

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES E INCONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE EXPRESION EN INTERNET (1)

(Comentario de la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)

MARIA LUISA FERNANDEZ ESTEBAN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS PROCESALES.—III. INTERNET Y EL CIBERESPACIO: 1. *Formas de comunicación a través de Internet. La convergencia entre medios de comunicación interpersonal y medios de comunicación de masa.* 2. *El control del contenido en Internet.*—IV. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA PRIMERA ENMIENDA: 1. *Delimitación constitucional entre material obsceno y material indecente. El problema de la aplicación del estándar local en Internet.* 2. *Distintos estándares para el ejercicio de la libertad de expresión dependiendo del medio utilizado.*—V. MOTIVOS QUE HAN DETERMINADO LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: 1. *El «strict scrutiny test» de las medidas que restringen los derechos garantizados por la Primera Enmienda. Régimen aplicable a Internet.* 2. *La «substantial overbreadth» o extralimitación de la Ley como causa de inconstitucionalidad.*—VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

El 26 de junio de 1997, el Tribunal Supremo norteamericano declaró la inconstitucionalidad de la ley federal *Congress Decency Act*, o Ley de Decencia en las Telecomunicaciones (en adelante CDA) que había sido promulgada el 8 de febrero de 1996. Esta Ley declaraba ilegal el uso de ordenadores y de las líneas telefónicas para transmitir material «indecente», y preveía severas penas de privación de libertad y multas para los nuevos tipos penales. En su articulado, la CDA establecía penas de prisión de hasta dos años y multas hasta 250.000 dólares para cualquiera que usase un tipo de discurso «indecente» (*indecent*) o «claramente ofensivo» (*patently offensive*) en una red de ordenadores (Internet) en los que ese tipo de discurso pudiera ser visto por menores.

(1) Ponencia presentada en el Seminario de Profesores de Derecho Constitucional que dirigen los profesores F. Rubio Llorente y M. Aragón Reyes.

¿Qué tiene de peculiar la CDA y su declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo norteamericano? Es la primera vez que una Ley norteamericana regulaba específicamente la libertad de expresión en Internet. El ejercicio de la libertad de expresión en el nuevo medio se limitaba gravemente, imponiéndole un régimen más estricto que a su ejercicio en la radiodifusión. Las sentencias que son objeto de este artículo han establecido que la regulación que imponía la Ley atenta contra la Primera Enmienda (2) al ser inconstitucional *on its face*, es decir, inconstitucional en todo caso, al no resistir un control abstracto de constitucionalidad. Pero más allá de las importantes implicaciones que esta Ley pudiera tener para la libertad de expresión, se trata de la primera ocasión en la que Internet es objeto de análisis y consideración por tan altos tribunales, y también el primer caso en el que se aprecia y se plasma en unos hechos probados el carácter radicalmente distinto del nuevo medio, sus carácter mundial-global y la inaplicabilidad de los conceptos y estándares jurídicos tradicionales a Internet y al ciberespacio, que son, en palabras de uno de los jueces «una conversación sin fin a lo largo y ancho del planeta» (3).

En el segundo apartado se analiza sumariamente el peculiar *iter* procesal de este caso hasta llegar al Tribunal Supremo. El tercer apartado está dedicado a describir brevemente los aspectos más relevantes de Internet y el ciberespacio y qué tipo de comunicaciones son posibles. La definición de Internet y el ciberespacio ocupa los 123 fundamentos de hecho en *ACLU contra Reno* y también en *Shea contra Reno*, que son aceptados como hechos probados por el Tribunal Supremo en el caso *Reno contra ACLU*. Antes de pasar a analizar las causas de inconstitucionalidad *on its face* de la Ley, es preciso detenerse brevemente en la doctrina de la libertad de expresión en Estados Unidos y en las limitaciones que son consideradas constitucionales, que es el objeto del cuarto apartado. En este sentido, es especialmente relevante la distinción entre discurso «indecente» (*indecent speech*), que protege la Primera Enmienda y discurso «obsceno» (*obscene speech*) sin protección constitucional. Además, la evolución de la jurisprudencia revela la distinta consideración que tiene la libertad de expresión en el medio telefónico, la prensa escrita y en la radiodifusión, ya que existen distintos estándares aplicables a la libertad de expresión según el medio empleado.

El quinto apartado se centra en el análisis de las razones por las cuales las disposiciones impugnadas de la CDA son inconstitucionales. La Ley del Con-

(2) Primera Enmienda a la Constitución Americana «*Congress shall make no law [...] abridging the freedom os speech, or of the press*» El Congreso no hará ninguna Ley limitando la libertad de expresión o de prensa.

(3) *A never-ending worldwide conversation*. Sentencia *ACLU contra J. Reno*.

greso, que supone la prohibición de un tipo de discurso amparado por la Primera Enmienda (*indecent speech*), es inconstitucional al no superar el test de control estricto del Tribunal (*strict scrutiny test*), es decir, al vulnerar el principio de proporcionalidad. Además, las disposiciones impugnadas son inconstitucionales por ser (*overbroad*) o bien, por afectar al desarrollo y ejercicio de los derechos amparados por la Primera Enmienda fuera de lo estrictamente necesario para asegurar el interés prioritario (*compelling interest*) de proteger a los menores. La inaplicabilidad de los estándares tradicionales a Internet y al ciberespacio es una de las conclusiones a las que llegan las sentencias que se analizan.

En el sexto apartado se examina a modo de conclusión, qué enseñanza puede extraerse de la sentencia del Tribunal Supremo para una posible regulación del ejercicio de los derechos a una comunicación libre a través de Internet.

II. ASPECTOS PROCESALES

Los promotores de la CDA se habían basado en la necesidad de proteger a los menores de material indeseable o dañino presente en Internet. Aparte de los usuarios de Internet que deciden publicar un tipo de material erótico o pornográfico por su cuenta y riesgo, las empresas dedicadas a este tipo de publicaciones en Internet constituyen un floreciente negocio que sólo en los Estados Unidos consigue unos beneficios netos de 200 millones de dólares anuales (4). La preocupación sobre el contenido de Internet se justifica ulteriormente porque un número creciente de los usuarios de Internet son niños y adolescentes. Por este motivo, surge la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia frente a material que puede circular legalmente entre adultos, pero que es dañino para los menores.

La CDA fue impugnada el mismo día de su promulgación en Filadelfia por numerosas asociaciones pro derechos humanos, entre las que destaca la *American Civil Liberties Union*, ante el Tribunal Federal de ese distrito. El 11 de junio de 1996, este Tribunal federal declaró la inconstitucionalidad de la Ley por establecer tipos penales para el ejercicio en Internet de un tipo de discurso, el discurso «indecente», protegido por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. El caso se conoce como *ACLU contra Reno* (5). La deci-

(4) M. V. RAFTER: «Urlls!, Urlls!, Urlls!, the Internet's Burgeoning Sex Industry Helped Spur Passage of Controversial Decency Law», <http://www.latimes.com/HOME/BUSINESS/CDA/cda2.htm>.

(5) Sentencia del Tribunal del Distrito este de Pensilvania, *ACLU contra J. Reno* núm. 96-963, de 11 de junio de 1996. El texto de la sentencia puede consultarse en Internet, <http://www.aclu.org/court/cdadec.html>.

sión de este Tribunal otorgó la *preliminary injunction* a los demandantes, es decir, la prohibición temporal para el gobierno americano de aplicar la Ley en ese distrito federal por su inconstitucionalidad.

Posteriormente, la CDA fue impugnada de nuevo ante otro Tribunal federal formado por tres jueces de Nueva York, por J. Shea editor de un periódico publicado exclusivamente en Internet. La Ley volvió a ser declarada inconstitucional por el Tribunal Federal de Nueva York por conculcar la Primera Enmienda a la Constitución Americana. Este Tribunal federal de Nueva York, concedió también la «*preliminary injunction*» al demandante en el caso que se conoce como *Shea contra Reno* (6).

En ambos casos, las sentencias fueron apeladas ante el Tribunal Supremo por Ministerio de Justicia (*Department of Justice*) de los Estados Unidos, representado por la Abogado General de los Estados Unidos, (*General Attorney*) Janet Reno. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos aceptó la apelación en ambos casos y el 26 de junio de 1997 el Tribunal Supremo ha emitido su primera sentencia en el caso *J. Reno contra ACLU*, confirmando la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones (7) por los Tribunales federales de distrito. Este caso constituye la primera ocasión en que el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre el funcionamiento de los principios que regulan el derecho a la libertad de expresión en Internet.

La CDA incluía unas disposiciones para el caso de que la Ley sufriera un recurso de inconstitucionalidad «*on its face*», es decir, que se alegase que la Ley era inconstitucional en todo caso y no sólo en el caso concreto. El Congreso, previendo los probables recursos de inconstitucionalidad «*on its face*» a la Ley introdujo un procedimiento abreviado de revisión. Según las disposiciones § 561 y § 2.284 del *United States Code*, en estos casos el recurso se presenta ante un Tribunal Federal de Distrito formado por tres jueces, elegidos por el presidente del Tribunal de Apelación del Circuito correspondiente.

En el caso *ACLU contra Reno*, los actores (*plaintiffs*) son asociaciones de usuarios de Internet, proveedores de contenido en Internet, proveedores de acceso a Internet, grupos de interés y varias asociaciones pro libertad de expresión y derechos humanos. En *Shea contra Reno* el actor es el editor de un periódico electrónico. Ambos recursos se interpusieron contra la Abogado General de los Estados Unidos, (*Attorney General*) Janet Reno y el Ministerio de

(6) Sentencia *Shea contra Reno* ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York de 29 de julio de 1996. El texto de la sentencia puede consultarse en Internet, <http://www.netlaw.com/cases/sheacda.html>.

(7) Sentencia del Tribunal Supremo, *Reno contra ACLU* núm. 96-511, de 26 de junio de 1997. El texto de la sentencia puede consultarse en Internet, http://www2.epic.org/cda/cda_decision.html

Justicia (*Department of Justice*) como la representante y el departamento del Gobierno encargados de investigar y perseguir las violaciones de la ley.

En este tipo de recursos de Derecho norteamericano, los actores solicitan del Tribunal una *preliminary injunction*, es decir, la prohibición al Gobierno americano de aplicar la Ley contra las personas que han sido parte en el proceso, basándose en la inconstitucionalidad de la Ley. En el caso de que el Tribunal Federal de distrito declare la inconstitucionalidad «*on its face*» de la Ley, es decir, inconstitucionalidad abstracta de la Ley, otorgará «*preliminary injunction*», o prohibición temporal de aplicación de la Ley en ese distrito federal. Para obtener la «*preliminary injunction*», los actores deben demostrar que si no es concedida, sufrirán un daño irreparable. En los casos en que se alega una vulneración de los derechos protegidos por la Primera Enmienda a la Constitución Americana, esta circunstancia se hace depender de la posibilidad de que prospere la alegación de vulneración de la Primera Enmienda. Ya que la CDA criminalizaba un tipo de discurso que está protegido por la Primera Enmienda, el «*indecent speech*» o discurso indecente, aparece el peligro del efecto paralizador sobre la libertad de expresión o «*chilling effect*», que constituye en sí mismo un daño irreparable, y al que se volverá a hacer referencia por su importancia en la doctrina sobre libertad de expresión del Tribunal Supremo norteamericano. Tanto en el caso *ACLU* contra *Reno* como en el caso *Shea* contra *Reno*, los Tribunales Federales concedieron a los actores la «*preliminary injunction*».

En principio, al conceder una «*preliminary injunction*», se prohibía al Gobierno la aplicación de la Ley contra el demandante. Nos encontramos ante procesos civiles que tienen efecto sólo *inter partes*. No obstante, y aunque no resulta claro de las sentencias de los jueces de distrito, parece que la prohibición de aplicación de la Ley podía extenderse a todos los usuarios de Internet debido a la inconstitucionalidad «*on its face*», abstracta, de la Ley. Por otra parte, la fuerza de cosa juzgada de las sentencias de los Tribunales Federales de Distrito vincula sólo en cada distrito, en principio. Aun así, una vez recaídas las sentencias declarando la inconstitucionalidad de la Ley federal y su inaplicabilidad en cada distrito, el Gobierno se abstuvo de aplicar la CDA en todo el territorio de los Estados Unidos hasta el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

En este sentido, la propia Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso preveía un procedimiento de recurso directo (*writ of appeal*) ante el Tribunal Supremo. Este tipo de apelación ante el Tribunal Supremo no es el procedimiento habitual de *certiorari* (8). En el caso de recurso directo, las par-

(8) Sobre la institución del *certiorari*, véase M. A. AHUMADA RUIZ: «El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40 (1994), pág. 89.

tes en el proceso *a quo* tienen derecho a apelar ante el Tribunal Supremo, mientras que en el mucho más corriente *certiorari*, el Tribunal Supremo es libre de aceptar o rechazar la revisión del caso. En los casos de recurso directo, el Tribunal Supremo puede reafirmar sumariamente la sentencia del Tribunal inferior, (*summary affirmance*), revisar sumariamente la sentencia (*summary reversal*) o puede afirmar su jurisdicción en el caso y establecer unos plazos para la presentación de alegaciones de las partes y para la vista oral.

El Tribunal Supremo afirmó su jurisdicción tanto en *ACLU* contra *Reno* como en *Shea* contra *Reno*, aunque no los ha consolidado. Los apelantes, J. Reno y el Ministerio de Justicia, pidieron al Tribunal que pospusiera la vista oral y la resolución en el caso *Reno* contra *Shea* hasta su pronunciamiento en el caso *Reno* contra *ACLU*, nombres con los que se conocen los casos en la apelación ante el Tribunal Supremo. El día 26 de junio el Tribunal Supremo ha confirmado la sentencia del Tribunal Federal de Filadelfia, declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo se limita a hacer suyas las conclusiones del Tribunal Federal de Filadelfia, el pronunciamiento del Tribunal Supremo tiene una importancia innegable por unificar la doctrina para todo el territorio de los Estados Unidos y por convertir la prohibición temporal de aplicación de la Ley, «*preliminary injunction*», en permanente.

Una vez examinada sumariamente la situación procesal el siguiente apartado está dedicado a describir brevemente algunas características de Internet y el ciberespacio, y qué tipo de comunicaciones son posibles a través de él. Internet y el ciberespacio constituyen un medio de comunicación radicalmente nuevo, que no es equiparable a los medios de comunicación tradicionales. Finalmente se hace referencia al surgimiento de métodos de control del contenido disponible en Internet.

III. INTERNET Y EL CIBERESPACIO

Internet surgió en el entorno de la tecnología militar norteamericana. En los años sesenta, la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada de Defensa de los Estados Unidos (DARPA) inició un programa para desarrollar técnicas de conexión entre ordenadores con el fin de intercambiar paquetes de información de manera sencilla y segura. El objetivo de este proyecto era crear una red amplia de ordenadores en la que la información pudiera ir de unos a otros a través de vías distintas, de manera que, si un área era atacada en una acción bélica, la información pudiese llegar por un camino u otro a su destinatario. La clave de este sistema era la inexistencia de un centro neurálgico que

controlase esta red, pues éste sería un punto vulnerable del sistema. Con esta filosofía nació ARPANET, que constituye el antecesor inmediato de Internet. Durante los años setenta, ARPANET creció incorporando nuevos servicios como correo electrónico, conexión remota, etc. A comienzos de los años ochenta aparecen infinidad de redes, que finalmente acaban vinculándose entre sí. Durante los últimos años ochenta se creó lo que puede entenderse como una columna vertebral que atraviesa los Estados Unidos (NFSNET) y que hace crecer de manera exponencial las conexiones, especialmente entre las universidades (9).

La labor de gestión de Internet la lleva a cabo la ISOC (Internet Society), sociedad de voluntarios cuya misión es conseguir un intercambio global de información a través de la tecnología que ofrece Internet. Pero esta sociedad se encarga simplemente de dar el visto bueno a los distintos estándares que surgen, así como de asignar los distintos recursos de la red. Es preciso hacer hincapié en el carácter descentralizado de la red, ya que cada subred o componente inferior provee a su propio mantenimiento. La realidad es que *nadie gobierna Internet*, no existe una entidad que diga la última palabra sobre lo que se debe o no se debe hacer. Cada red integrante de Internet tiene sus propias reglas (10). Internet es una especie de anarquía organizada que crece de manera impresionante (más del 15 por 100 mensual), que engloba todo tipo de actividades y que es considerada el embrión de las denominadas superautopistas de la información (11). Si esta tasa de crecimiento se mantuviese, el número total de los usuarios de Internet, ¡superaría a la población mundial en el año 2003! (12).

La parte de Internet más famosa y con mayor crecimiento es la World Wide Web. El proyecto WWW fue desarrollado inicialmente por el CERN (laboratorio europeo de física de partículas en Suiza). La WWW es una telaraña o trama mundial de servidores distribuidos en Internet y que ofrecen la información en formato *hipertexto*. Hipertexto es un concepto que designa información altamente interconectada. Una página de hipertexto puede contener todo tipo de elementos, como enlaces a otras páginas de la red, imágenes, gráficos, sonido, animación. Lo que ha hecho muy popular este servicio de Internet es el hecho de ser muy fácil de utilizar y lo espectacular de la presentación de los documentos hipermedia. El protocolo para transmitir por la Red los documen-

(9) La información sobre el nacimiento de Internet proviene de J. M. VEGA FERNÁNDEZ y cols.: *Internet. Al día en una hora*, Anaya Multimedia, 1996, págs. 15 y sigs.

(10) *Ibid.*, pág. 18.

(11) *Ibid.*, pág. 20.

(12) N. NEGROPONTE: *El Mundo Digital*, Ediciones B, 1996, pág.

tos de hipertexto es el HTTP (HyperText Transfer Protocol), y los documentos están escritos en un lenguaje denominado HTML (Hypertext Markup Language). Cuando un usuario de Internet entra en la red gracias a los programas que permiten esta posibilidad, conecta con un documento HTML del servidor que tenga especificado en las preferencias. La página inicial por omisión es la del servidor de la compañía que otorga el acceso a Internet al usuario. Desde ese momento, es suficiente con pulsar palabras o imágenes sensibles para tener acceso al documento o servidor conectado gracias al enlace hipertexto y presente en cualquier punto de la red mundial (13).

Muchos de los intercambios de información que tienen lugar en Internet son multimedia, puesto que circulan por la Red desde programas informáticos hasta videoclips musicales o incluso películas. En ocasiones, las posibilidades de intercambio multimedia están limitadas por problemas de infraestructura de la Red, como ocurre con los problemas de de «cuello de botella» generados por las redes de banda estrecha. Esta es la situación en la que se encuentra la práctica totalidad del bucle local de la red telefónica en España. Esto provoca que los mensajes con gran cantidad de información, como mensajes que contienen imágenes o filmaciones tardan mucho en llegar al destinatario.

1. *Formas de comunicación a través de Internet. La convergencia entre medios de comunicación interpersonales y medios de comunicación de masa*

Internet es un medio de comunicación polifacético, es decir, que contiene muy diferentes configuraciones de comunicación. Su variedad demuestra la *convergencia* que se está produciendo entre comunicaciones interpersonales y medios de comunicación de masas. De hecho, las formas de comunicación en Internet pueden agruparse en cinco categorías: el correo electrónico, los boletines, los foros de discusión, la conversación en tiempo real y la información presente en la WWW. La comunicación de un usuario a otro a través de correo electrónico, asemeja a la comunicación a través del correo ordinario. El correo electrónico es uno de las posibilidades más atractivas de Internet. El correo electrónico permite enviar mensajes a través de cualquier red conectada a Internet. Además de instantáneo, resulta notablemente barato en comparación con los servicios postales o la telefonía directa. La comunicación de un usuario

(13) Véase J. M. VEGA FERNÁNDEZ y cols.: *Internet. Al día en una hora*, Anaya Multimedia, 1996, pág. 101.

a un grupo de usuarios a través de los boletines se asemeja más bien a los medios de comunicación tradicionales como los periódicos, la televisión o la radio. La comunicación entre un usuario y otro, o uno a varios o muchos, como los foros de discusión, es difícil de describir. Quizá el símil más parecido sea la discusión en la plaza pública o una suerte de Hyde Park al filo del milenio (14). La conversación en tiempo real en Internet es un tipo de comunicación que puede ser sólo de voz o incluir también la imagen de la persona con la que se está manteniendo la conversación. Por último, es muy importante la comunicación que requiere que el usuario interesado busque o acceda a un determinado servidor, como sucede en la WWW, que tiene muchos puntos en común con la búsqueda en archivos o bibliotecas, pero con la diferencia de que cualquier usuario de Internet puede publicar en Internet, puede tener su página «web» (15).

La convergencia entre medios de comunicación interpersonales y medios de comunicación de masa que supone Internet presenta un aspecto muy interesante: el intercambio de papeles entre los productores y los receptores de información. Uno de los aspectos más interesantes de Internet es que un usuario puede convertirse en un productor, en un emisor de información. Volveremos sobre este aspecto innovador de Internet tras estudiar los distintos estándares de la libertad de expresión según el medio empleado.

El ciberespacio es un término que proviene de las novelas de ciencia ficción y que define el espacio conceptual en donde palabras, relaciones humanas, datos son manifestadas empleando la tecnología de comunicaciones a través de los ordenadores. La noción de ciberespacio se ha convertido, gracias a Internet, en una realidad que cobra cada vez más importancia. Internet no sólo es un milagro tecnológico que nos permite posibilidades de comunicación jamás soñadas, sino, también un espacio social, una alternativa al mundo «real», en el que se desarrollan un número creciente de actividades humanas: comerciales, educacionales, de ocio, y, entre otras muchas, ilícitas.

2. *El control del contenido en Internet*

Con el rápido crecimiento de Internet y de la WWW ha surgido una preocupación justificada sobre el tipo de información que puede encontrarse en In-

(14) R. TREJO DELARBRE: *La Nueva Alfombra Mágica. Usos y Mitos de Internet, la Red de Redes* (Fundesco, 1996), pág. 140.

(15) M. MORRIS y cols.: «The Internet as a Mass Medium», 46 *Journal of Communication* (1996), pág. 42.

ternet. El anonimato que puede ofrecer Internet y la aparente impunidad han provocado un crecimiento espectacular de la presencia e intercambio de material pornográfico en Internet. Algunos casos espectaculares aparecidos en los medios de comunicación, incluido alguno que concernía a España, han generado un creciente malestar en la opinión pública y la «demonización de Internet» por parte de algunos medios de comunicación.

Fruto de la preocupación por proteger a los menores, amplia minoría de los usuarios de Internet, ha sido el desarrollo de sistemas de bloqueo de la información a la que puede llegarse «navegando» por Internet. Consiste esencialmente en un programa-filtro que instalado en un punto de acceso a Internet impide el acceso desde ese punto a cierta información. Ejemplos de este tipo de programa-filtro son productos comerciales como Cyberpatrol, CyberNOT, Surfwatch, Netnanny, etc. Este tipo de control es cada vez más utilizado tanto por particulares, que desean controlar el acceso a pornografía o violencia de sus hijos como por escuelas por el mismo motivo. El uso de programas que controlen el acceso de los menores a material ilícito o nocivo en Internet constituye la solución más eficaz para proteger a la juventud y la infancia. En este sentido, es encomiable la modificación introducida por la enmienda *Fillon* a la Ley Francesa sobre Libertad de Comunicación (Loi n. 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication), que establece en el artículo 43.1 la obligatoriedad para los proveedores de acceso a Internet de proponer a sus clientes un medio técnico que les permita restringir el acceso a ciertos servicios o de seleccionarlos. El uso de este tipo de tecnología deja en manos de los padres la decisión de qué material es apropiado o no para sus hijos, del mismo modo que los padres deciden qué revistas, o qué libros son apropiados para los menores. De este modo se evita limitar, *a priori*, el contenido de Internet a la información que es apropiado para los niños.

La mayoría de estos métodos de bloqueo de la información pueden dividirse en cuatro categorías (16): (1) lista blanca, es decir, un programa filtro que permite el acceso sólo a determinadas direcciones; (2) lista negra o *software* que consulta una lista de direcciones establecida de acuerdo con el dueño del punto de acceso, (3) *software* que detecta palabras-clave sospechosas, impidiendo el acceso a esas direcciones, y (4) el bloqueo por parte de los proveedores de acceso a porciones de Internet. Existe otra propuesta para permitir un

(16) «Internet Censorship. The Top Shelf» *The Economist*, 18 de mayo de 1996, pág. 84; COMISIÓN EUROPEA: *Green paper on the Protection of Minors and Human Dignity in Audiovisual and Information Services*, COM (96) 483 fin; COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre Contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet*, COM (96), Bruselas, 16/10/1996.

control voluntario de la información más eficaz. Es el denominado PICS (*Platform for Internet Content Selection*). Se trata de que los que introducen contenidos en Internet pongan unas etiquetas a sus contenidos que permitan una mejor clasificación. Quizá sea ésta una posibilidad que se acabe imponiendo en el futuro y que permita un mejor control voluntario de los contenidos de Internet (17).

Junto a la posibilidad de bloquear el material indeseable en el punto de recepción, algunos países han intentado elaborar una legislación específica para Internet que impidiese la publicación de contenido de material nocivo para los menores. Aunque ha habido ejemplos como la *Loi sur la Reglementation des Telecommunications* de 1996, conocida como la Ley Fillon (18) en Francia, ha sido la CDA el intento de reglamentación de Internet más sobresaliente.

Antes de analizar los motivos que han llevado al Tribunal Supremo norteamericano a declarar la inconstitucionalidad de la CDA, es preciso hacer referencia a la tradición americana de la libertad de expresión y a la jurisprudencia entorno a la Primera Enmienda, especialmente a la distinción constitucional entre discurso «obsceno» e «indecente», y la creación de distintos estándares para el ejercicio de la libertad de expresión según el medio de comunicación empleado.

IV. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA PRIMERA ENMIENDA

La Primera Enmienda a la Constitución Americana protege muchas formas de expresión. El objeto de la primera Enmienda se refiere al ejercicio de la libertad de expresión por cualquier medio. Pero en Derecho constitucional norteamericano hay una distinción radical entre tipos de discurso amparados por la Primera Enmienda y tipos de discurso no cubiertos por ella. Entre estos últimos, suelen ser citados por su importancia el discurso publicitario o comercial (*commercial speech*), y el discurso «obsceno» (*obscene speech*). Ambos tipos de discurso carecen de protección constitucional.

(17) Más información sobre la alternativa PICS en Internet, <http://www.w3.org/pub/www/PICS>.

(18) Sobre esta Ley, véase C. VILLEMIN GACON: «L'Amendement Fillon», en Internet: <http://www.freenet.fr/villemin/Freenet/Fillon.html>. Parte de esta Ley ha sido declarada inconstitucional por el *Conseil Constitutionnel*, en el *Avis du Conseil*, de 23 de julio de 1996. El texto de la Sentencia puede consultarse en Internet: <http://www.admiret.com/jo/aviscc.html>.

1. *Delimitación constitucional entre material obsceno y material indecente. El problema de la aplicación del estándar local en Internet*

El discurso obsceno se diferencia claramente del discurso «indecente» (*indecent speech*), que está protegido por la Primera Enmienda (19). La definición del concepto de obscenidad ha sido difícil incluso para el Tribunal Supremo. La dificultad en llegar a una definición puede ser ilustrada por las famosas palabras del Juez Steward del Tribunal Supremo: «Quizá nunca podré definir claramente lo que es pornográfico. Pero lo reconozco cuando lo veo [...]» (20).

El Tribunal Supremo estableció unos criterios para la distinción entre material «obsceno» y material «indecente» en el famoso caso *Miller* contra *California* (21). La definición *Miller* de discurso «obsceno» se basa en un test de tres partes: 1) Muestra o describe un acto sexual descrito en una Ley del Estado contra la obscenidad. 2) Esto lo hace de un modo claramente ofensivo (*patently offensive*), apelando a sentimientos lascivos (*appealing to the prurient interest*), atendiendo al criterio de un buen padre de familia (*reasonable person*) aplicando los estándares de cada comunidad. 3) El material carece de un valor literario, artístico, social, político o científico serio. Si el discurso reúne esas tres condiciones del test *Miller*, se considera obsceno, y carece de protección constitucional.

El caso *Miller* tiene un valor especial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque éste renunció a establecer un estándar sobre la obscenidad a nivel nacional. Esto implica que el estándar con el que se va a medir si un tipo de discurso es admisible o no va a depender de los estándares locales de cada comunidad. Por tanto, en los casos penales, el jurado debe decidir si el material es obsceno o no aplicando el estándar de su comunidad.

Se ha planteado la cuestión de cuál es el estándar que debe aplicarse en el caso de información que viaja de una comunidad a otra. La pregunta es, ¿cuál debe ser la comunidad cuyo estándar se aplica en este caso? El problema ha surgido en relación a la violación de leyes sobre la obscenidad a través del correo, y en Estados Unidos la solución jurisprudencial determina que el material debe respetar el estándar de la comunidad desde la que se emite el correo y el de la comunidad de recepción. Algo similar sucede con la radiodifusión. Si se

(19) Sobre el tema, véase M. GODWIN: «The Difference between Obscenity and Indecency», en Internet: ftp://ftp.eff.org/censorship/obscenity_and_indecency_godwin.excerpt.

(20) «*Perhaps I could never succeeded in intelligibly [defining hard-core pornography]. But I know it when I see it...*». Sentencia *Jacobelis* contra *Ohaio*, 413 U.S. 291 (1977).

(21) 413 U.S. 15 (1973).

transmite una información, para que esté amparada por la Constitución, debe respetar los estándares la comunidad de emisión y de todas las comunidades de recepción.

El problema de la aplicación de los estándares locales tiene una especial importancia en la comunicación que se realiza a través de Internet. El ciberespacio es, después de todo, una comunidad global, en la que no cuentan las barreras físicas ni las fronteras. Así, con los grupos de discusión, en los que participan usuarios de todas las partes del mundo, el problema de aplicar el estándar local se hace evidente. Este aspecto del problema de la regulación de Internet desborda la construcción de la jurisprudencia norteamericana para convertirse en uno de los desafíos de Internet.

Internet es una red mundial-global. Además, carece de un centro neurálgico que la dirija, y una vez publicada una información en Internetes accesible desde cualquier punto del planeta.

Es común que la información que en un país se haya cubierta por la libertad de expresión, en otro país sea constitutiva de delito. Mientras que hasta ahora era relativamente fácil controlar una emisión o publicación, esto no es posible con Internet. Ello es así porque salvo casos específicos, la información que es ilícita en un país, estará amparada por la libertad de expresión en otro, y la información será accesible en pocos segundos a través de la red. Además, el ciberespacio permite que los autores y proveedores de contenido en Internet pueden aprovechar el carácter global de la Red para trasladar el contenido que es considerado ilegal en un país a otro en el que esté amparado por la Ley, en cuestión de segundos. Aunque la legislación del país afectado prohíba cierto tipo de información y promueva una acción contra sus autores o los que la hayan publicado, el que ha publicado la información puede encontrarse fuera de la jurisdicción penal de ese país, y se puede acceder a la información prohibida de igual forma a través de la red Internet. Se produce entonces un fenómeno de «*forum shopping*». En este sentido, son paradigmáticas las declaraciones M. Barbraud, la persona que introdujo en Internet el libro sobre los últimos momentos de F. Mitterrand, *Le Gran Secret*, sobre el que pesa un secuestro judicial en Francia. M. Barbraud declaró a *Le Monde* «A la mínima acción de la justicia, muevo mi servidor en Internet a los Estados Unidos, donde se podrá consultar [desde Francia] al precio de una llamada local» (22).

La noción de discurso «indecente» es más amplio que el concepto de discurso «obsceno». El Tribunal Supremo no ha definido lo que debe considerar-

(22) «A la moindre action de la justice, je bascule mon serveur aux États-Unis, où l'on pourra le consulter au prix de la communication locale», *Le Monde*, 25 de enero de 1996.

se discurso «indecente», aunque del caso *Pacifica* (23) parece deducirse que la definición del material «indecente» debe referirse al contexto, lo que supone una referencia tanto al medio de comunicación como a los estándares locales. En segundo lugar, debe tratarse de lenguaje sexual claramente ofensivo. Existe cierta jurisprudencia de los Tribunales Federales de Circuito que confirma la referencia al estándar del medio de comunicación para definir el concepto de discurso indecente (24).

2. *Distintos estándares para el ejercicio de la libertad de expresión dependiendo del medio utilizado*

La Primera Enmienda a la Constitución americana recoge los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de prensa. La redacción de ésta no permite dudas: no cabe una legislación que restrinja estos derechos.

La práctica ha contradicho esta afirmación desde 1912, cuando se comenzó a regular la radio. Las limitaciones que se imponen a la libertad de expresión en los nuevos medios se justifican por las especiales características de la radiodifusión. La tolerancia del Tribunal Supremo hacia la mayor regulación de la radiodifusión se basaba en los criterios de escasez del espectro radioeléctrico y de mayor penetración de la radiodifusión (25). La existencia de esta normativa ha dado lugar al surgimiento de distintos estándares de la libertad de expresión, dependiendo del medio en el que es ejercida: lugares públicos, el teléfono, la prensa y la radiodifusión. La tolerancia constitucional hacia este tipo de regulación se ha basado en la consideración de intereses prioritarios (*compelling interest*), como es la protección de los menores y la garantía del pluralismo en la radiodifusión. La constitucionalidad de estos estándares ha sido convalidada por una jurisprudencia abundante y constante del Tribunal Supremo (26). De hecho, la Primera Enmienda debe entenderse en el sentido de que el Congreso no podrá hacer ninguna ley que limite la libertad de expresión *a menos que esa ley promueva un interés constitucional prioritario* (27).

Para algunos autores las restricciones a la radiodifusión han provocado que

(23) Sentencia *FCC* contra *Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

(24) Vid. Sentencia *ACLU* contra *Reno*.

(25) D. E. LIVELY: «Modern media and the First Amendment: Rediscovering the Freedom of the Press», *Washington Law Review*, 67 (1992), pág. 600.

(26) Véase T. W. HAZLETT y cols.: «Chilling the Internet? Lessons from FCC Regulation of Radio and Broadcasting», *Cato policy Analysis*, 270, 1997. En Internet <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-270.html>.

(27) Opinion del Juez Buckwalter en *ACLU* contra *Reno*.

los derechos de los telespectadores y oyentes a ser informados, recibir información veraz y a no ser manipulados se sitúa por encima del derecho a la libertad de expresión e información de las empresas de radiodifusión (28). La doctrina estadounidense habla incluso de jerarquización de los derechos y libertades de la Primera Enmienda. Por su parte, el Tribunal Supremo ha expuesto lo que considera un orden inusual «*unusual order*» de los intereses protegidos en la Primera Enmienda, al haberse identificado un nuevo bloque de derechos e intereses constitucionales que son elevados por encima del derecho a la libertad de expresión e información de las empresas de radiodifusión (29).

Ya desde las primeras sentencias del Tribunal Supremo norteamericano la radiodifusión parece no disfrutar de los mismos derechos y privilegios otorgados por la Primera Enmienda a la Constitución que la prensa escrita (30). En este sentido, es famosa la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos llamada «*fairness doctrine*» (31), que consiste en que las empresas de radiodifusión, al contrario de las empresas de prensa escrita, tienen un privilegio, es decir, radiofrecuencias, que deben utilizar siempre de acuerdo con el interés público. Para el caso de la televisión por cable, la jurisprudencia estableció la constitucionalidad de la llamada «*must carry rule*» (32). Esta doctrina impone a las empresas de cable la obligación de ofrecer canales locales junto con los propios. A pesar de que las empresas de cable argüían que esta regulación afectaba a su libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda, el Tribunal Supremo estableció la validez de la «*must carry rule*» (33).

(28) D. LIVELY: «Modern Media and the First Amendment: Rediscovering the Freedom of the Press», *Washington Law Review*, 67 (1992), pág. 610.

(29) *Ibid.*, pág. 602.

(30) Sobre la evolución de la jurisprudencia véase L. A. POWE: *American Broadcasting and the First Amendment* (University of California press, 1992). También E. BAREND: *Broadcasting Law. A Comparative Study* (Clarendon Press, 1993).

(31) Sobre esta noción, E. BAREND: *Broadcasting Law. A Comparative Study* (Clarendon Press, 1993), pág. 47. También T. W. HAZLETT y D. SOSA: «Chilling the Internet? Lessons from FCC regulation of Radio and Broadcasting», *Cato policy Análisis*, 270, 1997. En Internet <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-270.html>.

(32) La posición del cable en Estados Unidos no es tan simple y parece que ni siquiera la jurisprudencia ha seguido un línea uniforme. Junto con la solución del «*must carry*», existe también una tendencia a considerar las empresas de cable como prensa escrita, es decir, sin imposiciones de acceso o programación; véase E. BAREND: *Broadcasting Law. A Comparative Study* (Clarendon Press, 1993), pág. 165.

(33) *Turner Broadcasting contra FCC*, 114 S. Ct. 2445, 2461-2464 (1994); VICK: «The First Amendment Limitations after *Turner Broadcasting v. FCC*», *Harvard Journal of Law and Technology*, 8 (1994), pág. 231.

El esquema escalonado que ha sido descrito se conceptúa en la doctrina americana como la coexistencia de tres modelos: el modelo de la prensa escrita o «foro privado», el modelo de la televisión por cable o «*common carrier*» y el modelo de la televisión herziana o «*foro público*».

La prensa escrita es un medio de comunicación poco regulado, es decir, con pocas limitaciones a la opinión pública y al que no se aplica el derecho de acceso. Su regulación es muchos aspectos equiparable a la de la comunicación a través del teléfono. Además, existe una clara conciencia jurisprudencial de que la libertad de expresión debe ser casi ilimitada en la prensa, baluarte de la libertad de expresión.

A la televisión por cable se le ha aplicado tradicionalmente el modelo llamado de «*common carrier*». Esto quiere decir que un empresario de televisión por cable es fundamentalmente libre al ejercer los derechos garantizados en la Primera Enmienda, pero debe transmitir a través de su cable otros canales aparte del suyo, como por ejemplo canales locales y canales públicos (34).

Finalmente, la televisión por ondas herzianas está altamente regulada, al entenderse que este tipo de televisión es un foro público de intercambio de ideas, ya que tener otorgada una frecuencia es un privilegio del que no gozan todos, por lo que debe garantizarse el acceso de los que no tienen esa frecuencia a participar en ese «foro de ideas». Estos criterios han llevado a caracterizar el modelo televisivo, altamente regulado, como «foro público» (*public fora*).

¿Qué justifica el alto grado de regulación al que se ve sometida la radiodifusión? Ha habido diferentes motivos que se han argüido para regular la radiodifusión de modo más estricto que la prensa escrita: (1) titularidad pública, (2) la mayor penetración del medio, (3) el criterio de la escasez, y (4) el criterio de la «diferente percepción» (35).

(1) El argumento de la titularidad pública se basa en el carácter de dominio público del espectro radioeléctrico que utilizan la televisión por ondas herzianas. La misma justificación se da en el caso de la televisión por satélite. Este argumento tiene carácter tautológico, ya que el carácter de servicio público de la televisión se basa en la utilización del dominio público radioeléctrico, pero a su vez, la definición del espectro radioeléctrico como dominio público es una decisión del legislador.

(34) La televisión por cable tiene en Estados Unidos un estándar distinto de la televisión por ondas. En *Turner Broadcasting System, Inc. contra FCC*, 114 S. Ct. 2445 (1994), el Tribunal Supremo rehusó aplicar las limitaciones de discurso «indecente» que se aplica en la televisión por ondas a la televisión por cable porque en ésta no se da la escasez del medio, y por el carácter menos expansivo de la televisión por cable.

(35) E. BAREND: *Broadcasting Law. A Comparative Study* (Clarendon Press, 1993), pág. 4.

(2) El segundo argumento es el de la mayor penetración de la televisión (*pervasiveness*). En la doctrina americana, el criterio de la «mayor penetración del medio» que legitima la limitación del ejercicio de la libertad de expresión en la televisión por ondas herzianas, se basa en la capilaridad de la televisión junto con su importancia para la formación de la opinión pública. El Tribunal Supremo (36) ha hecho suya esta diferenciación al determinar que la radiodifusión penetra en el hogar y que, debido a esto, tienen mucho más peso en la formación de la opinión pública. Además, al penetrar en el hogar, es más difícil de controlar que otros medios de comunicación, siendo especialmente accesible a los niños. Es decir, es más fácil evitar que los niños puedan leer revistas y periódicos, que dejen de ver la televisión. En otras palabras, la televisión es un medio que tiene un poder de captación sobre el telespectador que seguramente no tienen otros medios sobre sus destinatarios (37). Esto se explica por la capilaridad del medio, lo que le confiere un poder especial de penetración en todos los hogares.

Además, hay que tener en cuenta que la televisión se ha convertido en la auténtica «plaza pública» de la democracia (38). Es decir, se ha convertido en el cauce más importante de formación de la opinión pública. El argumento de la importancia de la televisión para la formación de la opinión pública es un argumento esgrimido constantemente para justificar su tratamiento distinto (39). La crítica más importante a este argumento radica en que la televisión sólo invade si los espectadores quieren. Además, si bien es cierto que la televisión posee más importancia para la formación de la opinión pública, es cuestionable si esto es justificación suficiente para imponer límites al ejercicio de la libertad de expresión en la radiodifusión.

(3) El tercer argumento para limitar más el ejercicio de la libertad de expresión cuando se trata de televisión es el argumento de la escasez del medio. Este argumento es el más recurrido a la hora de justificar la mayor regulación de la televisión frente a la prensa escrita. El espectro radioeléctrico es limitado y escaso. No todo el mundo puede adquirir frecuencias y tener la posibilidad de

(36) Sentencia *FCC contra Pacifico Foundation*, 438 U.S. 736 (1978). También el Tribunal Constitucional alemán en el caso *Lebach*, *BVerfGE*, 35, 202.

(37) Véase E. BAREND: *Broadcasting Law. A Comparative Study* (Clarendon Press, 1993), págs. 6-7; «Televisión y Democracia», *Temas para Debate del Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* (1994), pág. 170.

(38) E. BAREND: *Ibid.*, pág. 156.

(39) Sobre este argumento en la jurisprudencia y doctrina alemanas para la configuración del *duale Rundfunkordnung*, W. BRUGGER: «Freiheit der Meinung und organisation der Meinungsfreiheit/ Eine liberale Konzeption der geistigen Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 GG», *Europäische Grundrechte Zeitung*, 10 (1987), pág. 225.

emitir sus puntos de vista a través de las ondas herzianas, tanto por la escasez del espectro como por el alto coste de la tecnología necesaria para la radiodifusión. Por tanto, el Estado debe garantizar el acceso a las ondas en condiciones de igualdad. Es decir, que mientras cualquiera puede crear un periódico, no todo el mundo puede montar una televisión. Este tipo de argumento está presente tanto en la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos como la mayoría de los tribunales constitucionales europeos, incluido el nuestro (40).

En primer lugar, es criticable que el criterio de la escasez se aplique selectivamente a la radiodifusión. Es quizá tan costoso financiar un periódico como una televisión, y aunque, en teoría, todo el mundo podría montar un periódico la realidad es muy distinta. Lo cierto es que la tendencia del mercado implica el descenso del número de periódicos, y el incremento en el número de empresas de radiodifusión. En segundo lugar, la práctica en algún país, especialmente Italia, ha puesto de manifiesto lo que de «mito interesado» tiene la noción de escasez aplicada al dominio público radio eléctrico. En Italia, existen cientos de empresas locales que emiten a través de ondas herzianas (41). Sin embargo, la crítica más importante al argumento de la escasez es el desarrollo tecnológico en el sector de las telecomunicaciones. El cable y el satélite han aumentado enormemente el potencial de canales disponibles de tal modo que en muchos países hay más cadenas de radiodifusión que periódicos. Además, la introducción de la tecnología digital producirá un aumento inusitado en el número de canales disponibles (42).

(4) El cuarto argumento para la mayor intervención en la radio difusión es lo que la doctrina americana ha llamado la «diferente percepción del medio», especialmente L. Bollinger (43). De acuerdo con este argumento, el tratamiento diferencial que recibe la radiodifusión se explica por la historia de la

(40) Caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 388, 1967. En Alemania, Tribunal Constitucional alemán, *BVerfGE* 12, 205,263. En Italia, Tribunal Constitucional italiano Sentencia 59/1960, *Giurisprudenza Costituzionale*, 759. Sobre el criterio de escasez, en general, véase, E. BAREND: *Broadcasting Law. A Comparative Study* (Clarendon Press, 1993), pág. 4. En España STC 12/1982 (caso Antena Tres), que define el criterio de escasez del espectro radioeléctrico, reiterado en la STC 88/1995 (caso de televisión local por ondas). Para un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase el trabajo de la autora *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales* (Mc Graw-Hill, 1998).

(41) J. R. ROMERO RODRÍGUEZ: «Libertad de establecimiento y desarrollo de televisión local y ordenamiento español», *Derecho Privado y Constitución*, 10 (1996), pág. 303.

(42) Vid *supra*.

(43) Vid. L. BOLLINGER: «Freedom of the Press», *Michigan Law Review*, 75 (1976), pág. 1; «The Rationales of Public Regulation of the Media», en J. LICHTENBERG (ed.): *Democracy and the Mass Media* (Cambridge, 1990), pág. 355.

misma. La mayor regulación del sector audiovisual, según esta doctrina, responde a las deficiencias de regulación en la prensa escrita. Garantizar el acceso y el pluralismo en los medios supone siempre un riesgo de censura encubierta. Por ello se ha preferido regular bastante los medios de comunicación de radiodifusión, donde se prevé el derecho de acceso y dejar poco regulada la prensa escrita, permitiendo aquí mayor libertad. Así los ciudadanos tienen acceso a lo que la doctrina denomina lo mejor de los dos mundos (*the best of two worlds*).

La doctrina critica esta teoría argumentando que si realmente no hay diferencia entre prensa escrita y radiodifusión, no se justifica el tratamiento diferenciado. Pero es cierto que las razones del tratamiento diferencial son históricas. Así, en las primeras sentencias del Tribunal Supremo norteamericano la radiodifusión no disfruta de los mismos derechos y privilegios otorgados por la Primera Enmienda a la Constitución que la prensa escrita (44). La tolerancia del Tribunal Supremo hacia la mayor regulación de la radiodifusión se basaba en los criterios de escasez y de penetración (45). En esta línea se ha desarrollado la doctrina jurisprudencial «*fairness doctrine*» (46) y la constitucionalidad de la llamada «*must carry rule*» antes comentadas.

En la actualidad, puede constatararse una evolución desde los criterios basados en los límites a la tecnología a los criterios de penetración (control de contenidos para proteger a la infancia y la juventud) y de garantía del pluralismo, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, como en la del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y de los tribunales constitucionales nacionales.

Volviendo a la jurisprudencia constitucional norteamericana, el estándar aplicable a la radiodifusión permite que se pueda prohibir el discurso «indecente», debido al interés de proteger a los menores debido a la mayor penetración de la radiodifusión. Esta doctrina fue establecida en el caso *Pacifica* (47), en el que el Tribunal Supremo justificaba la prohibición de discurso «indecente» en la radio por la mayor penetración del medio. El material en cuestión era un monólogo lleno de palabras malsonantes y ofensivas, que hubiese estado

(44) Véase la evolución de la jurisprudencia en L. A. POWE: *American Broadcasting and the First Amendment* (University of California Press, 1992). También E. BAREND: *Broadcasting Law. A Comparative Study* (Clarendon Press, 1993), pág. 47.

(45) D. E. LIVELY: «Modern Media and the First Amendment: Rediscovering the Freedom of the Press», *Washington Law Review*, 67 (1992), pág. 600.

(46) Sobre esta noción E. BAREND: *Broadcasting Law. A Comparative Study* (Clarendon Press, 1993), pág. 47.

(47) Sentencia FCC contra *Pacifica*, 438 U.S. 726, 748 (1978).

protegido por la Primera Enmienda si, en lugar de leerlo en la radio, su autor lo hubiese publicado en un periódico.

El razonamiento jurídico del Tribunal Supremo en *Pacifica* se basa en tres puntos. En primer lugar, el Tribunal Supremo estableció que el discurso «indecente» se halla en la periferia de la protección de la Primera Enmienda. En segundo lugar, se reconoce que la radiodifusión ha recibido la protección más limitada de la Primera Enmienda. Finalmente, el Tribunal Supremo entendió que las sanciones administrativas eran el modo más adecuado para regular el discurso «indecente», y que la prohibición del discurso «indecente», en modo alguno debía considerarse un motivo para la aplicación de una ley penal. Además, la jurisprudencia sucesiva a *Pacifica*, parece confirmar la tendencia de limitar el alcance de la prohibición del discurso «indecente» (48), en consonancia con la evolución de los usos y estándares sociales. La inadecuación de las leyes penales para sancionar este tipo de discurso en la radiodifusión ha sido mencionado en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso que nos ocupa, ya que la CDA preveía tipos penales para el uso de discurso «indecente» en Internet.

Una vez que han sido analizados los motivos que se aducen para justificar la mayor limitación de la libertad de expresión en la radiodifusión frente a la mayor libertad en la prensa escrita, subsiste la cuestión de qué régimen es el más adecuado para Internet. ¿Debe considerarse Internet como un nuevo medio de comunicación similar a la radiodifusión, lo que justificaría una mayor limitación del ejercicio de la libertad de expresión, o deben prevalecer otro tipo de consideraciones que impongan la regulación de la prensa escrita, mucho menos restrictiva? Y aún más, ¿son trasladables estos regímenes tradicionales al nuevo medio o las especialísimas características de Internet obligan a crear un régimen específico?

V. MOTIVOS QUE HAN DETERMINADO LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Este apartado se centra en el análisis de las razones por las cuales la CDA es inconstitucional «*on its face*», es decir, inconstitucional en todo caso, y no sólo en el caso concreto.

El objeto de los recursos han sido dos disposiciones de la CDA. La sección 223 (a) (1) (B) de la Ley configura como delito la acción del que, con un

(48) Sentencias *Bolger contra Young Drug Products Corp.* 463 U.S. 60 (1983); *Sable Communications contra FCC*, 492 U.S. 115 (1989); *Turner Broadcasting System, Inc. contra FCC*, 114 S. Ct. 2445 (1994)

dispositivo de telecomunicaciones (Internet), a sabiendas, crea o inicia la transmisión de cualquier comentario, petición, sugerencia, propuesta, imagen u otra comunicación que es obscena o *indecente* sabiendo que el receptor de la comunicación tiene menos de dieciocho años. La sección 223 (d) (1) configuraba también como delito el que cualquier persona, que en una comunicación interestatal o con el extranjero usase un servicio interactivo de ordenadores (Internet) para enviar o exhibir *de un modo disponible* a menores de dieciocho años cualquier comentario, petición, sugerencia, propuesta, imagen u otra comunicación que, en contexto, represente o describa, en términos claramente ofensivos de acuerdo con el estándar contemporáneo de la comunidad, actos sexuales o excretorias u órganos, independientemente de si el usuario estableció la comunicación. Estas acciones podían dar lugar a penas de hasta dos años de cárcel y cuantiosas multas.

Los motivos de inconstitucionalidad de estas disposiciones pueden reconducirse a dos: vulneran el principio de proporcionalidad al no superar el test de escrutinio estricto (*strict scrutiny test*) del Tribunal Supremo y además, la Ley es «*overbroad*», es decir, afecta al desarrollo y ejercicio de los derechos amparados por la Primera Enmienda fuera de lo estrictamente necesario para asegurar el interés prioritario, (*compelling interest*) de proteger a los menores.

1. *El «strict scrutiny test» de las medidas que restringen los derechos garantizados por la Primera Enmienda. Régimen aplicable a Internet*

A pesar de la tolerancia constitucional hacia la regulación (y limitación) de la libertad de expresión y de la libertad de prensa, existe una presunción de que aquellas leyes que tratan de regular la libertad expresión vulneran la Primera Enmienda. La presunción de inconstitucionalidad se aplica a aquellas disposiciones que establecen una regulación de la libertad de expresión basada en el contenido, como es este caso. La presunción de inconstitucionalidad en el proceso se traduce en que el tribunal va a aplicar un control de escrutinio estricto de la Ley (*strict scrutiny test*) y en que recae en el Estado la carga de la prueba de la constitucionalidad de la ley.

Es preciso mencionar que los test de escrutinio estricto aplicados a las leyes varían según el medio utilizado. Así, el test de escrutinio es muy estricto en los medios privados, como el teléfono o en la prensa. En los medios de comunicación de los que se predica una mayor protección de los menores y, por tanto, se permite un mayor recorte de la libertad de expresión, como es el caso de la radiodifusión, el test de escrutinio estricto se convierte en menos estricto

(*less than strict scrutiny test*). Debido a la variabilidad de los test de escrutinio estricto, el Tribunal Supremo tuvo que enfrentarse a la cuestión de si Internet se asemeja a la radiodifusión, lo que permitiría un test de escrutinio menos estricto, o si es más parecido a la prensa escrita lo que implicaría un test de escrutinio estricto.

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que Internet se asemeja más a la comunicación a través del teléfono y a la prensa escrita que a la radiodifusión, y, por ello, a la CDA debe aplicarse un test de escrutinio estricto. Internet carece de las características que tradicionalmente han justificado los estándares más limitados del ejercicio de la libertad de expresión en la radiodifusión y que han sido comentados. Según el Tribunal Supremo, en Internet no se verifican las circunstancias especiales que concurren en la radiodifusión, como son la escasez, la historia de la regulación de la radiodifusión y su mayor penetración.

En primer lugar, ni antes ni después de la promulgación de la CDA se ha sometido a Internet a un control estricto por parte del Gobierno, como ocurre en la radiodifusión. En segundo lugar, no tiene sentido la noción de escasez. Los proveedores de acceso a Internet, al contrario de lo que sucede en la radiodifusión, no detentan el control de acceso. Debido a la singular configuración de la comunicación en Internet de «muchos a muchos» no existe la posibilidad de concentración de la información en unos pocos. Finalmente, tampoco se verifica la mayor penetración que se da en la radiodifusión, pues para acceder a la información el particular debe buscar la información, es decir, debe «navegar» por Internet (49). En otras palabras, las comunicaciones a través de Internet no «invaden» la casa del individuo o aparecen en la pantalla del usuario si este no las busca en la Red.

El control de escrutinio estricto consiste en dos requisitos que debe superar la Ley: en primer lugar, debe servir para proteger un interés prioritario (*compelling interes*). En segundo lugar, la Ley debe usar el medio menos restrictivo (*least restrictive means*) con la libertad de expresión para conseguir su objetivo.

El Tribunal Supremo establece en su sentencia que la CDA es claramente una restricción basada en el contenido del discurso y que además, aunque se denomine «indecente» (*indecent*) o «claramente ofensivo» (*patently offensive*) por la Ley, se trata de discurso amparado por la Primera Enmienda. Por tanto, la Ley debe ser sometida al test de escrutinio estricto.

El interés prioritario que persigue la Ley es la protección de los menores en

(49) Véase A. LEWINE: «Making Cyberspace Safe for Children?: a First Amendment Analysis of the Communications Decency Act of 1996», en Internet: <http://www.dcez.com/~alewine/cda96/CDAdraft.html#fn0>.

Internet frente a un tipo de material que, aunque es legal, es dañino para ellos. Este interés prioritario de protección de los menores ha sido una de las razones principal por la que se han admitido las limitaciones al ejercicio de la Primera Enmienda en la radiodifusión.

La segunda parte del test precisa que para alcanzar el objetivo de proteger ese interés prioritario, la medida debe ser lo menos restrictiva posible de la libertad de expresión. Para el Tribunal Supremo, la Ley no supera la segunda parte del test de escrutinio estricto porque en la práctica prohíbe en Internet una categoría de discurso amparado por la Primera Enmienda. Además, existen actualmente medios menos restrictivos para proteger a los menores de contenidos dañinos en Internet. Por lo que se refiere al primer punto, el Tribunal Supremo, hace referencia al efecto paralizador (*chilling effect*) que esas medidas van a tener en la práctica. La noción de efecto paralizador de la libertad de expresión es recurrente en toda la jurisprudencia que se refiere a la Primera Enmienda (50). En principio, si una medida va a provocar una paralización de la libertad de expresión, es inconstitucional al limitar de modo general el derecho a la libertad de expresión.

Hay algunos aspectos en la configuración legal de los tipos delictivos previstos en la CDA que, debido a las peculiaridades de Internet, podían dar lugar a esa paralización de la libertad de expresión en ámbitos protegidos por la Primera Enmienda. En especial, el delito previsto en la sección 223 (d) (1) consistía en enviar o exhibir *de un modo disponible* a menores de dieciocho años cualquier comentario, petición, sugerencia, propuesta, imagen u otra comunicación que represente o describa, en términos claramente ofensivos de acuerdo con el estándar contemporáneo de la comunidad, actividades sexuales o excretorias u órganos, independientemente de si el usuario estableció la comunicación. En este punto cabe resaltar que el delito existiría aunque el usuario de Internet que vierte la información no fuera consciente de que el receptor era un menor de edad, sino que bastaría con que el material fuese accesible a menores.

Aquellas personas que tienen familiaridad con la comunicación a través de Internet saben que no hay nada más fácil que ocultar la verdadera personalidad, la edad, el sexo, etc. Existen programas específicos que garantizan el anonimato del usuario. El uso de pseudónimos es muy frecuente entre los usuarios de Internet. El problema es bastante grave en los casos de grupos de discusión y los boletines, en los que nunca se sabe ni el número de usuarios que reciben

(50) Sobre el *chilling effect* en la jurisprudencia de la Primera Enmienda, véase T. HAZLETT y D. SOSA: «Chilling the Internet? Lessons from FCC Regulation of Radio Broadcasting», *Cato Policy Analysis*, 270 (1997), en Internet: <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-270.html>

y participan tácitamente en la discusión, ni mucho menos su identidad. Pero esta circunstancia se convierte en una exigencia endemoniada en el caso de las páginas «web», es decir, la información a la que se llega «navegando» por Internet. Es literalmente imposible, una vez que la información está presente en la WWW, discriminar el acceso a ella desde la propia página, salvo que se utilicen complicados sistemas de códigos de acceso o de números de tarjetas de crédito que, como se verá más adelante, son sistemas demasiado costosos para el usuario no comercial de Internet. Es decir, una persona que pusiera información explícita sobre el SIDA en su página personal, material «indecente» según la diferencia entre discurso «obsceno» e «indecente», no podría controlar si el que accede a esa página es un adulto o un menor, en cuyo caso habría incurrido en uno de los tipos penales previstos en la CDA. Al contrario de lo que ocurre en los medios de comunicación tradicionales, es imposible para el usuario de Internet reducir el espacio geográfico desde el que puede accederse a su información. La configuración de este tipo penal en la CDA hacía de la comunicación de discurso «indecente» en Internet un delito de imputación objetiva.

La Ley preveía algunas excepciones, que excluían la responsabilidad penal: la buena fe, o «tomar todas las medidas apropiadas para que los menores no accedan a esa información»: el exigir un número de carta de crédito para acceder a la información o un número de identificación personal y otras. Pero, como queda claro en la sentencia, esto impone unas cargas económicas que pueden ser sostenidas sin problemas por las empresas, pero que son insostenibles para los particulares. Por ello, estas exclusiones no podrían ser acogidas por los particulares que publican información en Internet. Con ello se estaría perjudicando uno de los aspectos más interesantes y democratizadores de Internet: el dotar a cada usuario de las mismas posibilidades de expresión que las grandes empresas de la información. En Internet, cada usuario tiene las mismas posibilidades de manifestar sus puntos de vista que el *New York Times*.

Este criterio ha tenido también su peso específico en la sentencia. En ella se hace mención a la necesidad de proteger la autonomía del nuevo medio porque confiere a los ciudadanos «de a pie» las mismas posibilidades de ejercer su derecho a la libertad de expresión que los grandes magnates de las empresas de comunicación. Este argumento del Tribunal enlaza con la conocida doctrina de la Primera Enmienda como «mercado de las ideas», «*market place doctrine*», doctrina criticada por desconocer el problema real de concentración de los medios de comunicación en unas pocas manos. El Tribunal Supremo reconoce que Internet puede salvar la teoría del «mercado de las ideas» debido a sus efectos democratizadores y a la diversidad que introduce en ese mercado de las ideas.

Por este claro efecto paralizador «*chilling effect*» que tendría la Ley, ésta no supera la segunda parte del test de escrutinio estricto, por lo que constituye un atentado contra los derechos recogidos en la Primera Enmienda.

Un ulterior argumento para declarar que la Ley no ha utilizado el recurso menos restrictivo para la libertad de expresión es la existencia de los programas de ordenador que pueden filtrar eficazmente la información a la que tiene acceso un menor. La existencia y rápida difusión de estos programas de control de la información desde el punto de acceso, implica, que las medidas tomadas en la ley no sean las menos restrictivas, lo que redonda en la inconstitucionalidad de las medidas previstas por ella. Además, el Tribunal establece un paralelismo entre los programas de bloqueo, que quedan en manos de los padres, y el sistema de protección de los menores de material «indecente» en la prensa escrita: es la responsabilidad de los padres de mantener ese material alejado de sus hijos, y no la responsabilidad del que publica ese material.

2. La «*substantial overbreadth*» o extralimitación de la Ley como causa de inconstitucionalidad

La segunda causa de inconstitucionalidad de la ley es su extralimitación por afectar al desarrollo y ejercicio de los derechos amparados por la Primera Enmienda fuera de lo estrictamente necesario para asegurar el interés prioritario, «*compelling interest*» de proteger a los menores. En este caso, la Ley es «*overbroad*».

La doctrina de extralimitación substancial «*substantial overbreadth*» fue elaborada por el Tribunal Supremo para permitir recursos de inconstitucionalidad en abstracto (*on its face*) a leyes que pueden tener aplicaciones permitidas, es decir, leyes cuya aplicación en el caso concreto es constitucional, pero que amenazan de modo importante a la libertad de expresión en general (51). La extralimitación substancial de la Ley es aún más marcada cuando, como es el caso de la CDA, se prevén tipos penales.

La doctrina de la extralimitación substancial se relaciona con el efecto paralizador de las medidas «*chilling effect*» para la libertad de expresión. En la sentencia que nos ocupa se da buena cuenta del efecto disuasorio de esos tipos penales, especialmente en el caso de los particulares, que al contrario de las grandes corporaciones, no pueden disponer de tecnología como códigos de ac-

(51) Sentencias del Tribunal Supremo *Brockett contra Spokane Arcanes*, 472 U.S., 491, 504 (1985); *Houston contra Hill*, 482 U.S. 451, 459 (1987).

ceso o control de tarjetas de crédito para mantener la información fuera del alcance de los menores. En la práctica, como han denunciado varios autores, la extralimitación substancial, agravada por el carácter penal de la Ley, hubiera provocado que el nivel de discurso en Internet descendiese a aquello que es aceptable para los niños (52).

Para superar esta limitación, el Gobierno había propuesto que la Ley fuese construida restrictivamente por el Tribunal para salvar el control de constitucionalidad. El Gobierno propuso que la Ley se aplicase tan sólo a aquellos usuarios de Internet que comercian con el material «indecente». Por su parte, el Tribunal Supremo entiende que la CDA no fue elaborada pensando sólo en el uso comercial del discurso «indecente», y que, según su propia jurisprudencia, el Tribunal Supremo no puede reescribir la Ley inconstitucional para hacerla constitucional (53).

VI. CONCLUSION

El día 26 de junio de 1997, el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró inconstitucional la CDA, que configuraba como tipos penales el uso de tipos de discurso protegidos por la Primera Enmienda si se hacía a través de Internet. Con esta sentencia, el Tribunal Supremo ha zanjado la controversia que ha tenido lugar entre el Gobierno norteamericano y numerosas asociaciones defensoras del derecho a la libertad de expresión en el nuevo medio. La declaración de inconstitucionalidad supone un gran paso en la tutela del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha definido una serie de estándares para el ejercicio de la libertad de expresión según el medio utilizado. La protección de los menores y la garantía del pluralismo han sido los objetivos que han legitimado la existencia de distintos estándares de ejercicio de la libertad de expresión. Estos principios han permitido la restricción del ejercicio a la libertad de expresión en la radiodifusión. La cuestión primordial que se presentaba ante el Tribunal Supremo es si Internet es equiparable a la radiodifusión, lo que hubiese legitimado la restricción de la libertad de

(52) Sentencia del Tribunal Supremo *Sable Communications contra FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

(53) Sentencia del Tribunal Supremo *Virginia contra American Bookseller Ass'n*, 484 U.S. 383, 397 (1988). En *ACLU contra Reno*, el Tribunal Federal de Filadelfia había dicho textualmente que declinaba la invitación a legislar desde el estrado, «*In sum, we respectfully decline the invitation to legislate from the bench.*»

expresión en el sentido establecido por la CDA o bien, si Internet es más afín a la prensa escrita, en la que el ejercicio de la libertad de expresión es más libre. Basándose en la equiparación de Internet a la prensa escrita, el Tribunal Supremo norteamericano ha declarado la inconstitucionalidad de la Ley, inclinándose a favor de una mayor libertad de expresión en el ciberespacio.

El carácter democratizador de Internet, que confiere a los ciudadanos «de a pie» las mismas posibilidades de ejercer su derecho a la libertad de expresión que los grandes magnates de las empresas de comunicación, ha sido crucial en la decisión del Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo reconoce que Internet puede salvar la teoría del «mercado de las ideas» debido a sus efectos democratizadores y a la diversidad que introduce en ese mercado de las ideas.

A pesar de tratarse de una sentencia positiva, que aboga por una mayor libertad de expresión, en ella se deja traslucir la insuficiencia de los modelos tradicionales, elaborados por la jurisprudencia, para tratar los problemas jurídicos y el conflicto de intereses que se producen en el nuevo medio. Estos modelos elaborados por la jurisprudencia, no ofrecen una solución satisfactoria a las dicotomías tradicionales: libertad de expresión *versus* derecho de acceso; libertad de expresión *versus* protección de los menores, en el nuevo medio que es Internet. Las posibilidades que ofrece la comunicación a través de Internet requieren la elaboración doctrinal de nuevos conceptos jurídicos que comprendan la variedad de tipos de comunicación que son posibles en el ciberespacio.

Internet pone en evidencia aún más claramente la inoperancia de los modelos tradicionales en el nuevo entorno digital (54). La distinción tradicional entre emisor y receptor de información sobre la que se basa la dicotomía entre sistemas de comunicación y medios de comunicación social tiende a difuminarse (55). Internet es muy distinto de la radiodifusión tradicional o medios de comunicación social. Cada ciudadano conectado a la Red puede difundir lo que desee, a través de (1) correo electrónico que se asemeja a la comunicación por teléfono, (2) a través de boletines, que se parece a la comunicación a través de prensa escrita o a la radiodifusión, o bien (3) en foros de discusión que se asemejan a una discusión en la plaza pública, o (4) a través de páginas WWW que puede ser de texto, como la prensa escrita o multimedia, con imágenes y movimiento, con lo que se asemejaría a la radiodifusión.

Finalmente, es preciso hacer hincapié en el carácter mundial-global de Internet. El control de contenidos de lo que hay en Internet es materialmente im-

(54) Sobre la dificultad de aplicar los modelos existentes a la comunicación que se realiza en Internet, véase P. SCHAAR: «Datenschutzfreier Raum Internet», *Computers und Recht* (1996), pág. 175.

posible debido a la globalización. Los esfuerzos de un país por controlar el contenido resultan inútiles, especialmente si se tiene en cuenta la facilidad con la que pueden trasladarse contenidos y direcciones en Internet en cuestión de segundos a través el globo y la imposibilidad de impedir el acceso a la información que está publicada en la Red.

¿Debe renunciarse, por ello, a la protección de la juventud y de la infancia en Internet? A esta cuestión cabe responder que siguen existiendo las leyes que hacen ilegal cierto tipo de contenido en todo caso y que se aplican de modo natural al ciberespacio. A nuestro juicio, no debería prohibirse en Internet información que puede ser publicada legalmente en otro medio. La persecución de aquella información que es ilegal en todo caso, como la apología del terrorismo sigue vigente en el nuevo medio. En segundo lugar, la solución a estos problemas pasa por incentivar el uso inteligente de Internet, es decir, el control desde el usuario a través de programas-filtro.

Hay que destacar que, frente a la regulación por ley, existe un tendencia en el Derecho comparado a acudir a modos de regulación alternativos a la legislación. Aparte de la nueva Ley alemana sobre los Servicios de Comunicación e Información, de 13 de junio de 1997 (*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz*) que prevé un sistema de atribución de responsabilidad por los contenidos vertidos en Internet, se ha evitado en Europa la regulación por ley del ejercicio de la libertad de expresión en Internet. La adopción de directrices por proveedores de acceso y otras regulaciones privadas son auspiciadas desde las instituciones comunitarias como un método más eficaz que la regulación estatal para controlar la información (56). El Grupo de trabajo de la Comisión Europea sobre contenido ilícito y nocivo en Internet ha efectuado algunas recomendaciones (57). Existen ya iniciativas por parte de varios países para con-

(55) K. H. LADEUR: «Multimedia und Verfassungsrecht- auf dem Weg zu einem neuen Modell der Regulierung des Information Superhighway», pág. 2; M. ETHAN: «Rights, Camera, Action: Cyberspatial Settings and the First Amendment», *Yale Law Journal* (1995), pág. 1.715.

(56) Véase COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde* sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información, COM (96) 0483; <http://www2.echo.lu/legal/en/internet/content/gpen-toc.html> y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones sobre Contenido Ilícito y Nocivo en Internet de 16 de octubre de 1996, COM (96) 0487-C4-0592/96. También Report of the European Commission Working Party on Illegal and Harmful Content on the Internet <http://www2.echo.lu/legal/en/internet/content/wpen.html>. Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo (DO C70 de 6.3.97, p 1), <http://www.echo.lu/legal/en/internet/content/resol.html>

(57) Report of the European Commission Working Party on Illegal and Harmful Content on the Internet <http://www2.echo.lu/legal/en/internet/content/wpen.html>.

trolar la circulación en Internet de material ilegal y nocivo para los menores. Este tipo de iniciativas demuestran el interés existente en este tipo de regulación de Internet. La mayoría de los países europeos están preparando códigos de conducta y otros instrumentos de autorregulación (58).

(58) Más información en COMISIÓN EUROPEA: Informe provisional sobre las iniciativas emprendidas en los Estados miembros de la Unión Europea contra los contenidos ilícitos y nocivos en Internet. De 4 de junio de 1997, <http://www2.echo.lu/legal/es/internet/wp2es-chap.html>. Sobre estos temas, véase el trabajo de la autora, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales* (Mc Graw-Hill, 1998).

