

SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN EL MUNDO ANGLOSAJON

Por

SANTIAGO SÁNCHEZ GONZÁLEZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional
UNED

SUMARIO: 1. Consideraciones previas.—2. Las teorías sobre la libertad de expresión.—3. Criterios y reglas para enjuiciar sus posibles restricciones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

«El Congreso no aprobará ley alguna referente a la implantación de una religión o prohibiendo el culto de alguna de ellas; ni ley que restrinja la libertad de expresión o de prensa; ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente; ni el de dirigirse al gobierno en demanda de remedio de situaciones consideradas injustas».

(Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana).

La aprobación en 1791 de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana alentó fundadas esperanzas de que, al menos en el hemisferio norte del Nuevo Mundo, se iniciaba el ocaso de las limitaciones ilegítimas de la expresión popular que habían servido para perpetuar en el poder a numerosos tiranos, dictadores y autócratas. Desde entonces se ha recorrido un largo camino en muy poco tiempo. Pero la lucha por la libertad de expresión, en su más amplio sentido, continúa; no sólo porque su mantenimiento exige un esfuerzo ininterrumpido, sino porque se ve conculcada a diario por los poderes tradicionales y porque las amenazas que se ciernen sobre ella se han diversificado y transformado: parecen menos evidentes *prima facie*; no son tan directas, en ocasiones; ni tan brutales, siempre, en su fenomenología.

El caso de los Estados Unidos es, en el sentido apuntado, paradigmático, aunque no le vayan a la zaga nuestros civilizados Estados «del bienestar» y nuestras sociedades «progresistas». Y lo es porque dicho país tiene a gala la condición de defensor de las libertades (1) al tiempo que restringe, vigila, controla y supervisa

(1) Baste recordar la opinión de Donna A. DEMAC, quien, a pesar de admitir que «la censura adopta muchas formas distintas en América hoy», afirma, a renglón seguido, «aunque sin duda es verdad que el sistema americano de gobierno protege la libertad de

con una temible eficacia cualquier actividad que implique, represente, apunte o, tangencialmente, sugiera actitud o conducta adversa al sistema. Ello es posible, sin duda, porque la sociedad americana es muy conservadora, muy temerosa de los efectos de cualquier cambio; pero, desde otra óptica, eso sucede porque existen hoy más y mejores instrumentos de control que son utilizados con o sin el conocimiento de la ciudadanía; y todo ello al margen de su flagrante ilegalidad que acaba, en último extremo, por ser legalizada y, desde luego, de su falta de legitimidad. *Mutatis mutandis*, los demás Estados actúan de la misma manera —la hipocresía es la regla—, si bien son apreciables diferencias sustanciales, más atribuibles a los respectivos contextos sociales y geopolíticos que a la voluntad o al quehacer cotidiano de los responsables de la dirección política.

La libertad de expresión es la piedra de toque de un régimen político, de todo régimen político. Su existencia o ausencia, sus límites legales, su uso en forma de libertad de información, su abuso, su entendimiento, su regulación, su alcance, su interpretación por los ciudadanos, por los medios de comunicación, por la clase política y por el gobierno, sus pretendidas bases teóricas, revelan, cada uno de ellos y todos globalmente considerados, la naturaleza más o menos liberal y más o menos democrática de la estructura de poder vigente en una sociedad en un momento determinado. El grado de libertad de expresión, las fluctuaciones de la misma, nos indican igualmente el estadio del progreso social alcanzado y las perspectivas —si es que existen— de cambio político. Las manifestaciones de la libertad de expresión sirven, además, de pauta para averiguar el sistema de valores vigente o predominante.

Así, pues, el tema de la libertad de expresión es mucho más

expresión más que los gobiernos de otros países». *Liberty Denied*, ed. rev. (New Brunswick y Londres: Rutgers UP, 1990), 183.

Tal seguridad en el juicio se debe quizá a que o bien desconoce realmente lo que ocurre en otros países de la órbita de gobierno constitucional, o bien ignora lo que pasa en los Estados Unidos. El temor existente en este país a las ideas socialistas, comunistas, anarquistas y a la crítica del modo de producción capitalista norteamericano, les llevó a promulgar en 1952 una ley como la *McCarran-Walter Act* —aún en vigor, pero suavizada con la modificación de 1987—, tendente a impedir la entrada y circulación de ideas «subversivas». Personajes como Gabriel García Márquez, Darío Fo y George Woodcock, aparecen al lado de otras miles de personas incluidas en una lista negra, a las que se ha negado y se niega la entrada en Estados Unidos por razones puramente ideológicas, y a las que, de autorizarles la entrada, pueden deportar sin más trámite. Véase al respecto, p. ej., el comentario titulado *Ideological Exclusions: Closing the Border to Political Dissidents*, publicado por Steven R. SHAPIRO en la «*Harvard Law Review*», 100 (1987): 930-944. No voy a extenderme. Tan sólo remitir a quien desee comprobar el férreo control de las ideas ejercido por las autoridades norteamericanas al libro de Elizabeth HULL, *Taking Liberties. National Barriers to the Free Flow of Ideas* (Nueva York: Praeger Publishers, 1990).

complejo de lo que la claridad de los términos que componen el sintagma induciría a pensar.

En principio, la palabra libertad, aparte sus connotaciones emocionales, está, desde el punto de vista jurídico-político, históricamente asociada a la ausencia de trabas impuestas por el poder político. Representa la idea de liberación, de no injerencia del Estado —o de la organización política de que se trate— en los asuntos de los particulares. Es la ya clásica libertad negativa, mejor expresada con el vocablo inglés *freedom*, que describe una situación o *status* de independencia, de no sujeción a actuaciones o intromisiones de terceros —sean personas físicas u organizaciones—. Tal concepción es la generalmente atribuida a las primeras Declaraciones de Derechos, como institucionalización de las restricciones impuestas al Estado en sus relaciones con los ciudadanos. Asimismo, en dicha concepción subyace la premisa de la prioridad del individuo sobre la sociedad, de la parte sobre el todo, derivada del, o consecuencia del, antropocentrismo que impregna las *Weltanschauungen* desde fines del siglo XVII en Europa y América del Norte. El individuo, desde la citada óptica, aparece como una mónada aislada, desconectada, frente a otros individuos, corporaciones, instituciones o representaciones colectivas («sociedad civil», Estado, comunidad), en las que de hecho está integrado o de las que realmente forma parte. No es que este dato se desconozca, pero se piensa, se concibe, se actúa, se gobierna, como si se ignorara.

Los primeros reconocimientos legales, de rango constitucional, de la libertad concebida como ausencia de limitaciones en función del individuo datan de las postrimerías del siglo XVIII. A mediados del siglo XIX son objeto de la crítica de los pensadores socialistas y anarquistas y, específicamente, de la corrosiva y bien fundada crítica de Karl MARX en *La Cuestión Judía*. Sin embargo, la crisis de tal concepción no tiene lugar hasta la mitad del siglo XX y no en todos los países democrático-constitucionales, ni con idéntico acento. Ello, por otra parte, no ha significado hasta el momento presente que las élites sociales y políticas se hayan desprendido de dicha concepción de la libertad, ni que su rechazo formal, e incluso constitucionalizado, se traduzca en medidas políticas, económicas y socioculturales totalmente exentas de la impronta individualista en apariencia repudiada.

¿Es útil o conveniente partir de una idea meramente individualista de la libertad para analizar el problema de la libertad de expresión en nuestros días? ¿Sería científicamente válido un planteamiento de ese tenor? Por otro lado, ¿hasta qué punto es acertado marginar de modo absoluto tal visión? Este tipo de interrogantes aconseja no

abandonar el radio de acción de la concepción reputadamente liberal de la libertad, en la que se enmarcan las tradicionales libertades de pensamiento, religión, expresión y prensa. Empero, tampoco cabe desconocer los cambios acaecidos en este ámbito, ni la realidad del carácter peculiarmente social de la libertad de expresión.

Si una mínima reflexión sobre el concepto de libertad suscita problemas de largo alcance, otro tanto ocurre con el término «expresión» —por más que pudiera creerse que nos movemos aquí en un campo semántico de proporciones más abarcables.

Una cosa es cierta: la historia de la humanidad puede escribirse como una historia de la represión de la expresión. Desde instancias religiosas primero, políticas después, y sociales ahora y siempre, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos y experiencias, se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y peregrinos. El establecimiento de limitaciones a la libertad de expresión es comprensible en el contexto del interjuego de intereses sociales contrapuestos; pero no lo es tanto cuando uno de los intereses es el «interés general» interpretado por los detentadores del poder político de turno.

La importancia de la libertad de expresión es tal que durante siglos se ha impedido expresarse a extranjeros, mujeres, esclavos y siervos y, de otro modo, a analfabetos y ágrafos. El control y la dirección de los gobernados era mucho más fácil sin crítica, sin oposición manifiesta y sin la posibilidad de conocer si tal crítica existía. Todos los regímenes políticos de concentración de poder, despóticos, tiránicos, absolutistas, totalitarios, se han distinguido en particular por su horror ante la diferencia, la diversidad, la tolerancia o, en terminología actual, el pluralismo. Incluso en las democracias occidentales se sigue observando con recelo cualquier forma de expresión «comunicativa» o «simbólica», porque no encaja en los moldes usuales o institucionalizados, para los que el poder político ya tiene previstos mecanismos de «adaptación». De ahí que no se las considere como materializaciones de la libertad de expresión, sino como conductas que deben evitarse, reducirse y sancionarse.

La palabra y la letra han sido tradicionalmente los instrumentos por excelencia de la expresión humana. Hoy, la imagen, el sonido y el gesto ocupan un lugar destacado en la escena. Los mensajes se han multiplicado y la comunicación, además, se ha universalizado. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de expresión en el marco de la libertad de expresión? ¿Es toda expresión relevante desde la panorámica jurídico-constitucional? ¿Es dable distinguir entre expresiones de alto, medio y nulo valor desde esa perspectiva? ¿Dónde se sitúa la diferencia entre «expresión» y «acción»?

El examen global del sintagma «libertad de expresión» plantea, también, interrogantes. La revolución en el ámbito de las comunicaciones —la radio, el cine, la fotografía, la televisión, las técnicas de registro del sonido y de la imagen y de su reproducción y transmisión, las comunicaciones vía cable y satélite, etc.— ha afectado espectacularmente al contenido y los sujetos de aquella libertad y ha creado problemas de regulación y de control. Baste decir que ahora es más común hablar de libertad de información y de derecho de acceso a los medios de comunicación de masas que, pura y simplemente, de libertad de expresión.

La pluralidad de significantes empleados para referirse a un contenido análogo, de base común, no debería confundirnos. Como principio general, libertad de expresión y libertad de prensa no son intercambiables; tampoco cabe identificar la libertad de expresión con la denominada libertad de información. Empero, tal opinión no está pacíficamente admitida. ¿Acaso la libertad de expresión y la libertad de prensa no son los segmentos de un *continuum*? Y la libertad de prensa, ¿no es prácticamente lo mismo que la libertad de información? Pero ¿no asistimos con frecuencia a casos de enfrentamiento entre la libertad de expresión y la libertad de prensa? ¿No están separadamente reconocidos en nuestra Constitución y en otras Declaraciones de Derechos y documentos similares? ¿Cuál de ellos prevalecería en caso de conflicto? Por otra parte, ¿qué se entiende por prensa?; ¿y por información?

Contribuir a responder a esas preguntas y a las que formulé anteriormente es la tarea principal que me propongo emprender; y con esa finalidad, el primer objetivo será exponer algunas de las teorías sobre la libertad de expresión.

2. LAS TEORÍAS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La necesidad de construir una teoría sobre la libertad de expresión se ha manifestado tan sólo muy recientemente. Lo cual es lógico si se piensa que hasta hace pocos años no sólo predominaba la idea de la libertad de expresión entendida como abstención de los poderes públicos en materia de censura o prohibición previas, sino el hecho de que la circulación de ideas, la comunicación, no alcanzaba más que a sectores minoritarios de las poblaciones, habida cuenta del índice de analfabetismo y de la naturaleza y número de los instrumentos transmisores de la expresión. Ciertamente, algunos destacados pensadores del pasado abordaron la justificación de la libertad de pensamiento y de su difusión, pero no con el propósito

de elaborar unas bases teóricas generales que pudieran servir de asiento a una política de la libertad de expresión, o a un proceder de los tribunales ante cuestiones litigiosas relacionadas con la misma. Con todo, ello no significa que las aportaciones de aquéllos carezcan de relieve, o sean, sin más, descartables. Por paradójico que parezca —sobre todo si se considera el contexto político democrático actual en contraposición al de otras épocas—, las contribuciones que MILTON, LOCKE, KANT y MILL hicieron, conservan el frescor de lo perenne, quizá porque el objetivo de sus reflexiones —la intolerancia, la censura y la fobia a todo tipo de crítica— sigue ocupando un papel importante en nuestra sociedad.

La necesidad de una teoría de la libertad de expresión o, al menos, de unas directrices orientativas de la conducta en ese campo, se viene sintiendo en concreto desde la década de los años cincuenta. Las causas son bien conocidas de todos y, de algún modo, han quedado apuntadas al referirme anteriormente a la revolución en los medios de comunicación de masas. No sólo muchas más personas informan y son informadas de hechos u opiniones; no sólo ese intercambio de información se produce mucho más rápidamente que antes; no sólo son más los hechos que acaecen y las opiniones que se emiten. También es mucho más lo que se oculta. Los medios, su perfeccionamiento, innovaciones, proliferación —y la propiedad o el control de los mismos— han alterado de manera sustancial el mundo de las comunicaciones y de la comunicación política. Consecuentemente, los conflictos en torno a la expresión, a la información y a la comunicación se han multiplicado; y los Estados se han visto obligados a recurrir al Derecho para encauzar por vías pacíficas la resolución de aquéllos.

Hablar de Derecho —es menester recordarlo— es hablar de seguridad en las relaciones, de predictibilidad, de conocimiento de los efectos de los actos de transcendencia social, de previsión, de cálculo, de expectativas, de futuro. En el ámbito de la libertad de expresión, es conveniente, por ejemplo, que un periodista sepa de antemano si va a ser demandado en el supuesto de hacer pública la noticia de la naturaleza homosexual de un previsible ministro, director general o juez del tribunal supremo de un país. Una persona necesita saber si, en caso de ser difamada a través de un periódico o revista, dispone de algún medio de defensa proporcional al ataque sufrido, y capaz de gozar de la misma resonancia social que la agresión previamente impresa. Los ciudadanos de cualquier Estado de Derecho y democrático tienen que saber el destino de todos los gastos públicos, sin excepción posible, y de qué medios disponen para adquirir dicha información; la democracia entendida como

transparencia en la gestión de la cosa pública así lo exige. El pintor de imágenes calificables de lascivas, sórdidas, violentas, degradantes, etc., tiene derecho a saber si va a ser o no jurídicamente susceptible de persecución legal por el poder político o por individuos que puedan argüir en su favor intereses legítimos de cualquier tipo: moral, buenas costumbres, orden público, paz social, protección de menores o similares. Los ejemplos podrían multiplicarse porque la realidad está llena de ellos. Solamente pretendía poner de relieve que la libertad de expresión es hoy un asunto vital para todos y que precisa ser regulada, en la medida de lo posible, con claridad, precisión y urgencia.

Cabría preguntarse si lo adecuado es, por el contrario, optar por derogar la normativa existente en el campo de la libertad de expresión —en particular, la de la prensa— y evitar regularla en absoluto. Al fin y a la postre, *Omnis determinatio est negatio* y, en consecuencia, cualquier intento de cubrirla con el manto del Derecho podría interpretarse como una restricción de la misma (2). Pero si se decide regularla —y tal parece haber sido el camino emprendido por la mayoría de los países— es absolutamente necesario que el espíritu o la intención que presida tal tratamiento jurídico sea coherente. Ello se traduce en la adopción de determinadas coordenadas que permitan en todo momento integrar las tensiones o las contradicciones que se produzcan, de forma tal que pueda inferirse de manera lógica cuál será el resultado final de cualquier enfrentamiento entre intereses opuestos: la noticia o la reputación; la seguridad nacional o la opinión pública informada; la conciencia religioso-moral o ética, o la heterodoxia reputada vanguardista; el poder económico de los dueños de una publicación o la verdad de un asunto...

Tales coordenadas suelen aparecer en la legislación, en las constituciones y en la práctica judicial y de los tribunales constitucionales, pero de manera imprecisa y asistemática, por lo que se han suscitado serios problemas de interpretación y, en definitiva, no

(2) Vienen muy al caso las observaciones de Alexander HAMILTON hacia fines de mayo de 1788, cuando se criticaba a la recién aprobada Constitución norteamericana porque carecía de una Declaración de Derechos. Decía HAMILTON: «... Voy aún más allá, y afirmo que las normas reguladoras de los derechos (*bills of rights*) no sólo son innecesarias en la Constitución propuesta, sino que incluso serían peligrosas. Contendrían diversas excepciones en supuestos de poderes que no se han conferido; y por la misma razón, proporcionarían un pretexto suficiente para reivindicar más de lo que se ha concedido. ¿Por qué, pues, si no hay poder para hacer hay que disponer qué cosas no se harán? ¿Por qué, por ejemplo, hay que decir que no se limitará la libertad de prensa, si no se ha otorgado poder alguno para imponer restricciones? No voy a discutir que una norma de tal naturaleza conferiría un poder regulador; pero es evidente que suministraría, a los hombres proclives a la usurpación, una excusa plausible para reclamar ese poder...» Recogido por Bernard SCHWARTZ, *The Roots of the Bill of Rights*, 5 vols. (Nueva York: Chelsea House Publishers, 1980), 3: 581.

existe seguridad jurídica en este ámbito. Unas veces se invoca determinado valor o principio, pero sin matizar su contenido y alcance; otras, se sopesan los valores pretendidamente enfrentados, situándolos en un mismo nivel, para luego otorgar prioridad a uno de ellos; otras, en fin, se invierte el orden jerárquico previamente establecido. Existe, en suma, una falta de sistema, una indeterminación y una mutabilidad de criterios sin razones aparentes que, cuando menos, nos preocupan.

Pero ¿de qué valores hablamos? ¿Existe una jerarquía entre ellos? Caso afirmativo, ¿dónde se encuentra establecida? Y si todos ostentan idéntico rango, ¿cómo se ponderan y se articulan entre sí? ¿Tiene el poder político interés real en protegerlos a todos de la misma manera? Por ejemplo, ¿le preocupa en la misma medida el «valor» seguridad nacional que los valores de la vida o de la dignidad humanas?

Un método adecuado de exponer los valores esgrimidos para demostrar la necesidad de la libertad de expresión es repasar y exponer cronológicamente el pensamiento de algunos de sus más preclaros defensores. Y, con ese fin, nada mejor que remontarnos en primer lugar a la obra considerada tradicionalmente como el primer alegato moderno en favor de la misma, escrito en 1644 por John MILTON bajo el título *Aeropagítica. Un discurso del Sr. Milton en favor de la libertad de imprenta dirigido al Parlamento de Inglaterra*.

El control de la prensa o, si se quiere, de la expresión bajo cualquiera de sus formas, era frecuente en la Inglaterra de mediados del siglo XVII. El absolutismo de los primeros monarcas —dinastías de los Tudor y de los Estuardo— no podía consentir una política de otro signo. Pero incluso antes, en 1408, cuando ni siquiera se había inventado la imprenta, la publicación de un libro requería el permiso oportuno. El hecho de que la competencia para otorgarlo se atribuyera al Rey, a la Cámara Estrellada o, indistintamente, a diversas autoridades civiles y religiosas no alteraba el rigor del control. En cualquier caso, lo cierto es que, a pesar de que la censura de la prensa pasó de la referida Cámara al Parlamento inglés, se impusieron severas restricciones tanto a la publicación como al contenido de todas las obras cualesquiera que fuesen:

«A partir de la presente fecha no se publicará ni importará ningún libro, panfleto o papel, sin la debida licencia o registro previo en la Compañía del Registro de los Libreros» (3),

(3) La Compañía de los Libreros de Londres se constituyó en 1557 y, prácticamente, ostentó el monopolio de imprimir y publicar en el ámbito de soberanía inglesa durante más de un siglo.

rezaba la Orden aprobada por Lores y Comunes el 14 de junio de 1643 (4).

En julio de 1644 aparecía la obra de MILTON sin licencia de impresión y sin haber sido previamente registrada. Y si bien no produjo el efecto deseado, ejerció una considerable influencia en los defensores de la libertad de prensa de tiempos posteriores, y continúa siendo un punto de referencia inexcusable cuando se habla de la libertad de expresión. ¿Por qué? A pesar del hecho de que MILTON fue sobre todo un apologeta de la libertad de expresión entendida exclusivamente como negación de la censura previa y de otras limitaciones administrativas, en el *Aeropagítica* la base de partida es la creencia en la libre difusión y correlativa discusión del pensamiento como medio óptimo para poder alcanzar la verdad. Desde esa perspectiva, cualquier restricción gubernamental representa un obstáculo criticable que, desde luego, debería desaparecer (5). Para George H. SABINE, «el principio básico del *Aeropagítica* es el deber y el derecho de cada hombre, como ser racional, de conocer las razones de sus creencias y de sus actos y de aceptar la responsabilidad de los mismos; y su *corolario*, una sociedad y un Estado en los que las decisiones se alcancen a través del debate público, en los que las fuentes de información no estén contaminadas por el poder en interés del partido, y donde la unidad política no esté garantizada por la fuerza, sino por un *consensus* que respete la diversidad de opiniones» (6) (la cursiva es mía).

En una línea análoga en ciertos aspectos, si bien con un desarrollo bastante más elaborado, se encuentra la exposición de John S. MILL titulada *Sobre la libertad*, publicada en 1859. Además de un campeón de la tolerancia, MILL fue principalmente un abogado de la libertad de expresión como medio para la búsqueda de la verdad:

(4) Es curiosa y significativa la semejanza en la política frente a la producción de libros en las monarquías absolutas. Por ejemplo, si en la Inglaterra del XVI la licencia para imprimir debía ser concedida por la Reina, o seis miembros del Consejo Privado, o los cancilleres de las Universidades de Oxford o Cambridge, o los arzobispos de Canterbury o de York, o el obispo de Londres, o, en fin, el obispo ordinario y el archidiacono del lugar de la publicación, en España, la primera disposición dictada para atajar la amenaza de la difusión de las ideas —la Pragmática de los Reyes Católicos de 8 de julio de 1502—, atribuía aquella potestad a los Presidentes de las Reales Audiencias, en Valladolid y Granada; al arzobispo, en Toledo y Sevilla; al obispo, en Burgos; y al obispo de Salamanca en Salamanca y Zamora. Como se ve, los poderes políticos y religiosos estaban especialmente «dotados» para velar por la conservación del orden y del *status quo*.

(5) En palabras del propio MILTON: «Y aunque todos los vientos de la doctrina, desatados, acometieren la tierra, mientras la Verdad no levantara el campo, será agravio de ésta seguir licenciando y prohibiendo, como en incertidumbre de su fortaleza. Entre ella en agarrada con el Engaño; ¿quién supo jamás de vencimiento de ella en libre y paladino encuentro?» J. MILTON, *Aeropagítica*, traducción y Prólogo de José CARNER (Buenos Aires: FCE, 1976), 90-91.

(6) George H. SABINE, Introducción, *Aeropagítica and of Education*, de John MILTON (Nueva York: Appleton-Century-Crofts, 1951), ix.

«Hemos reconocido la necesidad de la libertad de opinión y de la libertad de la expresión de la opinión en base a cuatro fundamentos que pasamos a resumir. Primero, una opinión reducida al silencio puede ser verdad. Negarlo es asumir nuestra infalibilidad. En segundo lugar, aunque la opinión censurada sea un error, puede contener algo de cierto. Tercero, aun en el caso de que la opinión general sea no sólo verdadera, sino toda la verdad, se tendrá como una suerte de prejuicio con escasa comprensión de sus fundamentos racionales a menos que sea contestada de manera seria y enérgica. Y, cuarto, de convertirse en un dogma, se traduciría en un obstáculo e impediría el desenvolvimiento de otras convicciones» (7).

La tesis de MILL en lo que concierne a este punto puede resumirse en una sola frase de uso muy frecuente en castellano: «de la discusión sale la luz», y, en tal sentido, su actualidad —sin entrar en disquisiciones sobre lo que esa frase presupone— es irrefutable. La *noción* del libre mercado de ideas —o *marketplace of ideas*—, originariamente hecha pública por uno de los miembros del Tribunal Supremo norteamericano, el juez Oliver Wendell HOLMES (8), deriva directamente de MILL; y respecto a su vigencia actual, baste citar a Frederick SCHAUER cuando afirma que «este asunto —el del incremento de las probabilidades de acercarse a la verdad mediante la eliminación de la censura de opiniones diversas—, ha emergido en los escritos judiciales y extrajudiciales de aquellos magistrados americanos que más han influido en la conformación de los fundamentos teóricos de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, en particular, HOLMES, BRANDEIS, FRANKFURTER y HAND» (9). El libre mercado de las ideas, como razón justificativa de la especial protección de que debería gozar la libertad de expresión, ha recibido, por otra parte, un fuerte impulso de manos de algún

(7) John Stuart MILL, *On Liberty* (Cambridge: Cambridge UP, 1989), 53-54. La cita es una versión libre y no una traducción literal, de la que es responsable el autor de esta obra.

(8) «... el poder de un pensamiento para ser aceptado en la libre competencia del mercado es la mejor prueba a que la verdad puede someterse...». Opinión expresada por el juez O. W. HOLMES en el fallo del caso *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919). La frase literal *marketplace of ideas* la pronunció por vez primera el juez William J. BRENNAN, Jr., al formular su opinión concurrente en el caso *Lamont v. Postmaster General of United States* (381 U.S. 308, 1965): «... It would be a barren marketplace of ideas that had only sellers and no buyers...»

(9) Frederick SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge: Cambridge UP, 1982), 15.

sector de la doctrina americana más reciente, por ejemplo, por parte del Profesor R. SMOLLA.

Mención obligada en la reseña de autores que de algún modo han apuntado o desarrollado una teoría o una filosofía de la libertad de expresión, es la del juez BRANDEIS en el caso *Whitney v. California* en 1927. Con una brillantez sólo comparable a su brevedad, BRANDEIS expone varias razones en apoyo de la práctica de la libertad de expresión: el desarrollo y la felicidad del individuo, el hecho de constituir un medio para descubrir la verdad política, su naturaleza de instrumento de la democracia y su condición de factor de estabilidad político-social. Pero leamos en su integridad el hermoso pasaje de BRANDEIS:

«Los que conquistaron nuestra independencia creían que la meta final del Estado era hacer *hombres libres para desarrollar sus facultades*, y que las fuerzas de la deliberación prevalecerían sobre la arbitrariedad en su gobierno. Valoraron la libertad como fin y como medio. Creyeron que *la libertad era el secreto de la felicidad* y el valor, el secreto de la libertad. Creyeron que la libertad de pensar como se quiera y de hablar como se piense son *medios indispensables para descubrir y difundir la verdad política*; que sin libertad de expresión y de reunión la discusión sería vana; que con ellas, la discusión proporciona normalmente protección adecuada frente a la diseminación de ideas nocivas; que la amenaza mayor para la libertad es un pueblo inerte; que *el debate público es un deber político*; y que *éste debería ser un principio fundamental del gobierno americano*. Los que conquistaron nuestra independencia reconocieron los riesgos a los que están sometidas todas las instituciones humanas. Pero *sabían que no es posible asegurar el orden por el mero temor al castigo de su infracción*; que es arriesgado desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo alimenta la represión; que la represión alimenta el odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que *el camino hacia la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente las pretendidas afrentas y los remedios que se propongan*; y que *el tratamiento apropiado para los malos consejos es (dar o recibir) buenos consejos*. Su confianza en el poder de la razón en la discusión pública les llevó a eludir el silencio impuesto por la ley

—el argumento de la fuerza en su peor forma—. Reconociendo las tiranías ocasionales de mayorías en el gobierno, reformaron la Constitución a fin de garantizar las libertades de expresión y de reunión» (10) (la cursiva es mía).

El mérito de BRANDEIS reside en haber reunido en una síntesis acertadísima la mayoría de los argumentos utilizados por la tradición liberal americana en pro de la libertad de expresión, incluyendo su función democrática.

Corresponde, con todo, a Alexander MEIKLEJOHN el protagonismo en la consideración de la libertad de expresión como elemento esencial del sistema democrático, aunque su planteamiento se circunscriba a la Constitución norteamericana y no sea extrapolable, en principio, a otras latitudes constitucionales. La libertad de expresión, para MEIKLEJOHN, no es un derecho de los ciudadanos en el sentido de un derecho público subjetivo. Se trata, sobre todo, de una característica esencial, de un principio constitutivo del sistema norteamericano de gobierno. «La Primera Enmienda —dice nuestro autor— no protege una libertad de expresión. Ampara la libertad de aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante las cuales nos “governamos”. Se refiere, no a un derecho privado, sino a un poder público, a una responsabilidad de gobierno... La libertad que la Primera Enmienda protege no es, pues, la ausencia de regulación. Es la presencia del autogobierno» (11).

MEIKLEJOHN parte de la base de que el gobierno de los Estados Unidos se funda en el consentimiento; en consecuencia, los problemas públicos deben decidirse por medio del sufragio universal. Pero el sufragio es, sin duda, una decisión que hay que materializar mediante el ejercicio individualizado del derecho al voto, lo cual requiere, a su vez, un conocimiento previo del asunto sobre el que hay que pronunciarse y, a ser posible, un entendimiento (siquiera mínimo) del mismo. A juicio de MEIKLEJOHN, el hecho de haber asumido la responsabilidad democrática conlleva aparejados varios efectos que hay que aceptar:

«Nosotros, el pueblo, *tenemos que tratar de comprender* los problemas que la nación deba afrontar... *Estamos obligados a enjuiciar* las decisiones que nuestros representantes tomen en relación con aquellos problemas. *Y, además, debemos participar en el diseño* de los pro-

(10) *Whitney v. California* (274 US. 375-76, 1927).

(11) A. MEIKLEJOHN, *The First Amendment Is an Absolute*, «The Supreme Court Review» (1961), 255 y 253.

cedimientos para que dichas decisiones sean las más adecuadas y eficaces o, caso necesario, sean sustituidas por otras aparentemente mejores y más efectivas» (12) (la cursiva es mía).

Ese proceso en su totalidad, desde el intento de comprender los problemas nacionales hasta la elaboración de los métodos operativos para cada supuesto de hecho, es impensable sin la libertad de expresión. «Es la libertad en el despliegue de esas actividades la que satisface plenamente el propósito de la Primera Enmienda» (13).

La libertad así entendida es una libertad sin condiciones, absoluta, de forma tal que la discusión de los asuntos públicos goza de plena inmunidad. Lo cual no es de extrañar —señala MEIKLEJOHN— si se tiene en cuenta que el propio texto constitucional en su Artículo I reconoce a diputados y senadores la inviolabilidad parlamentaria. Si los representantes del pueblo deben actuar con libertad en el uso de sus poderes delegados en el recinto de las Cámaras, «el pueblo debe —con mayor motivo— ser libre en el ejercicio de sus poderes reservados» (14).

Naturalmente, como expresión política por antonomasia del autogobierno, el voto está protegido por la Primera Enmienda de manera absoluta y, por lo tanto, escapa también a cualquier restricción.

¿Qué formas de expresión quedan fuera del amparo de la Primera Enmienda? Inicialmente, todas aquellas situadas más allá de los confines de lo «político», o de lo «público». Ello no se traduce, sin embargo, en una carencia de protección: la expresión de índole privada cuenta con la protección constitucional de la Quinta Enmienda (el debido proceso legal).

Las dificultades empiezan, y no acaban, cuando pretendemos delimitar con precisión y claridad lo público y lo privado, pues ambos son, en acertada frase de Harry M. WELLINGTON, como «masas de arcilla que pueden moldearse según el deseo del alfarero». MEIKLEJOHN era consciente de ello: de la necesidad de deslindar con nitidez lo público y lo privado, a fin de hacer operativa su teoría, y de los obstáculos que debía superar con ese fin, sobre todo... porque él se encargó de añadir otros al decir:

«Existen muchas formas de pensar y de expresión dentro del campo de la comunicación humana, de los que

(12) *Ibid.*, 255.

(13) *Ibid.*, 255.

(14) *Ibid.*, 256.

el votante deriva el conocimiento, la inteligencia, la sensibilidad ante los valores humanos: la capacidad para un juicio objetivo que, en la medida de lo posible, un voto debería expresar. Tampoco estas formas de expresión deben sufrir limitación alguna de su libertad. De ellas, voy a mencionar cuatro: la educación, los logros de la filosofía y de las ciencias en la creación de conocimiento y la comprensión entre los hombres, la literatura y las artes y los debates públicos de los problemas públicos» (15).

Por paradójico que resulte, esas afirmaciones de MEIKLEJOHN equivalen a hacer añicos su formulación originaria, al extender de manera ilimitada la órbita a la que circunscribía la protección de la Primera Enmienda, y así lo ha puesto de relieve la doctrina. Por ejemplo, Melville B. NIMMER ha escrito: «Bajo una visión tan expansiva de las formas de expresión que se relacionan con el proceso de gobierno, resta relativamente poco de la limitación al discurso político originariamente propuesta por MEIKLEJOHN» (16).

La utilidad de las reflexiones de MEIKLEJOHN, no obstante la «dilatación» introducida *a posteriori*, no puede pasar desapercibida, al menos para los que creemos que los textos constitucionales son única y exclusivamente diseños organizativos del poder político, que no deben, y no pueden, contemplar la mayoría de las actividades humanas que, por otra parte, son susceptibles de regulación mediante leyes ordinarias u otras disposiciones de rango inferior al constitucional. En todo caso, la bandera de MEIKLEJOHN fue recogida por otro famoso y controvertido estudioso, el juez Robert H. BORK. A su juicio, sólo la expresión o el discurso *explícitamente* políticos merecen protección constitucional. ¿Qué debe entenderse por «explícitamente»? «Quiero decir con ello —escribe BORK—, crítica de los cargos públicos (*public officials*) y de las medidas políticas; propuestas de aprobación o derogación de legislación o de disposiciones constitucionales; y la expresión referida a la conducta de cualquier institución gubernamental del país» (17). ¿Y qué debe entenderse por «político»? Si la protección de la Primera Enmienda debe detenerse en las fronteras del discurso político, es necesario establecer la correspondiente línea de demarcación. Para BORK, «la

(15) *Ibid.*, 256-257.

(16) M. B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech* (New York: Matthew Bender, 1984), parág. 3.01, 3-7.

(17) Robert H. BORK, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, «Indiana Law Journal», 47 (1971): 20 y 29.

categoría de expresión protegida es la referida al comportamiento gubernamental, la *policy*, el personal... La expresión explícitamente política es aquella que versa sobre cómo somos gobernados y no cubre, por lo tanto, el discurso científico, educacional, comercial o literario en cuanto tales» (18).

La tentativa de BORK es, en mi opinión, destacable después de comprobar la reacción que la postura originaria de MEIKLEJOHN, y su posterior modificación, suscitó entre los teóricos de la libertad de expresión en los Estados Unidos. El problema de definir el contenido de lo «político» o de lo «público» no es una tarea con la que los estudiosos se hayan enfrentado por vez primera en este siglo; es un tema recurrente en la literatura del derecho y de la política. Pero es antes que nada un tema siempre presente en sociedades estructuradas políticamente de forma democrático-constitucional, en las que subyace la escisión sociedad-Estado, asuntos privados-gobierno, o como quiera que se denomine. ¿Qué son los Estados del Bienestar modernos sino tentativas frustradas de acabar con aquella disociación? Por otra parte, las dificultades implícitas en la delimitación de lo «político» no han impedido hasta la fecha la perfecta comprensión popular del significado de aquel vocablo, ni la aceptación tácita de su sentido y de sus contornos, incluso en círculos en cuyo seno la precisión y la finura jurídicas son moneda corriente, como es el caso del Tribunal Supremo norteamericano. Veamos algunas muestras: «El valor nuclear de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda, ha dicho el Tribunal, es “el interés *público* en tener un debate libre y sin trabas sobre materias de importancia *pública*” (*Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563, 573, 1968). O, como los jueces BLACK y DOUGLAS manifestaron en una opinión concordante en el caso *New York Times v. Sullivan*, “la libertad de debatir sobre asuntos *públicos* y cargos *públicos* es incuestionablemente, tal y como el Tribunal lo dispone hoy, el tipo de expresión que debe mantenerse en el área de la libre discusión a tenor con el diseño originario de la Primera Enmienda” (376 U.S. 254, 296-197, 1964). La hipótesis que subyace en la enmienda es que “la libre discusión de las ideas arrojará como resultado la adopción de las medidas *políticas* más sabias” (C. J. Vinson, hablando en nombre del Tribunal en el caso *Denis v. U.S.*, 341 U.S. 494, 503, 1951). Por lo tanto, como dijo COOLEY en su *Constitutional Limitations*, “el mal que la Enmienda pretendía obviar no era la mera censura de la prensa, sino cualquier acción del gobierno tendente a impedir una discusión libre y general de los *asuntos públicos* tal como pudiera parecer

(18) *Ibid.*, 27-28.

absolutamente necesaria para preparar al pueblo para un ejercicio inteligente de sus derechos como ciudadanos” (citado con aprobación por J. Sutherland, en nombre del Tribunal, en *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233, 249-250, 1936). En términos del juez BLACK, “Cualesquiera sean las diferencias existentes en las interpretaciones de la Primera Enmienda, estamos todos de acuerdo en que una finalidad fundamental de esa Enmienda era proteger la libre discusión de los *asuntos de gobierno*” (en nombre del Tribunal, en el caso *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214, 218, 1966)... El propósito principal de la garantía constitucional de la libertad de expresión y de prensa es, pues, *político*» (19) (la cursiva es mía).

¿Cómo se explica entonces el reiterado escepticismo ante los esfuerzos por delimitar al menos convencionalmente la esfera de los asuntos públicos, de la política? Con toda probabilidad, esta clara divergencia de posturas no es sino la manifestación de concepciones distintas sobre la naturaleza y fines de la organización política. Las visiones liberal y democrática del Estado, que aparecen ensambladas en los textos constitucionales, no lo están tanto en las mentes de los políticos ni de los jueces. Muchos han olvidado ya que el propósito inicial de las primeras constituciones era pura y simplemente limitar el poder; que ése debería seguir siendo el fin primordial de nuestros modernos textos y que, desde esta perspectiva, el método democrático de gobierno es más un instrumento que una meta *per se*. De admitirse esta premisa, no parece descabellado el intento de identificar y deslindar la esfera propiamente política del resto de las actividades humanas. Pero sobre este tema habremos de volver más adelante.

Continuando con las teorías sobre la libertad de expresión, procede, en este enfoque cronológico que se ha seguido, exponer también, brevemente, la tesis de Thomas I. EMERSON; a quien es probable corresponda en exclusiva el mérito de haber sido el primero en construir una teoría en este ámbito adaptada a las exigencias de un mundo profusamente intercomunicado, dentro del contexto geopolítico de los Estados Unidos.

Muchos eran, y lo son aún, los autores de estudios sobre facetas o aspectos parciales de la libertad de expresión que han señalado la criticable ausencia de un cuerpo doctrinal o jurisprudencial coherente del que derivar unos principios, y abierto a las transformaciones y retos de la era de la comunicación. Pero ninguno de ellos, salvo EMERSON, se ha propuesto llenar ese vacío y acabar, de esa manera, con el desorden y la incertidumbre predominantes.

(19) Francis CANAVAN, *Freedom of Expression Purpose as Limit* (Durham: Carolina Academic Press, 1984), 2-3.

EMERSON intentó colmar esa laguna; primero, en 1966, con su *Toward a General Theory of the First Amendment*; y después, con la obra *The System of Freedom of Expression*, publicada en 1970. «El hecho sobresaliente en relación con la Primera Enmienda —escribía en esa segunda— es que el Tribunal Supremo nunca ha desarrollado una teoría comprensiva de lo que esa garantía constitucional significa, y de cómo debería aplicarse a casos concretos» (20). Tampoco los intelectuales destacados en la materia —a excepción quizá de MEIKLEJOHN y, en cierto modo, de Zechariah CHAFEE— habían ido más allá de preconizar alguna técnica para enjuiciar el conflicto entre la libertad de expresión y cualquier otro interés particular o social, o de la crítica más o menos acertada de las opiniones de los magistrados del Tribunal Supremo.

La obra de EMERSON es, por otra parte, relevante por su concepción moderna y sistémica. Para él, la libertad de expresión está integrada por un conjunto de derechos que van desde el derecho a formarse y poseer las propias creencias, y comunicarlas por cualquier medio, pasando por los de audiencia e investigación y de acceso a la información —con ciertas matizaciones—, hasta los derechos de reunión y asociación, corolario imprescindible de la libertad de expresión. A este respecto, hay que precisar que la Primera Enmienda de la Constitución americana reconoce también, pero como un derecho distinto, el de reunirse pacíficamente.

El Estado, en ese contexto, no es ya sólo el garante de la libertad negativa, de que no exista la censura previa ni se produzcan interferencias por parte de los poderes públicos, sino que tiene que jugar un papel más activo. Debe fomentar la libre expresión facilitando los medios materiales y la información y debe remover los obstáculos e impedir las distorsiones. En último extremo, puede tener que llegar a intervenir con rigor para asegurar el ejercicio de ese derecho en el seno de las grandes y poderosas organizaciones privadas. Y es que la libertad de expresión dentro de un Estado democrático descansa en una cuádruple premisa:

— Es un medio para la realización personal. «El fin propio del hombre es la realización de sus potencias como ser humano... La supresión de las creencias, de las opiniones, o de cualquier forma de expresarse es una afrenta a la dignidad del hombre, una negación de su naturaleza» (21).

(20) Thomas I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression* (New York: Random House, 1970), 15.

(21) *Ibid.*, 6.

— Sirve para incrementar el conocimiento y descubrir la verdad a través de la exposición y discusión de las ideas.

— Es un requisito esencial para el normal desenvolvimiento del proceso democrático. Sin libertad de expresión no puede haber participación genuina de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones políticas.

— Por último, hace de las comunidades humanas agregados más flexibles y «adaptables» y por ende «más estables», y facilita el mantenimiento de un «equilibrio precario entre las divisiones sociales saludables y el necesario *consensus*» (22).

«Estos valores deben considerarse no aisladamente, sino como un conjunto integrado. Cada uno de ellos es necesario, pero no es suficiente de por sí. Así, un sistema pensado para servir sólo al propósito de un cambio social ordenado no podría tener éxito a largo plazo; en una sociedad democrática, tal cambio puede producirse sólo mediante la participación activa de la comunidad política en el proceso de adopción de decisiones. A mayor abundamiento, tal participación no sería posible sin un compromiso de todo el cuerpo social con el progreso del conocimiento o el descubrimiento de la verdad» (23).

Una vez sentados los valores a los que debe servir la libertad de expresión en una sociedad democrática, procede EMERSON a esbozar los diversos puntos de su teoría. De ellos, nos importan fundamentalmente dos: la idea-núcleo del sistema y el ámbito que debe protegerse.

La construcción emersoniana se apoya en lo que él denomina la idea central que es «que debe establecerse una distinción básica entre aquella conducta consistente en “expresión” y aquella otra que consiste en “acción”. La primera debe permitirse y estimularse. La segunda puede controlarse, con sujeción a los otros mandatos constitucionales, pero no mediante un control de la expresión... La definición de la “expresión” implica formular con detalle la distinción entre “expresión” y “acción”. La línea en muchas situaciones está clara. Pero en algunos puntos se convierte en oscura... En estos casos es preciso decidir si la conducta debe clasificarse como una u otra. El juicio debe guiarse de la consideración de si una u otra es el elemento dominante» (24).

(22) *Ibid.*, 7.

(23) Estas precisiones aparecen en un trabajo de EMERSON muy posterior. Se trata del artículo *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, aparecido en 1980 en la «California Law Review», 68, págs. 422-481.

(24) T. I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, citada, 17-18.

Por lo que se refiere al objeto de la protección de la Primera Enmienda, al ámbito al que se circunscribe, EMERSON deja claro que se trata de la «expresión», de lo que constituye «expresión». El grado de protección, por otro lado, debe ser total; es decir, frente a cualquier cortapisa gubernamental, incluso cuando las consecuencias que se deriven parezcan contradecir otros intereses sociales que el gobierno deba salvaguardar. Lo cual no supone que no haya que regular en determinadas ocasiones su ejercicio en función de los valores a que sirve el sistema. De lo que se infiere, como así lo corrobora el mismo EMERSON, que la libertad de expresión debe gozar de una protección especial, postura ésta que sintoniza con la de otros sectores de la doctrina.

¿Qué juicio crítico nos merece la aportación de EMERSON?

A pesar del esfuerzo de presentar de manera organizada un buen número de supuestos prácticos a los que aplicar la distinción expresión/acción, a los efectos de ilustrar la conveniencia y la utilidad de su sistema en las diversas áreas de conflicto (seguridad nacional, difamación, pornografía, etc.), la propuesta de EMERSON ha sido criticada por varias razones. Una de ellas, la más común, ha sido que la distinción apuntada —piedra angular del sistema— es escasamente operativa dado el doble carácter que cada uno de los elementos del binomio tiene: la expresión es acción, y la acción, expresión; o, en otros términos, todos son «actos expresivos». Otra crítica, menos fácil, ha sido la preconizada por William P. MARSHALL, quien pone de relieve la incongruencia inmanente en un sistema, como el de EMERSON, que, después de propugnar la protección de toda conducta calificada de expresión, en la medida en que es diferente de la denominada «acción», excluye de la cobertura la expresión comercial en base a argumentos que nada tienen que ver con su naturaleza reconocida de expresión.

A mi juicio, esa contradicción interna tiene la virtud de poner sobre el tapete uno de los grandes interrogantes que hoy tenemos planteados: el de saber si la protección constitucional en general —trascendiendo las fronteras de uno u otro país— debería extenderse a toda expresión o comunicación sin excepciones, o si debería limitarse a determinado tipo de expresión. En este último supuesto, se plantearían problemas adicionales como el de la justificación del desigual tratamiento legal y el del establecimiento de un orden jerárquico entre las distintas clases de expresión.

Para concluir la revisión esquemática, sumaria y, hasta cierto punto, aleatoria de algunas de las principales teorías de la libertad de expresión, es menester recoger la formulada en estos días por el brillante y joven Profesor Rodney SMOLLA (que ha tenido la amabili-

dad de darme a leer el manuscrito de su último libro antes de ofrecerlo a la imprenta).

SMOLLA es, ante todo, un defensor de la libertad de expresión en todos los ámbitos y de un tratamiento preferente o privilegiado de dicha libertad en el marco de lo que denomina una «cultura abierta». «Una nación comprometida con una cultura abierta —escribe—, defenderá la conciencia y la expresión humanas en toda su maravillosa variedad, protegiendo la libertad de expresión, de prensa, de religión, de asociación, de reunión y la de protestar en masa de manera pacífica. Estas libertades —prosigue— no cubrirán tan sólo el discurso político, sino el infinito abanico de interrogantes artísticos, científicos, religiosos y filosóficos que atraen y capturan la imaginación humana» (25).

Para SMOLLA, muchas de las razones utilizadas para defender el carácter preferente de la libertad de expresión no tienen por qué ser excluyentes entre sí, ni, por otra parte, hay que optar por una de ellas. «A medida que se aleguen más justificaciones en pro de la importancia trascendental de la libertad de expresión, la sociedad adoptará principios que amparen mayor número de probabilidades de expresión» (26).

A continuación, SMOLLA pasa revista a algunas de ellas: en primer lugar, la formulada bajo la metáfora del libre mercado de las ideas; en segundo término, la dignidad y autonomía humanas; y, finalmente, el autogobierno, concretado en cinco funciones: la participación política, la búsqueda de la verdad política, facilitar el gobierno de la mayoría, restringir en lo posible la tiranía, la corrupción y la ineptitud, y la promoción de la estabilidad político-social. A este respecto, una cosa está muy clara para SMOLLA: existen varias razones para considerar al autogobierno como motivo fundamental para que la libre expresión sea protegida de una forma reforzada, pero no es éste, de ningún modo, el único motivo. En apoyo de su tesis trae a colación las palabras del Tribunal Supremo americano, según las cuales las garantías de la libre expresión y de la libertad de prensa «no están circunscritas a un ámbito concreto de interés humano» y (por otra parte) «es irrelevante si las creencias que se propugnan [...] conciernen asuntos políticos, económicos, religiosos o culturales» (27).

Como puede inferirse de lo hasta ahora expuesto, el establecimiento de los fines o funciones (otros hablan de valores presupuestos, propósitos, razones) de la Primera Enmienda —o, lo que es lo

(25) Rodney SMOLLA, *Free Speech in an Open Culture*, 1990, pág. 11 del manuscrito.

(26) *Ibid.*, 12-13.

(27) *Ibid.*

mismo, de la libertad de expresión— ha concentrado lo mejor de los esfuerzos de la doctrina americana —especialistas en el tema y constitucionalistas—. La opinión más compartida es, no obstante, que no se ha conseguido sentar unos principios claros y terminantes, aceptables por la inmensa mayoría y aplicables con cierta garantía, para determinar qué actividades de interferencia o supresión de la libertad de expresión carecen de justificación. Nos movemos, pues, en un ambiente de incertidumbre que facilita extraordinariamente no ya las prácticas represivas de la libre expresión, sino también la vigencia de normas que obedecen a intereses políticos o de grupos de presión y que, como tales, chocan frontalmente con la libertad de expresión de la ciudadanía en general.

3. CRITERIOS Y REGLAS PARA ENJUICIAR LAS POSIBLES RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La enorme experiencia del sistema jurídico norteamericano en materia de libertad de expresión, ha permitido elaborar un conjunto de pautas orientadoras del proceder apropiado de los jueces en el momento de considerar el concreto supuesto de hecho litigioso.

La primera de esas indicaciones señala, como es lógico, la necesidad de determinar si la conducta cuya limitación o represión se cuestiona, constituye o no «expresión» en el sentido que la Primera Enmienda le confiere. Porque lo que está claro es que no toda expresión está *constitucionalmente* amparada, ni en los Estados Unidos —a pesar de los términos, a primera vista absolutos y meridianos, de la Primera Enmienda—, ni en España donde, como veremos, los límites se encuentran reconocidos en el mismo texto constitucional, ni, en fin, en ningún país de la órbita democrática. Ciertamente, determinados tipos de expresión pueden encontrar protección legal, aunque no constitucional. Y, por último, algunos otros son sancionables o reprimibles por lesionar otros bienes y derechos.

Una vez sentada esta cuestión previa, el *modus operandi* seguido por el Tribunal Supremo norteamericano ha variado en función del tipo de restricción o límite que pretendía imponerse a la libertad de expresión. Ya en 1961, el Tribunal admitió la necesidad de técnicas judiciales de evaluación, apropiadas a las distintas formas gubernamentales de limitar la libertad de expresión. Así, en el caso *Konisberg v. State Bar of California* (366 U.S. 36, 49-51, 1961), después de sentar que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, decía haber reconocido a lo largo de su historia dos formas, al menos, «en

las que la libertad de expresión protegida constitucionalmente es más reducida que la libertad ilimitada de expresarse. Por una parte, ciertas formas de expresión, o la expresión en ciertos contextos, ha sido considerada fuera del alcance de la cobertura constitucional... Por otra, las normas generales que no pretendían controlar el contenido de la expresión, pero que se traducían en una limitación accidental de su ejercicio, no han sido consideradas como el tipo de norma que la Primera... Enmienda prohibía aprobar al Congreso de los Estados Unidos o a los diferentes Estados...».

La distinción apuntada fue desarrollada por Laurent H. TRIBE con las siguientes palabras:

«El Tribunal Supremo ha desarrollado dos enfoques para la resolución de las demandas relacionadas con la Primera Enmienda; ambas corresponden a las dos formas mediante las cuales el gobierno puede “restringir” la expresión. Si la regulación gubernamental apunta al impacto comunicativo de un acto, el análisis debe seguir lo que denominaremos *la vía número uno*. En ella cualquier regulación es inconstitucional, a no ser que el gobierno demuestre que el mensaje que se suprime causa un “peligro claro y presente”, constituye una falsedad difamante o cae, bajo cualquier otra forma, en el lado desprotegido de una de las líneas que el Tribunal ha establecido para distinguir aquellos actos expresivos privilegiados por la Primera Enmienda, de aquellos otros susceptibles de regulación gubernamental, sometidos a un mínimo examen sobre si en su adopción se ha observado el debido proceso legal. Si la regulación gubernamental tiene, en cambio, como objetivo, el impacto no comunicativo de un acto, su análisis sigue *la vía número dos*. En ella una regulación es constitucional, incluso aun aplicada a una conducta expresiva, siempre que no merme indebidamente el flujo de información y de ideas. En este supuesto, la “ponderación” entre los valores de la libertad de expresión y los intereses del gobierno al proceder a la regulación se establece sobre la base de un examen particular de cada caso» (28).

(28) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law* (Mincola-New York: The Foundation Press Inc., 1988), 791-792.

Insistiendo en este tema, más clarificadora todavía resulta la diferenciación que realiza M. B. NIMMER entre los *dos tipos* de limitaciones de la libertad de expresión. NIMMER distingue entre las limitaciones dirigidas directamente contra la expresión —*anti-speech restrictions*— y aquellas otras que, sin pretender limitarla, de hecho se traducen en una merma de la misma —*non-speech restrictions*—. Las primeras tratan de proteger un interés determinado, suprimiendo o limitando el contenido de la expresión, es decir, las ideas concretas que la expresión transmite, pues se piensa que el mensaje lesiona un interés contrapuesto. Por ejemplo, las normas que tipifican la calumnia y la injuria representan una restricción en la medida en que sancionan un contenido expresivo concreto: las comunicaciones que dañan la reputación. Con las segundas se pretende amparar un bien jurídico o interés amenazado por la forma en que la expresión se materializa, prescindiendo de su contenido. Por ejemplo, una ordenanza municipal que prohíba manifestaciones en las calles céntricas de una gran ciudad en horas o días en los que el tráfico rodado sea especialmente intenso (29).

Los esfuerzos de la doctrina por sistematizar la variedad de formas de aproximación del Tribunal Supremo a los problemas suscitados en el campo de la libertad de expresión, si no otro, sí han arrojado un resultado: la riqueza de los supuestos de hecho es tal que ni hay fórmula que pueda ser utilizada por los jueces en todos los ámbitos, ni puede afirmarse con carácter general que cada problema deba abordarse con una específica técnica de análisis. Lo que sigue, por lo tanto, es una exposición, prácticamente descriptiva, de esas formas de aproximarse al asunto litigioso empleadas por el Tribunal Supremo norteamericano desde el momento en que la libre expresión adquirió el *status* de materia habitualmente controvertida. Vaya por delante —ya lo he señalado antes— que no entramos aquí en el estudio previo de la expresión no protegida constitucionalmente, carente de valor constitucional. En ese ámbito entraría, en principio, aquel discurso que «no es parte esencial de ninguna exposición de ideas y que no posee ningún valor social» (30). Así, los insultos, las obscenidades, la injuria y la difamación, y el lenguaje comercial falso y que induzca a engaño.

Con carácter general y, en consecuencia, no circunscrito a la libertad de expresión, el primer examen que deben superar las normas que la afectan viene determinado por las exigencias del debido principio de legalidad (*due process of law*). Se pretende evitar

(29) Cfr. Melville B. NIMMER, *op. cit.*, parág. 2.04, 2-25.

(30) *Chaplinsky v. New Hampshire* (315 U.S. 568, 1942). La posición del Tribunal Supremo al respecto quedó establecida en este caso, aunque luego se modificó ligeramente.

que, por mor de la regulación de ciertas actividades o conductas, se produzcan limitaciones indebidas del derecho fundamental de la libre expresión.

La norma de que se trate puede, en efecto, ser objetable en el supuesto de que adolezca de uno de estos dos defectos: un alcance excesivo —denominado *overbreadth*—, y/o una carencia de precisión —denominado *vagueness*—. Ambos, se ha dicho, «están con frecuencia íntimamente unidos... y..., a veces, resulta imposible distinguirlos funcionalmente» (31).

Una muestra ilustrativa del primero de esos vicios nos la proporciona el caso *Kunz v. N. York*, 340 U.S. 290, 1951, en el que se declaró la nulidad de una ordenanza que prohibía hablar en público en las calles de Nueva York sin permiso previo. El Tribunal Supremo falló que: «no es ajustado a Derecho conceder un control restrictivo del derecho a hablar sobre temas religiosos a un funcionario cuando no existen reglas apropiadas que guíen su actuación». La ordenanza base de la decisión denegatoria del permiso concedía un margen de discrecionalidad excesivo al comisionado de la policía para desestimar la solicitud de K. Kunz, dando así lugar a la lesión del derecho a la libre expresión.

Un ejemplo mejor lo encontramos en el pleito *United States v. Robel*, 389 U.S. 258, 1967. En él se contemplaba el caso de E. F. Robel, quien, después de llevar diez años trabajando en unas instalaciones de defensa, fue despedido por pertenecer al Partido Comunista, en aplicación de uno de los artículos de la Ley de Control de Actividades Subversivas de 1950. El juez E. Warren sostuvo que dicha Ley «establece literalmente una culpabilidad sólo por asociarse, sin necesidad de determinar que el ejercicio del derecho de asociación de un individuo sea causa de la amenaza que el gobierno teme y proscribe. Naturalmente, el efecto inhibitor en el ejercicio de los derechos protegidos por la Primera Enmienda está claro. Es ya un axioma, añadía, que la precisión de la regulación debe ser la piedra de toque en un área que tan íntimamente afecta a nuestras libertades más preciosas».

En fin, en el caso *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 1973, el Tribunal Supremo delimita el concepto al establecer:

«Se ha admitido desde hace tiempo que la Primera Enmienda precisa espacio para respirar, y que las leyes

(31) *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, «Harvard Law Review», 83 (1970): 845. El artículo aparece bajo el epígrafe de «Note», sin nombre de autor, lo cual es habitual en el contexto norteamericano cuando se trata de breves comentarios escritos por estudiantes.

que pretendan obstaculizar o limitar el ejercicio de los derechos en aquélla contemplados, deben redactarse de manera ajustada (*narrowly drawn*)... Como corolario, el Tribunal ha modificado sus reglas tradicionales en materia de legitimación procesal para permitir —en el campo de la Primera Enmienda— ataques a las normas descaradamente amplias, sin requerir del atacante que demuestre que su propia conducta no podía ser regulada por una norma cuya redacción cumpla el requisito de delimitar su alcance... Se permite, por lo tanto, a los posibles litigantes que cuestionen la norma, no porque se violen sus derechos de libre expresión, sino en virtud de *la predicción o presunción judicial de que la mera existencia de la norma puede hacer que terceros no litigantes se abstengan de ejercer una práctica de hablar y expresarse que está constitucionalmente protegida*» (la cursiva es mía).

En resumidas cuentas, una norma adolece del defecto de *overbreadth* cuando la aplicación de sus preceptos puede traducirse en una restricción o en un castigo de la libre expresión constitucionalmente protegida. Se pretende que no se produzcan mayores daños que los que se quiere evitar; para decirlo en roman paladino, «matando moscas a cañonazos».

El segundo defecto al que aludí, la imprecisión o vaguedad de la norma reguladora de la libertad de expresión, implica la exigencia de una claridad meridiana en la descripción de la conducta afectada. Como dijo el Tribunal Supremo en 1926, «una norma que prohíbe o requiere que se haga algo en términos tan vagos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su aplicabilidad viola lo primero y más esencial del principio de legalidad» (*Conally v. General Const. Co.*, 296 U.S. 385, 391, 1926).

Varias razones se han invocado en favor de la aplicación de la doctrina de la nulidad por causa de la vaguedad en el área de la libertad de expresión: «Una ley poco clara... puede disuadir (32) a

(32) La doctrina americana habla del *chilling effect* o efecto de enfriado para significar el retraimiento o la timidez en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Primera Enmienda, ante el temor de posibles sanciones legales. Al respecto pueden verse los casos *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479, 1965, y *Steffel v. Thompson*, 415 U.S. 452, 1974.

Según Jay M. SHAFRITZ, la primera vez que el Tribunal Supremo se refirió al efecto de enfriado —mejor sería decir efecto disuasor— fue en el caso *Unites States v. Jackson*, 390 U.S. 570, 1968. Véase el término *chilling* en *The (Dorsey) Dictionary of American Government and Politics* (Chicago: The Dorsey Press, 1988).

algunas personas... de expresarse... [Además], la ejecución de la ley por el gobierno debe estar presidida por claras orientaciones para evitar que los funcionarios actúen según su propia discrecionalidad...» (33), etc.

Tanto en los casos de indeterminación o indefinición como en los de las disposiciones antes referidas, que tratan de cubrir un amplio espectro de conductas, su impugnabilidad va dirigida a impedir que los agentes del gobierno o la administración actúen arbitrariamente en un campo muy delicado cual es el de la libertad de expresión y, ulteriormente, restaurar la certeza del derecho, rasgo imprescindible del Estado constitucional de Derecho.

Entrando ya ahora en el terreno específico de los criterios empleados para valorar las posibles restricciones de la libertad de expresión, un método tradicional de enjuiciar si la actividad comunicativa de que se trate debía ser restringida, o incluso penalizada, fue, desde las primeras décadas de este siglo, considerar las dosis de peligro que aquélla, presumiblemente, entrañaba. De este modo, se construyeron y se aplicaron tres tipos distintos de test.

El primero de ellos —el de la «tendencia nociva»— se aplicó en el caso *Gitlow v. New York* (268 U.S. 652, 1925). Benjamín Gitlow, uno de los responsables de la publicación del *Manifiesto del Ala Izquierda* (fracción disidente del Partido Socialista), fue condenado, en 1920, a una pena de trabajos forzados de cinco a diez años en cumplimiento de la *Ley sobre la Anarquía* del Estado de Nueva York. Motivo: delito de anarquía criminal (una suerte de sedición). La decisión del Tribunal Supremo fue confirmar la sentencia, ya ratificada por el Tribunal de Apelación, en virtud de la declaración de la constitucionalidad de la *New York Anarchy Act* de 1902.

Lo paradójico es que la norma invocada en apoyo de la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad de esa Ley fue la Enmienda Decimocuarta («... Ningún Estado privará a persona alguna de... la libertad... sin el debido proceso legal», es decir, mediante una medida legislativa arbitraria o irracional). Y, sin embargo, como consecuencia de la decisión de considerar a la libertad de expresión y de prensa como derechos fundamentales protegidos frente a cualquier infracción por parte de los Estados integrantes de la Federación —algo que hace del caso *Gitlow* un hecho histórico—, la mayoría del Tribunal sostuvo que la mencionada Ley del Estado de Nueva York no lesionaba de manera injusta la libertad de expresión de Gitlow.

(33) John E. NOVAK, Ronald R. ROTUNDA y J. NELSON, *Young Constitutional Law*, 3.ª ed. (Saint Paul: West Publishing Co., 1986), 846.

La defensa de Gitlow se basó, entre otros argumentos, en que los Tribunales de Instancia habían obviado la aplicación a la litis del precedente establecido por el Tribunal Supremo en el caso *Schenck v. U.S.* (249 U.S. 47, 1919), esto es, de la doctrina del «peligro claro e inmediato», y que, en su lugar, Gitlow había sido condenado por expresar ideas o doctrinas cuya supuesta «mala tendencia» se traduciría, a largo plazo, en obras. La postura de la mayoría del Tribunal, manifestada por el juez Sandford, fue la de que no puede exigirse al Estado que «mida el peligro de cada expresión en la balanza precisa de un joyero. Una simple chispa revolucionaria puede prender un fuego que... resulte en un incendio devastador y destructivo. No puede decirse que el Estado actúa arbitraria o irracionalmente cuando, al considerar las medidas necesarias para proteger la paz pública y la seguridad, trate de apagar la chispa sin aguardar a que prenda la llama o se desencadene un incendio. No puede pedírsele que retrase la adopción de medidas... [el Estado puede], en el uso de su juicio, ahogar el peligro que se cierne en sus inicios...» (34).

Los términos del Tribunal no dejan lugar a dudas sobre la legalidad y la constitucionalidad del castigo, impuesto en virtud, solamente, de la peligrosidad potencial de las palabras: «Es incuestionable el hecho de que un Estado, en el ejercicio del poder de policía, pueda castigar a aquellos que abusen de la libertad de expresión mediante palabras enemigas del bienestar público, *tendientes* a corromper la moral pública, incitar al crimen o alterar el orden público... La libertad de expresión y de prensa... no protege aquellas publicaciones o enseñanzas que *tienden* a subvertir o a hacer peligrar el gobierno...» (35).

Menos retrógrada, menos conservadora y más adecuada a un Estado Constitucional, es la doctrina del «peligro claro e inmediato», esbozada por el juez Holmes en el caso *Schenck v. United States*. A tenor de ella, cualquier restricción estatal del ejercicio de las libertades de expresión y de prensa es inconstitucional, a no ser que sea necesaria para abortar un peligro grave e inmediato de que se produzcan daños a bienes o derechos que deben ser protegidos con arreglo a la ley. En términos de su autor:

«La cuestión en cada caso es si las palabras utilizadas lo son en circunstancias tales, y de tal naturaleza, que pueden crear un peligro claro e inmediato de que se produzcan los daños sustanciales que el Congreso tiene el derecho de evitar.»

(34) *Gitlow v. New York* (268 U.S. 669, 1925).

(35) *Ibid.*, 667-668.

La formulación definitiva del test fue, sin embargo, obra del juez BRANDEIS, con motivo de manifestar su opinión *concurrente* (36) en la sentencia del caso *Whitney v. California* (274 U.S. 357, 1927). Decía allí BRANDEIS:

«La supresión de la libertad de expresión se justifica si se teme con fundamento que, de ejercitarse, va a ocurrir algo grave. Tiene que existir una base razonable para creer que el peligro percibido es inminente... [y]... que el daño que trata de evitarse es grave...»

Para hombres valerosos... que confían en el poder del razonamiento libre y sin temor, empleado en la dinámica del proceso de gobierno popular, ningún daño dimanante del hecho de expresarse puede considerarse claro y presente, a no ser que la incidencia del daño percibido sea tan inminente que pueda producirse antes de tener la oportunidad de discutirlo a fondo. Si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias y para evitar el mal recurriendo a la educación, el medio sería más expresión, no el silencio forzoso. Sólo una emergencia puede justificar la represión.»

La doctrina del «peligro claro e inmediato» fue utilizada por el Tribunal Supremo con relativa frecuencia hasta que finalizó la década de los años cincuenta y, posteriormente, en pocas ocasiones. Después de todo, en su formulación originaria no pretendió ser más que una regla probatoria de la proximidad y del grado de un mal probable, tomada en préstamo del Derecho Penal, que acabó siendo erigida, en palabras de Harry KALVEN, Jr., en «criterio de la constitucionalidad de las disposiciones en materia de comunicación».

La superioridad de dicha regla sobre la doctrina de la «mala tendencia» era, por otra parte, incontestable a los efectos de la protección conferida a la libre expresión. Y en ese sentido fue bienvenida. Así, para Zechariah CHAFEE, Jr. (37), en el fallo del caso

(36) Se entiende por opinión concurrente aquella que «está básicamente de acuerdo con la de la mayoría, pero se manifiesta para expresar una visión algo diferente de los problemas, para esclarecer la argumentación particular de uno de los jueces, para exponer un principio que se tiene en gran estima, etc.». Así la define Steven H. GIFIS, en la pág. 327 de su *Law Dictionary* (Nueva York: Barron's, 1984).

(37) Z. CHAFEE, Jr. (1885-1957), no sólo fue una de las autoridades en materia de libertad de expresión en los Estados Unidos, y como tal citado en las decisiones del Tribunal Supremo, en obras doctrinales y en todo tipo de actividades relacionadas con

Schenck y en concreto en la opinión de HOLMES, la idea de la libertad de expresión fue interpretada por vez primera en consonancia con los propósitos de los redactores de la Constitución y de la Primera Enmienda.

Empero, ese criterio no fue compartido; por ejemplo, Paul A. FREUND, otro Profesor de Harvard, dijo que el *test* constituía «un juicio supersimplificado, a menos que tuviera en cuenta otros factores como: la relativa gravedad del peligro en comparación con el valor de la oportunidad para expresarse; la disponibilidad de medios de control más moderados que los impuestos por el gobierno; y, quizá, la intencionalidad específica del discurso...» (38).

Desde luego, hay que admitir que la doctrina del «peligro claro e inmediato» es un tanto imprecisa y vaga, tanto desde la óptica del sujeto que pretende ejercer su derecho a expresarse libremente como desde la perspectiva del tribunal que debe aplicarlo y tiene, en su caso, que aventurar las posibles repercusiones del discurso. Por otro lado, tampoco es apta para enjuiciar un buen número de limitaciones de la libertad de expresión.

Una versión corregida de la doctrina del «peligro claro e inmediato», con un mayor alcance protector de la libertad de expresión, es la formulada con ocasión de plantearse ante el Tribunal Supremo la posible inconstitucionalidad de la Ley del Estado de Ohio sobre el Sindicalismo Criminal, que penalizaba el hecho de propugnar, o meramente preconizar, el empleo de métodos ilegales para conseguir reformas laborales o políticas. El fenómeno desencadenante de la decisión final fue la arenga pronunciada por Clarence BRANDENBURG, dirigente del *Ku Klux Klan*, sugiriendo amenazas ante la pretendida conducta de los poderes públicos contra la raza blanca, caucásica. Las diversas instancias judiciales del Estado de Ohio condenaron a BRANDENBURG, pero el Tribunal Supremo norteamericano consideró que la referida Ley era inconstitucional debido a la amplitud de su alcance, que implicaba la tipificación de conductas delictivas y no delictivas, y, en lo que hace a nuestro tema, dispuso que:

«Las garantías constitucionales de la libertad de expresión y de prensa no permiten a un Estado prohibir o proscribir el hecho de abogar por el uso de la fuerza o

ese campo, sino que le cupo el mérito de ser uno de los defensores más notorios del derecho y de la libertad. Tanto es así que fue considerado por el senador Joseph McCarthy como una de las siete personas más peligrosas en América. Entre su producción, merece destacarse la que ya es hoy un clásico *Free Speech in the United States*, publicada por primera vez en 1941 por la Harvard University Press.

(38) Paul A. FREUND, *On Understanding the Supreme Court* (Boston: Little, Brown and Company, 1951), 27.

la violación del derecho, excepto cuando dicha advocación está dirigida a incitar o producir una acción ilegal inminente y es probable que incite o produzca tal acción» (39).

La doctrina resumida en el párrafo transcrito se conoce como «el test de la incitación» y, evidentemente, significa una extensión de las coordenadas establecidas en el test del «peligro claro e inmediato», en la medida en que amplía el margen de la libertad de expresarse reconocido en previas decisiones.

En cuanto doctrina más progresista, el problema era, sin duda, el de su aplicación efectiva por las instancias del poder —básicamente, el Congreso, como órgano legislativo a que se refiere la Primera Enmienda, y, en otra esfera, el propio Tribunal Supremo—. Quizá, no obstante el tiempo transcurrido, sea prematuro pronunciarse a ese respecto, pero lo cierto es que ya en 1975 —seis años después del caso *Brandenburg*— voces autorizadas dejaron ver su desconfianza (40).

Los *tests* referidos hasta ahora tratan de medir el grado de peligrosidad —y del posible daño— derivado de un ejercicio determinado de la libertad de expresarse. Los tres son respuestas a una sola pregunta: ¿cuándo está justificada una limitación de la libertad de expresión? La idea que subyace en los tres supuestos es el lugar preponderante de la libertad de expresión, que determina la exigibilidad de contados y precisos requisitos en orden a la constitucionalidad de la limitación que se imponga. Las restricciones, valga la redundancia, están restringidas. La relación con la Primera Enmienda es, pues, de perfecta sintonía.

No sucede lo mismo con una operación, practicada usualmente durante las dos últimas décadas por el Tribunal Supremo, que bastantes especialistas en Derecho sobre los medios de comunicación y profesores abordan como si de una teoría de la libertad de expresión se tratase o, en otros casos, de un criterio o norma de evaluación de las limitaciones de aquélla. Estoy pensando en el denominado *balancing test* o test ponderativo. Tal ocurre, por citar algunos ejemplos, con Thomas I. EMERSON, en su *The System of Freedom of Expression* (Nueva York: Random House, 1970, pág. 717); Thomas L. TEDFORD, en *Freedom of Speech in the United States* (Nueva York: Random House, 1975, págs. 448 y ss.); Ralph L. HOLSINGER, en su *Media Law* (Nueva York: Random House, 1987,

(39) *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444, 1969).

(40) Cfr., por todos, Staughton LYND, «*Brandenburg v. Ohio*»: *A Speech Test For All Seasons*, «The University of Chicago Law Review», 1 (1975): 151-191.

págs. 23 y ss.), y William E. FRANCOIS, en su *Mass Media Law and Regulation* (Iowa: State Univ. Press, 5.^a ed., 1990, págs. 21 y ss.).

Si dejamos de lado el rechazo de la calificación como «teoría» de la práctica del *balancing test* —porque no parece cumplir los mínimos requisitos para elevarla a esa categoría conceptual—, la actividad intelectual de sopesar y valorar es propia de la adopción de numerosas decisiones, no sólo judiciales; y no adquiere, por el solo hecho de llevarse a cabo en el campo de la resolución de conflictos entre la libertad de expresión y otro valor, bien o derecho, la connotación distintiva de criterio decisor de la constitucionalidad de una disposición o acto del poder político que presumiblemente restringe la libertad de expresión. El test ponderativo, en sus diversas formas, no pasa de ser un método de interpretación, un utensilio sobre cómo proceder a enjuiciar un determinado supuesto de hecho, pero por sí solo no nos dice nada de particular sobre la índole de la protección, ni sobre la razón de esa protección. *A contrario sensu*, lo que la literalidad del *balancing* sugiere es la perfecta identidad de los intereses o bienes contrapuestos a efectos de su justa «ponderación». El test ponderativo conduce, en manos de un juez, a una resolución del asunto litigioso como puede hacerlo otro método o fórmula: sin reconocer la diferencia de clase en uno de los intereses en litigio, sin denotar una diferencia valorativa. Como escribió T. Alexander ALEINIKOFF: «El método de ponderar no comprometió al Tribunal con una agenda liberal o conservadora. Los cambios podían producirse en cualquier dirección. Como demostraron los casos de los años 1950 y 1960 relacionados con la Primera Enmienda, el ponderar podía traducirse en una expansión o en una restricción de los derechos... el test ponderativo sugería un enfoque particularizado, caso por caso, propio del *common law*, que acomodaba el cambio gradual y rechazaba los absolutos» (41).

El *balancing test* es fundamentalmente una *técnica*, un procedimiento, una manera de desempeñar el trabajo de identificar y comparar intereses o derechos enfrentados en un contexto; y como tal *técnica* ha venido siendo utilizada por el Tribunal Supremo norteamericano —dentro del ámbito que a nosotros nos importa—, con preferencia en los casos de los *non-speech restrictions* (vid. *supra*), esto es, para valorar aquellas normas que no limitan directamente la libertad de expresión, porque no la contemplan en su redacción ni en su finalidad, pero que sí la limitan indirectamente. Son las denominadas disposiciones reguladoras del tiempo, lugar y forma, aprobadas para servir a un interés sustancial de los poderes públi-

(41) T. Alexander ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, «The Yale Law Journal», 96 (1987): 960-961.

cos, pero que son «neutras» en su contenido en lo que se refiere a la libertad de expresión. Un ejemplo es el caso *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness* (452 U.S. 640, 1981):

La Sociedad Agrícola de Minnesota, Empresa Pública, celebra anualmente una Feria en Saint Paul, donde se exponen productos, maquinaria y otros artefactos del campo o relacionados con la ganadería, minería, etc. La feria tiene lugar en un recinto propiedad del Estado, y todos cuantos quieren participar, es decir, vender, exhibir o distribuir materiales, deben hacerlo en terrenos de la feria, en lugares estipulados. El espacio se alquila de acuerdo con el orden de presentación de las peticiones, y el precio del arriendo se fija teniendo en cuenta la situación y el tamaño del kiosko. Pues bien, una de las normas reguladoras de la feria establece que «la venta o distribución de cualquier mercancía, incluso material impreso o escrito, excepto con licencia expedida por la Sociedad... será considerada una falta». En aplicación de la misma, se ha dispuesto que «todas las personas, grupos o empresas que deseen vender, exponer o distribuir materiales durante la feria estatal anual deberán hacerlo desde los lugares fijados dentro del recinto ferial», es decir, desde los kioskos o chiringuitos preparados y alquilados a esos efectos.

Por otra parte, la Sociedad Internacional *Pro Conciencia Krishna*, una entidad religiosa, demandó la inaplicabilidad de la norma arriba transcrita a la Sociedad y a sus miembros, por lesionar sus derechos amparados por la Primera Enmienda (libre ejercicio de la religión y libertad de expresión). Concretamente, arguyó que la repetida norma impedía la práctica del *Sankirtan*, o sea, de ir a los lugares públicos a distribuir o vender literatura religiosa y a pedir dinero para el sostenimiento del culto de *Krishna*.

El problema, pues, tal como se presentó ante el Tribunal Supremo, era determinar si un Estado puede, sin contravenir las Enmiendas Primera y Decimocuarta, requerir a una organización religiosa que desee vender y distribuir literatura religiosa y solicitar donaciones en una feria estatal, que lo haga —al igual que cualquier otra persona o grupo con fines lucrativos o caritativos— exclusivamente desde uno de los kioskos montados en la feria, aunque ello suponga una limitación de las prácticas expresivo-religiosas de aquella organización.

El fallo del Tribunal fue favorable al Estado y se basó en los siguientes fundamentos:

1) La Primera Enmienda no garantiza el derecho a comunicar las opiniones en todo tiempo, lugar o de cualquier manera. Las actividades de la Sociedad religiosa están sujetas, como las demás

protegidas por la Primera Enmienda, a las restricciones derivadas de lo razonable del tiempo, lugar y forma en que se desenvuelvan.

2) Esas restricciones son constitucionalmente admisibles siempre y cuando: *a)* estén justificadas en cuanto que persigan prevenir un daño que no guarda relación alguna con el contenido de una comunicación; *b)* sirvan a un interés relevante o significativo del gobierno; y *c)* al tiempo, dejen abiertas vías alternativas para la transmisión de la información.

3) ¿Cumplen aquellas restricciones esos requisitos? Por lo que respecta al primero de ellos, hay que responder afirmativamente en la medida en que los preceptos calificados de restrictivos son aplicables por igual a todos los que quieren distribuir y vender material impreso o recaudar fondos; a nadie se le permite hacerlo sino desde uno de los locales alquilados para tal fin. En lo que se refiere al segundo, el Tribunal estima suficiente la alegación del Estado sobre la necesidad de ordenar la afluencia y el trasiego de la cantidad de gente (entre expositores y visitantes) que se mueve dentro del recinto ferial, sin que, por otro lado, pueda servirse a aquel interés con medios menos «intrusivos». En fin, el tercero tampoco pone en cuestión la constitucionalidad de la norma en cuanto que la Sociedad religiosa podía alquilar uno de los kioskos, pidiéndolo y pagándolo en idénticas condiciones que cualquier otra persona física o jurídica, para realizar su labor de proselitismo y/o llegar a la misma audiencia llevando el mismo mensaje en las inmediaciones, pero fuera, de la zona ferial.

Como puede deducirse de la lectura del caso *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc.*, la operación de ponderar hasta dónde llega la limitación de la actividad comunicativa y los intereses opuestos en los que se basa aquélla, está alejada de toda consideración sobre la importancia de la libertad de expresión en el seno de un sistema democrático-constitucional. Constituye una actividad neutra que no tiene por qué guardar relación con principio o valor constitucional alguno. «La libertad de expresión en el sentido constitucional desaparece. Se establecen límites —límites dictados por la conveniencia, la opinión política, los prejuicios o cualquier otro *desideratum* de la actividad legislativa» (42).

El problema es más grave de lo que parece porque la técnica del test ponderativo se ha llegado a aplicar *incluso* en los supuestos de las *anti-speech restrictions*, es decir, de las normas que chocan

(42) Así se manifestaba el juez William O. DOUGLAS, al formular su opinión disidente en el caso *Beauharnais v. Illinois* (343 U.S. 285, 1952).

frontalmente con la libertad de expresión. Un caso ejemplar, quizá, por lo preciso y definitivo de los términos empleados para definir la mencionada práctica de la ponderación es el de *Barenblatt v. United States* (360 U.S. 109, 1959). Se trataba, en resumen, de juzgar la posible inconstitucionalidad de una condena de un Profesor de Psicología que se había negado a responder preguntas formuladas por un subcomité del Comité sobre Actividades Antiamericanas de la Cámara de Representantes en torno a su afiliación pasada o presente al Partido Comunista. El juez John M. HARLAN manifestó la opinión del Tribunal y confirmó la sentencia del tribunal de apelación del Distrito de Columbia, utilizando a tal efecto el *balancing test*:

«Dondequiera que se esgriman los derechos de la Primera Enmienda para impedir ser interrogado por el gobierno, se plantea un problema cuya resolución implica siempre una ponderación por los tribunales de los intereses privado y público en juego, que compiten en las circunstancias mostradas.»

En realidad, HARLAN no hacía sino ratificar lo que ya constituía un hábito del Tribunal Supremo, iniciado con el caso *American Communications Association v. Douds* (339 U.S. 382, 1950) y reiterado en *Dennis v. United States* (341 U.S. 494, 1951). Hábito adquirido, eso sí, a pesar de las críticas de los jueces Hugo L. BLACK y William O. DOUGLAS expresadas en sus opiniones discrepantes, de las que interesa reflejar alguna muestra. Así, en el caso *Barenblatt*, BLACK puntualizaba sus distancias con el *test* ponderativo con estas palabras:

«No estoy de acuerdo con que las leyes que limiten directamente las libertades de la Primera Enmienda puedan justificarse mediante un procedimiento de ponderación llevado a cabo por el Congreso o los jueces... Aplicar el *balancing test* en esas circunstancias es leer la Primera Enmienda como si dijera "El Congreso no aprobará ley alguna que limite la libertad de expresión, prensa, reunión, petición, a no ser que el Congreso y el Tribunal Supremo lleguen a la conclusión de que, una vez sopesados, el interés del Gobierno en suprimir esas libertades sea mayor que el interés del pueblo en ejercerlas"... Pero incluso asumiendo, que no es mi caso, que en este supuesto sea adecuado el ponderar de alguna forma, pienso que el Tribunal después de exponer el

test, lo ignora... Como máximo, pondera el derecho del Gobierno a la autoconservación, frente al derecho de Barenblatt de abstenerse de revelar si está afiliado al partido comunista. Tal ponderación, sin embargo, confunde los factores ponderables. En primer lugar, omite el interés real en el silencio de Barenblatt; omite el interés del pueblo como un todo en pertenecer a organizaciones, defender causas y cometer "faltas" políticas sin verse después sometido a castigos gubernamentales por haberse atrevido a pensar por sí mismo... Son estos intereses de la sociedad, más que el derecho de Barenblatt a guardar silencio, los que deberían tenerse en cuenta frente a las demandas del gobierno, si es que hay que tolerar cualquier ponderación. Pero ni se mencionan, mientras que de otro lado, sí se recogen, y extensamente, las peticiones del Gobierno y se les denomina "autoconservación"..."»

Y, con todo, el uso del *balancing test* se ha generalizado, ha pasado a formar parte de la terminología jurídica moderna, se incluye en los diccionarios jurídicos (43) y es aplicado por el Tribunal Supremo como método de resolución de los conflictos que se le plantean en otras áreas del Derecho Constitucional.

El Profesor NIMMER señaló en su día tres razones en favor de que la protección constitucional, al menos en el campo de la libertad de expresión, no se fundamentara en el test ponderativo, o *ad hoc balancing*. «La primera es que por hipótesis significa que no existe regla aplicable, sino intereses que hay que sopesar. En previsión de lo que pueda decidir en la última instancia el tribunal, la persona que va a ejercer su derecho a expresarse carece de referencia para calcular si se atribuirá mayor peso a su interés que al interés contrapuesto... La segunda objeción al test... es que la abrumadora mayoría de casos importantes sobre la libertad de expresión en los que se ha recurrido a dicho test, la balanza se ha inclinado del lado contrario a la libertad de expresión... [y] ...la tercera también está relacionada con los resultados. Al sopesar los intereses concretos implicados en una situación determinada, el tribunal debe ponderar el interés en expresarse frente a la fuerza coactiva de una decisión legislativa específica como la que ha sido configurada en la norma que se ha infringido... [lo que se traduce en que] ...probablemente el

(43) Véase, como muestra, el *Black's Law Dictionary*, 6.ª ed. (St. Paul: West Publishing Co., 1990), 143.

tribunal se rija por el juicio del legislador a la hora de ponderar intereses» (44). No en vano, habría que añadir, los tribunales, siquiera tácitamente, presumen la constitucionalidad de las normas emanadas del poder legislativo, que, al fin y a la postre, es el que ha ponderado *ya antes* los posibles intereses en juego y que, además, es el poder democráticamente elegido.

Los argumentos contra el *balancing test* no acaban ahí; basta pensar en los de índole interna: cómo identificar y evaluar los intereses, cómo compararlos, de qué intereses hablamos, etc. Con todo, si se me permite el juego de palabras, el de más «peso» es el de sus consecuencias nocivas para la «posición preferente» de la libertad de expresión.

El origen de la doctrina de la *posición preferente* de los derechos reconocidos en la Primera Enmienda suele remontarse a 1938; fecha en la que el juez del Tribunal Supremo H. F. Stone apuntó la posible reducción del alcance de la presunción de constitucionalidad, cuando la legislación incurra a primera vista en una de las prohibiciones de la Constitución, tales como las contenidas en las diez primeras Enmiendas (45). Confirmando esa tendencia, se llegaba a afirmar en *Schneider v. State of New Jersey* (308 U.S. 147, 1939): «Este Tribunal ha caracterizado la libertad de expresión y la de prensa como derechos y libertades personales fundamentales. La frase... no fue usada a la ligera... Refleja la importancia de impedir la restricción del gozo de esas libertades.» En fin, la doctrina era expresamente admitida por vez primera en 1942 en el caso *Jones v. the City of Opelika* (316 U.S. 584, 1942), si bien de manera minoritaria por la opinión discrepante de Harlan Fiske STONE: «La Primera Enmienda no se limita a salvaguardar la libertad de expresión y la libertad de religión frente a los intentos de suprimirlas discriminadamente. Por el contrario, la Constitución, en virtud de sus Enmiendas Primera y Decimocuarta, las ha situado en una posición preferente. Sus mandatos no se circunscriben a los supuestos de infracción del privilegio protegido. Se extienden al menos a cada forma de establecer im-

(44) Melville M. NIMMER, *op. cit.*, 2.02, 2-11. NIMMER, no obstante su crítica del *balancing test*, es un defensor de lo que él llama *definitional balancing*, o ponderación destinada a determinar no «cuál de los litigantes debe prevalecer en un caso concreto, sino la naturaleza y alcance de la libertad garantizada a la expresión bajo la Primera Enmienda» (*ibid.*, 2.03, 2-15). El *definitional balancing* equivale al establecimiento de una norma de general aplicación para casos futuros sin necesidad de sopesar de nuevo los intereses en pugna: por ejemplo, la regla establecida en el caso *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 255, 1964), según la cual no se considera injurioso el hecho de difamar a una persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a no ser que medie dolo o negligencia absoluta sobre si lo que se dijo de aquélla era o no falso.

(45) *United States v. Carolene Products Co.* (304 U.S. 144, nota núm. 4 a pie de página, 1938).

puestos que, por constituir una condición del ejercicio del privilegio, sea susceptible de ser utilizada para controlarlo o suprimirlo.»

Más tarde, nuevas sentencias del Tribunal Supremo ratificaron ese lugar preponderante de los derechos de la Primera Enmienda. Así, en *Murdock v. Pennsylvania* (319 U.S. 105, 1943), *Thomas v. Collins* (323 U.S. 516, 1945), *Marsh v. Alabama* (326 U.S. 501, 1946), *Saia v. People of State of New York* (334 U.S. 558, 1948), *Beauharnais v. Illinois* (opinión disidente de W. O. Douglas; 343 U.S. 250, 1952) y, empleando palabras análogas, por ejemplo en *Speiser v. Randall* (357 U.S. 513, 1958).

Las referencias expresas a la posición preferente de la libertad de expresión han desaparecido prácticamente de la letra de las decisiones del Tribunal Supremo en las tres últimas décadas debido, en parte, como se indicó, al éxito del enfoque ponderativo y debido, también, a que no son imprescindibles cuando se reconoce por otros medios la relevancia capital de la libertad en cuestión. Relevancia que, de estar de acuerdo con Robert B. McKay, es admitida incluso por los defensores del *balancing test*, para quienes el asunto debatible sería el grado de preferencia que debe concedérsele. Toda la polémica entre esa escuela y la de los calificados de «absolutistas» sería en cierto modo falsa porque habría surgido de una mutua interpretación errónea o, por lo menos, sesgada, de las respectivas visiones. «Los seguidores de la denominada teoría de la posición preferente [o absolutistas] han creído equivocadamente que el argumento opuesto niega sin más la especial significación de la Primera Enmienda, siendo así que todos admiten una nota de prioridad —*firstness*— respecto a la Primera Enmienda que es más que numérica. De forma semejante, aquellos que profesan rechazar la doctrina de posición preferente no llegan a captar adecuadamente los límites a las pretensiones de sus preconizadores. Se trata de ese obstáculo tan conocido que estriba en formular la pregunta errónea para asegurarse una respuesta equivocada» (46).

A mi juicio, existe un fondo de verdad en la opinión expuesta: todos han hecho hincapié en lo que les separaba en lugar de procurar analizar mínimamente lo que compartían; de ahí el alejamiento de posturas y el olvido, en el calor de la disputa, del patrimonio común. Pues es lo cierto que la naturaleza de eje central de la Primera Enmienda en el seno del sistema constitucional norteamericano se hace perceptible con frecuencia a través de la aplicación en la resolución judicial de las contiendas, no ya sólo de los *tests*

(46) Robert B. MCKAY, *The Preference for Freedom*, «New York University Law Review», 34 (1959): 1182.

recogidos al principio de esta exposición, sino de diversas reglas y procedimientos que revelan sin necesidad de mencionarla la posición privilegiada de las libertades de expresión y de prensa. En el mismo sentido, cabe añadir que: «Si bien el lenguaje de la posición preferente no se usa mucho en la actualidad, los valores y la orientación política encarnados en ese enfoque persisten. Hoy, tribunales y comentaristas hablan de un “principio de libertad de expresión”. El principio se formula de maneras diferentes, pero, en general, dispone que cuando quiera que se produzca una merma, o se imponga una carga sobre el ejercicio, de la libertad de expresión, se exige del gobierno algo más que la mera invocación de racionalidad; se deben usar formas más estrictas de escrutinio judicial. Por ejemplo, si una norma regula la expresión en un lugar público, amparada por la Primera Enmienda, partiendo de la base del contenido de la expresión, los tribunales tienen que realizar un examen estricto —el gobierno (habría que leer: el poder público) debe demostrar que la norma es necesaria para satisfacer un interés gubernamental urgente o perentorio—. Si el gobierno (o el poder público de que se trate) se propone regular indirectamente la expresión en los lugares públicos (es decir, mediante disposiciones de las denominadas de contenido neutro), la norma en cuestión debe redactarse de manera ajustada a la promoción de intereses gubernamentales significativos o sustanciales, y debe haber disponibles otros medios de comunicación. Cuando se limitan las libertades previstas en la Primera Enmienda, la norma debe formularse con claridad especial y precisión. [En fin] deben cumplimentarse requisitos procedimentales concretos en los supuestos de establecimiento de restricciones previas a la expresión protegida, amén de demostrar sobradamente su justicia, racionalidad o necesidad» (47).

Todo ese arsenal de dispositivos, destinado a aleccionar a los poderes públicos en su actitud ante la libertad de expresión, demuestra en verdad el valor de la misma en el sistema jurídico político y el compromiso de la judicatura en el mantenimiento del libre intercambio de ideas y comunicación. Pero es revelador, desde otra perspectiva, el hecho de que en numerosas ocasiones los intereses del gobierno chocan, y no excepcionalmente, con la libre expresión; y ello sin mencionar aquellos contextos donde el principio de la libertad de expresión tiene suspendida su vigencia en aras de lo que se consideran intereses superiores —por ejemplo, en el ámbito castrense—. Quiebran aquí las presunciones favorables a la libertad, la

(47) C. Thomas DIENES, *When the First Amendment is not Preferred: The Military and Other «Special Contexts»*, «University of Cincinnati Law Review», 50 (1988): 780-782.

interpretación restrictiva de las normas «odiosas» y la protección constitucional.

El examen de toda la panoplia de instrumentos creados para mantener la posición predominante de la libertad de expresión, de su operatividad real, de su incremento o desuso y, por otro lado, de los círculos sociales y políticos excluidos de la libre circulación de ideas y opiniones, y de su incremento o reducción, es muy útil para determinar si realmente la libertad de expresión ocupa un lugar destacado en la pirámide de principios constitucionales, qué relación guarda con otros fines o intereses nacionales y a qué valores específicos sirve.

