored*) y el que las restricciones deben producirse únicamente para resolver problemas serios. El problema de la protección debida a la infancia es desde luego serio, tal como reconoce el Tribunal Supremo, pero no se justificaban, por no ser respetuosas con la libertad de expresión, algunas de las medidas tomadas en la ley de 1992.

En cualquier caso, la situación norteamericana contrasta con la española, en la que tanto ha costado obtener el cese efectivo del monopolio público y una cierta liberalización del sector, debido a una fuerte oposición gubernamental a la introducción de «novedades», oposición que, por otra parte, ha sido apoyada hasta hace poco por el Tribunal Constitucional (74).

(74) Vid. al respecto SALVADOR, LLOVERAS y SEUBA, *Del Servicio Público al Servicio de la Comunidad*, cit., págs. 101 y ss., y también Celeste GAY FUENTES, *La Televisión por cable*, «REDA», 79, 1993, y Santiago MUÑOZ MACHADO, *Público y Privado en el Mercado Europeo de la Televisión*, Civitas, Madrid, 1993.

7. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL INTERNET

7.1. *La Ley de Decencia de las Comunicaciones*

El 1 de febrero de 1996 se promulga por el Congreso de los Estados Unidos, y es firmada por el Presidente el día 8 de ese mes, la llamada *Communications Decency Act* (CDA) o Ley de Decencia de las Comunicaciones, que forma parte, a su vez, de la *Telecommunications Act* de 1996 (título V), ley que modifica la ley vigente, la *Communications Act* de 1934.

La CDA trata de regular «la utilización obscena, acosadora e incorrecta de las utilidades de telecomunicaciones» (subtítulo A) y consta de doce artículos que modifican otros tantos de la ley general de 1934. Uno de los principales objetivos de la ley es proteger a los usuarios del Internet de la pornografía que pueda ser introducida en la red, y a tal fin prevé penas de multa o de prisión para las personas que cometan ciertas conductas descritas en la misma.

Concretamente, el artículo 223.a.1.B dispone que cualquier persona que en comunicaciones interestatales o extranjeras

«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, (...) será multado o puesto en prisión un máximo de dos años o castigado con ambas penas».*

El artículo 223.d.1 señala, por su parte, que

«cualquiera que (1) a sabiendas, en comunicaciones interestatales o extranjeras

- a) *use un servicio interactivo de ordenador para mandar a una persona o personas en concreto menores de 18 años de edad, o*
- b) *use un servicio interactivo de ordenador para mostrar en una manera accesible a una persona menor de 18 años de edad, cualquier comentario, solicitud, sugerión, proposición, imagen u otra comunicación que, en el contexto, dibuje o describa, en términos claramente ofensivos de acuerdo con los estándares contemporáneos de la comunidad, actividades sexuales u*

órganos (...) será multado o puesto en prisión por un máximo de dos años o castigado con ambas penas».

La ley, por su intromisión en un ámbito que presume de su total libertad y ausencia de controles, cual es el Internet, y por la dureza de las penas que pretendía imponer, estaba claro que iba a ser fuertemente contestada, como así sucedió.

De hecho, el mismo día que el presidente firmó la ley, la *American Civil Liberties Union* (UCLA) y una larga serie de grupos defensores de derechos humanos presentaron una demanda (75) ante un Tribunal de Philadelphia, cuestionando la constitucionalidad de la ley por violar la Primera Enmienda (la libertad de expresión) y la Quinta (derecho al proceso debido) y pidiendo su suspensión temporal (demanda civil 96-963). Posteriormente, la Asociación de Bibliotecas (*American Library Association, ALA*) y otros grupos presentaron otras demandas (números 96-1458) (76), que fueron agrupadas con las anteriores por el Tribunal del Distrito Este de Pennsylvania a efectos de ser resueltas por el mismo.

Los demandantes y los demandados (la Fiscal General, Janet Reno, y el Departamento de Justicia del Gobierno) acordaron el día 26 de noviembre que quedaba en suspenso la acusación por los preceptos en litigio, hasta que se decidiese el asunto por parte del Tribunal, lo que se hizo el día 11 de junio, admitiendo las pretensiones de los demandantes, de acuerdo con la decisión que pasamos a estudiar seguidamente (77).

7.2. Los hechos de la decisión

El Tribunal, presidido por la juez Dolores SLOVITER y compuesto por dos magistrados más, BUCKWALTER y DALZELL, hace primero una larga exposición de los hechos, en los que se incluye una amplia descripción de lo que es el Internet y cómo funciona. Hay que decir aquí que la labor del tribunal en este aspecto es admirable, por la recopilación de datos que se ofrece y la claridad con la que se explican una serie de especificaciones técnicas. Los orígenes de la red, su funcionamiento, el número de personas que la utilizan, cómo funciona y la definición de otros conceptos como los de *ciberespacio*, los *servicios «online»*, el *BBS*, el *World Wide Web*, el *HTML* y otros muchos términos relacionados con el Internet son examinados uno a uno y de una manera clara y bastante extensa. Sin tecnicismos inútiles, pero sin caer en explicaciones pueriles. Una auténtica demostración de cultura cibernética accesible a todos: si alguien necesita sa-

(75) *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States.*

(76) *American Library Assoc. Inc., et al. v. United States Dept. of Justice, et al.*

(77) Como era de esperar, la misma puede obtenerse vía Internet; nosotros de allí la hemos obtenido: véase <http://epic.org/freespeech/censorship/cda.txt>. En este medio se ha hecho una auténtica campaña en contra de la CDA, así como se ha celebrado enormemente la sentencia.

ber de qué se trata el Internet, puede enterarse bastante bien leyendo la resolución (78).

Después el Tribunal realiza un estudio sobre los métodos posibles de restringir el acceso a menores (PICS, y programas como Cybernot, Cyberpatrol, Surfwatch, etc.), tema éste de especial importancia, ya que el Gobierno defenderá la ley, como luego veremos en la facilidad de impedir el acceso a los menores, y porque la ley contempla como defensas alegables por parte del acusado en su artículo 223.e) el que éste haya tomado las medidas necesarias para evitar o restringir el acceso a los menores. Eso sí: las medidas han de ser tomadas con buena fe, y ser razonables, efectivas y apropiadas de acuerdo con las circunstancias, conceptos que podrán ser definidos por la *Federal Communications Commission*.

Tras esto se habla de los contenidos que circulan por la red y, tal como dice el tribunal, ello «*desafía una fácil clasificación*» (79), ya que se mueve todo tipo de información, incluyéndose aquí la de tipo sexual en forma de imágenes, charlas, boletines, grupos y pornografía «dura».

Aquí se empieza a analizar las posibilidades técnicas existentes para verificar la edad de un usuario de la red (verificación por tarjeta de crédito, por contraseña, por «etiquetado»), de manera que se pueda ver si realmente son efectivas y si por lo tanto hay posibilidades de defensa para los acusados, de acuerdo con lo que prevé la ley. La conclusión en este punto es terminante: no hay medidas efectivas que impidan verificar con certeza la edad de la persona, ya que las que hay o son muy onerosas o discriminan a ciertas personas frente a otras (como los que no tienen tarjetas de crédito) y en general todas presentan problemas de tipo técnico. Además, tienen un grave defecto y es que las posibles medidas presentarían un coste muy elevado, que no podría ser soportado por organizaciones no comerciales y de tipo benéfico (80).

7.3. *Las conclusiones jurídicas*

El Tribunal acuerda admitir las demandas contra la ley, por entender que viola la Primera Enmienda. Los tres magistrados, unánimes en este punto, formulan separadamente sus conclusiones, y hay que decir aquí que las tres tienen muchos puntos de interés y que se trata no sólo de opiniones de gran importancia en el derecho sobre la libertad de expresión en el Internet, sino también sobre la interpretación de la Primera Enmienda en general.

Los puntos principales en virtud de los cuales los artículos recurridos deben ser declarados inconstitucionales según el Tribunal son los siguientes, tal como los expresan separadamente su miembros.

(78) Párrafos 7 a 48.

(79) Pág. 74.

(80) Pág. 122.

a) *Conclusiones de la Presidenta, Dolores SLOVITER.*

1. Se trata de una ley penal, con las correspondientes sanciones graves, que además restringe seriamente la libre expresión, y por ello esta restricción debe ser justificada por un interés público apremiante y estar estrechamente diseñada a tal fin (la doctrina *narrowly tailored*). El Gobierno intenta demostrar que el fin perseguido, principalmente la protección de la infancia, justifica la restricción, pero «*si los medios que ha escogido van más allá de lo necesario y por ello restringen la expresión de los adultos, ha transgredido derechos protegidos por la Primera Enmienda*» (81). Como no hay un método seguro de verificación por edades, la ley afectaría al derecho de los adultos a recibir ciertos contenidos a los que tienen derecho.

Además, nos dice SLOVITER, ya hay leyes que podrían ser utilizadas para proteger a la infancia de la obscenidad y la pornografía, como por otra parte se puso de manifiesto por el Departamento de Justicia mientras se tramitaba la ley, al explicar que en realidad ésta no era necesaria y que de hecho ya se estaban presentando cargos contra personas que infringían las vigentes leyes y que se continuaría haciendo así. Por lo tanto, no se necesita una nueva ley que no se ciñe estrictamente a la necesidad buscada.

2. Muy interesante es también la consideración de la juez sobre las argumentaciones del Gobierno de que éste va a actuar de una manera razonable y no va a perseguir a las personas que introduzcan en la ley obras de mérito literario o artístico. En primer lugar, nos dice, darle esa confianza al Gobierno y a sus agentes, los fiscales, es pedirle mucho a la judicatura viendo lo sucedido en su día con obras como el *Ulysses* de James JOYCE, entre otras.

Pero, además, supone dejar en las manos de los fiscales la interpretación total de la libertad de expresión, y esto no puede permitirse: «Los Fiscales van y vienen. Incluso los jueces federales tienen limitado su mandato a lo que dure su vida. La Primera Enmienda permanece para dar protección también a futuras generaciones.»

b) *Conclusiones del juez BUCKWALTER.*

1. La Primera Enmienda, nos dice este juez, es el corazón de nuestra democracia, pero no hay que olvidar que la Quinta (el derecho al proceso debido) es también vital para el sistema político, y esta ley que se examina viola los derechos reconocidos por ambas, entre otras cosas por su vaguedad. Esta vaguedad hace que uno no sepa a qué atenerse con la misma, al no estar, por ejemplo, definidos los términos «indecente» y «patentemente ofensivo», de manera que se puede producir, por un lado, que se inhíba la

(81) SLOVITER, E, pág. 1.

libre expresión al no saber el posible emisor o receptor del mensaje a qué atenerse (atentado contra la Primera Enmienda) y, otro, que se delegue su aplicación en una serie de personas relacionadas con la aplicación de justicia (policías, jueces y jurados) que por la vaguedad de la norma actuarán demasiado subjetivamente «*con los peligros de aplicación arbitraria y discriminatoria*» (82) (atentado contra la Quinta Enmienda).

La vaguedad, siguiendo la doctrina expuesta por HOLMES en *Nash v. US* (83) y más recientemente en el caso *Kolender* (84), no significa que se deban exigir unos modelos de claridad imposibles, sino una simple definición de los términos más importantes de la ley o unas directrices (*guidelines*) para saber, por ejemplo, qué es «indecente» y qué es un «estándar comunitario contemporáneo», estándar éste que, por otra parte, varía incluso dentro de los Estados Unidos. Aunque estas expresiones aparecen más o menos definidas en otras leyes y sentencias, el tema no deja de estar confuso, a lo que responde el Gobierno que no se perseguirán las conductas que no sean realmente graves. Al igual que la juez SLOVITER, y al igual que la mayor parte de la doctrina —desde HOLMES— y de la jurisprudencia que ha examinado materias de libertad de expresión, BUCKWALTER no se fía del Gobierno: «*Las pruebas y argumentos presentados por el Gobierno ilustran la posibilidad de aplicación arbitraria de la ley (...) El Abogado del Departamento de Justicia no pudo responder a numerosas preguntas del tribunal referentes a si, por ejemplo, fotografías de un hombre desnudo con un pene erecto, descripciones de estatuas indias mostrando diferentes métodos de copulación, o la transcripción de una escena sacada de una obra de teatro contemporánea sobre el SIDA podrían ser consideradas indecentes de acuerdo con la Ley*» (85).

2. Las defensas contenidas en la ley son, asimismo, ambiguas y no se aclara qué tipo de medios existen para verificar el acceso de los adultos.

3. Si el Gobierno, en fin, nos dice BUCKWALTER poéticamente, «*va a invadir el terreno sagrado de la Primera Enmienda*» (86) debe apoyarse para ello en leyes definidas claramente, y en normas como ésta que penetran en áreas nuevas, la necesidad de definir los términos es aún mayor, porque incluso palabras comúnmente entendidas pueden tener diferentes connotaciones o parámetros en este nuevo contexto. No se puede, reconoce el juez, definir una conducta con certeza matemática, pero ello no supone que no exista la obligación de elaborar cuidadosamente la legislación de manera que esté ajustada al fin perseguido y sea sensible a las características únicas del ciberespacio (87).

(82) BUCKWALTER, B, pág. 4.

(83) 229 US 373 (1919).

(84) 461 US, citando *US v. Petrillo*, 332 US, 1947.

(85) BUCKWALTER, B, pág. 13.

(86) *Ibidem*, B, pág. 2.

(87) *Ibidem*, C.

c) *Conclusiones del juez DALZELL.*

Las conclusiones del juez DALZELL son las más extensas y, sin menospreciar el interés de las de los otros dos magistrados, quizás son las más relevantes ya que realiza un análisis pormenorizado de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo en materias de libertad de expresión. También introduce una serie de elementos novedosos, como el relativo al coste para empresas pequeñas de las medidas pretendidas por el Gobierno para controlar el acceso al Internet. Pasamos a estudiarlas condensadamente a continuación.

1. Aunque como regla general la Constitución prohíbe el silenciar a los emisores por su mensaje en particular, hay dos excepciones, las relativas a la obscenidad y a la pornografía infantil. Realmente, nos dice DALZELL, el Gobierno podría perseguir estas conductas sin la CDA, lo que mantenía también SLOVITER.

Sin embargo, aquí no se trata de obscenidad o pornografía infantil, sino de «indecencia», tema tratado anteriormente en otras sentencias del Tribunal Supremo, tales como la de *FCC v. Pacifica Foundation* (88) y *Sable Communications v. FCC* (89). Aquí, sin embargo, DALZELL discrepa de los otros dos jueces y dice que la definición de indecencia, tal como se viene interpretando por la jurisprudencia, no es imprecisa y, tal como se dijo en la sentencia de *Pacifica*, ciertas expresiones indecentes no son parte esencial de ninguna exposición de ideas, y tienen escaso valor social y poca relación con el descubrimiento de la verdad, con lo que son claramente sobrepasadas por el interés social en el orden y la moralidad (90).

Lo cual no quiere decir que DALZELL apruebe la ley, sino que piensa que la ausencia de defensas seguras o *safe harbors* se refiere más a la excesiva amplitud de la misma (*overbreadth*) que a su vaguedad o imprecisión.

2. Esta excesiva amplitud puede provocar que se persigan ciertos actos que objetivamente pudieran ser considerados indecentes, pero que persiguen una finalidad legítima. Así, por ejemplo, hay grupos en el Internet como *Critical AIDS Project's Web Site* (sobre temas de SIDA) o *Stop Prisoner Rape Inc.* (sobre prevención de temas de violaciones, incestos, etc.) que no sólo utilizan lenguaje callejero o vulgar para fácil comprensión, sino que, además, intentan atraer a un público adolescente para hacerles llegar su mensaje. Estos grupos, que son además demandantes en este asunto, es legítimo, vistas las sentencias anteriores, que piensen que podrían ser perseguidos de acuerdo con la CDA, «incluso aunque no se trate de los pornógrafos que el Congreso tenía en mente cuando aprobó la CDA» (91).

(88) 438 US 726 (1976).

(89) 492 US 115 (1989).

(90) *Pacifica*, 742.

(91) DALZELL, C, pág. 12.

3. DALZELL realiza a continuación un análisis del diferente tratamiento otorgado a los medios audiovisuales respecto a otros medios, examinando los casos principales, desde el de *Red Lion* (92) hasta el más reciente de *Turner Broadcasting Sys. Inc. v. FCC* (93), caso este último que expresa la opinión vigente en esta materia: «es cierto que nuestros casos han permitido una regulación más intrusiva de emisoras de radiodifusión que de otro tipo de emisores».

Aquí nos dice DALZELL que es, además, muy importante el estudio del caso *Pacifica*, un caso en el que el Tribunal Supremo convalidó el poder de la FCC para imponer sanciones por una emisión de expresiones indecentes, porque el Gobierno se basa en él para argumentar que la CDA es un ejercicio legítimo de poder constitucional.

Es cierto que la sentencia de *Pacifica* autoriza la regulación de la expresión indecente, pero ello no justifica la existencia de la CDA, porque las razones de aquella sentencia van en otra dirección, ya que se trataba de adecuar el derecho de la radiodifusión y el derivado de la Primera Enmienda. La decisión de *Pacifica*, además, ha sido erosionada por otras posteriores, en las que se denegó la extensión de la doctrina de la misma a casos distintos a la radiodifusión (94).

Pero lo más importante es que *Pacifica* no es aquí asumible porque la comunicación vía Internet es algo totalmente distinto a la comunicación radiotelevisiva, ya que la red «proporciona contenidos tan amplios como la imaginación» (95).

4. La CDA va, sin duda, a limitar los beneficios reforzadores de la libertad de expresión derivados de la Internet; no olvidemos, nos dice el juez, que antes de la ley era irrelevante el contenido de los datos transmitidos, y si ésta es aceptada el daño puede ser grande.

Y, además, la ley discrimina entre entidades que puedan permitirse los difíciles medios técnicos para acreditar que sólo accedan adultos a ciertos contenidos y las de carácter benéfico que no pueden permitirse el coste de los mismos. Por otra parte, las empresas dedicadas profesionalmente a la pornografía no serán afectadas por la ley pues muchas de ellas ya tienen sus propios sistemas cerrados de acceso.

5. El juez DALZELL pasa ahora a citar a HOLMES y su mercado de las ideas y alega que frente a las posturas que criticaban el incorrecto funcionamiento del mercado y la necesidad de intervenir en el mismo, el remedio es peor que la enfermedad, pues aquél se basa en mayor intervención gubernamental en la limitación del contenido de la expresión permitida. Así

(92) 395 US 367 (1969).

(93) 114 S CT. 2445 (1994).

(94) Vid. *Bolger v. Young Products Corp.*, 463 US 60 (1983), en la que se derogó una ley que prohibía el envío —no solicitado— por correo de anuncios de anticonceptivos, y *Sable Communications v. FCC*, 492 US, 115 (1989), en la que asimismo se denegó una prohibición total de comunicaciones indecentes por teléfono (*dial-a-porn*).

(95) DALZELL, 2, *in fine*.

ha sido reconocido en sentencias como las de *Turner* (96) (la disfunción del mercado de la televisión por cable no justificaba estándares de revisión del mismo como los de la radiodifusión) y *Publishing Co. v. Tornillo* (97) (los fallos del mercado simplemente no podían justificar la regulación de la prensa obligando a facilitar un derecho de réplica).

Al fin y al cabo, el Internet ha conseguido el mayor mercado participativo de la expresión pública que ha visto este país y el mundo. El Gobierno, dice DALZELL, pide al tribunal «*que limite tanto la cantidad de expresión en el Internet y la disponibilidad de tal expresión. Este argumento es profundamente repugnante a los principios de la Primera Enmienda*» (98).

En contra de esto, el juez piensa que el Internet merece toda la protección posible frente a las agresiones del Gobierno. Aunque, efectivamente, la ausencia de controles gubernamentales ha provocado un cierto caos en la red, la fuerza de la misma reside en tal caos, y «*al igual que la fuerza del Internet es el caos, también la fuerza de nuestra libertad depende del caos y de la cacofonía de la expresión sin trabas que protege la Primera Enmienda*» (99).

6. El Gobierno tiene derecho a preocuparse por la protección a la infancia frente a la pornografía, pero esa preocupación no debe impedir la libre expresión en los medios de comunicación, más cuando el Gobierno dispone de otros medios para ello y cuando los padres pueden adquirir *software* preparado para evitar ciertos contenidos.

A ello se añade que la CDA no va a poder cumplir las previsiones para las que ha sido elaborada y evitar el acceso de los niños a determinados contenidos indecentes, ya que casi la mitad de las comunicaciones del Internet se originan fuera de los Estados Unidos: «*la pornografía de Amsterdam será no menos atrayente para un niño que la que viene de la ciudad de Nueva York y los residentes en Amsterdam tienen pocos motivos para cumplir la CDA*» (100).

8. CONCLUSIONES

Tras la opinión del tribunal sobre la inconstitucionalidad de la ley y esperando la decisión del Tribunal Supremo después del recurso presentado contra la sentencia el día 1 de julio de 1996 (101), podemos, no obstante, extraer una serie de conclusiones básicas de todo lo tratado:

(96) 114 SCT, 2452.

(97) 418 US 241 (1974).

(98) DALZELL, 4, pág. 9.

(99) DALZELL, conclusión: la cursiva es nuestra.

(100) *Ibidem*, 5, párr. 5.

(101) Tras la reciente sentencia de *Denver Consortium*, que ya hemos estudiado, y que es posterior a la del Internet, se habla de que el Supremo probablemente rechazará la CDA, por la oposición que ha manifestado a ciertas restricciones elaboradas para oponerse a las actitudes indecentes. Frente a esto se alega que no hay que olvidar que también ha dicho que cada medio es un mundo y puede requerir tratamientos diferenciados. Sin embargo, visto lo que es el Internet, lo importante que es que goce de una libertad casi absolu-

— La doctrina de HOLMES sigue influyendo en la jurisprudencia de la libertad de expresión, y el principal punto derivado de la misma, el temor a la intervención del Gobierno en la regulación de las comunicaciones, es, desde luego, el principal punto que se extrae de ella.

— El que la CDA sea declarada inconstitucional no significa una carta blanca a la introducción de pornografía en la red, ya que con la legislación anterior el Gobierno seguirá persiguiendo a los infractores de la misma. Recordemos al efecto lo dicho en la sentencia *Denver Consortium v. FCC* sobre la legitimidad de las medidas protectoras de los niños frente a los medios audiovisuales (102).

La conclusión derivada de la sentencia es que el Gobierno disponía de otros medios legales y no necesitaba esta ley casi específica para regular el Internet, medio que por sus especiales características debe estar desregulado.

— La existencia de legislación que pueda ser utilizada contra ciertas conductas en el Internet no significa, sin embargo, que la misma pueda ser utilizada de forma abusiva: los tribunales examinarán caso por caso si las sanciones impuestas se ajustan a la debida protección del derecho de la Primera Enmienda.

— Otra cosa distinta es la autorregulación, una empresa proveedora de servicios de Internet puede eliminar ciertos contenidos; tal como nos dice O'CALLAGHAN, «*puede autolimitar su libertad de información y de expresión, por razones de libertad de empresa, de moralidad o de legislación propia, sin que ello signifique autocensura, ni mucho menos, censura*» (103).

— Todo lo cual no significa que con el tema del Internet no se vayan a producir numerosos problemas jurídicos, y que se puedan resolver de manera distinta en diferentes estados. Pensemos, por ejemplo, en la intervención de la Fiscalía alemana en la emisión de contenidos pornográficos vía Internet y el requerimiento hecho a la empresa Compuserve indicándole que se estaban violando las leyes alemanas.

Tal actuación sería, visto lo expuesto, inconcebible en los Estados Unidos, donde incluso el importante constitucionalista Laurence TRIBE ha propuesto una nueva Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (la 27) que diría así:

«Las protecciones que esta Constitución otorga a las libertades de expresión, prensa, petición y reunión, y sus proteccio-

ta, y la existencia de otros medios legales para proteger a la infancia, todo hace prever que la sentencia será confirmatoria. Pase lo que pase, la sentencia que estudiamos es, de todas formas, de gran interés por ser la primera que estudia este tema con tanta amplitud.

(102) *Supra*, pág. 415.

(103) Xavier O'CALLAGHAN, *La autolimitación de la Libertad de Expresión*, «La Ley», 11 de enero de 1996.

nes contra registros irrazonables y la privación de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal, se entenderán plenamente aplicables sin tener en cuenta el método o medio tecnológico a través del cual se genera, almacena, modifica, transmite o controla la información» (104).

El mismo autor formula unos axiomas sobre el ciberespacio y determinadas libertades, y el número 5 dice que «*Los principios constitucionales no deberían variar con los accidentes de la tecnología*».

Y su axioma 3 nos demuestra de nuevo las suspicacias que existen en el país frente a las intervenciones del Gobierno en determinados ámbitos: «*El Gobierno no debería controlar los contenidos de la información. Ello refleja un gran respeto por la integridad de cada persona y un saludable escepticismo frente al Gobierno*» (105).

Se trata, entre otras, de otorgar una protección especial a la expresión emitida vía Internet. Sin embargo, y visto cómo se ha resuelto el tema en la decisión del caso CDA, podemos afirmar que la nueva Enmienda es innecesaria. Basta con aplicar la Primera tal como se ha hecho y el Internet quedará ampliamente protegido.

Una última reflexión: la sentencia nos indica que no es únicamente el estado el que debe resolver ciertos problemas como los relativos a la infancia y ciertos contenidos indecentes. La responsabilidad de los padres y el control responsable sobre lo que sus hijos pueden ver o no es, sin duda, el mejor sistema para prevenir que a éstos les lleguen determinadas materias. Y esta postura no significa que el estado no tenga nada que decir y que se le deba exigir una abstención absoluta en estos temas, sino que simplemente, y de acuerdo con la mejor tradición norteamericana interpretadora del derecho a la libertad de expresión, cuando se trata de la Primera Enmienda la mejor intervención es la mínima posible. En el caso de la red, nos dice la sentencia, pudiendo intervenir el control paterno, no hace falta recurrir al control público.

(104) Citado por Raymond WACKS, en «Privacy in Cyberspace», pág. 9, documento provisional presentado en el seminario que sobre *Privacy* se ha celebrado en Oxford el 19 de junio de 1996.

(105) Laurence TRIBE, *The Constitution in Cyberspace: law and liberty Beyond the Electronic Frontier*, CPSR Privacy/Information Archive 1993.

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

