

LA GESTACIÓN DE LA PRIMERA ENMIENDA: “*FOUNDING PERIOD*” Y “*ORIGINAL MEANING*”

María Nieves Saldaña

*«Liberty of speech and of discussion in all speculative matters, consists in the absolute and uncontrollable right of speaking, writing, and publishing our opinions concerning any subject, whether religious, philosophical, or political; and of inquiring into and examining the nature of truth whether moral or physical; the expediency or in expediency of all public measures, with their tendency and probable effect; the conduct of public man, and generally every other subject, without restraining it except as to the injury of any other individual, in his person, property or good name».*¹

- I. El significado originario de la Primera Enmienda: una perdurable controversia constitucional
- II. La positivación de la libertad de expresión en el ámbito estatal
- III. La gestación de la Primera Enmienda: el *Bill of Rights* en la Constitución federal
- IV. La Primera Enmienda y su significado originario: padres fundadores y “*original meaning*”
- V. La Primera Enmienda en la legislación federal: Jefferson y la *Sedition Act* de 1798
- VI. La Primera Enmienda en la doctrina constitucional contemporánea: los *Blackstone's commentaries* de St. George Tucker
- VII. Consideraciones finales

Resumen:

El reconocimiento de las libertades de expresión y de prensa en las Declaraciones de Derechos y Constituciones estatales así como en la Constitución norteamericana refleja la presencia de una serie de fuentes ideológicas que se habían gestando en el período colonial, caracterizaron al proceso revolucionario y que contribuyeron a la extinción del libelo sedicioso del Common Law tras la aprobación de la Primera Enmienda, constituyendo la génesis del histórico proceso que contribuiría a otorgarle significado.

¹ TUCKER, St. George, *Blackstone's Commentaries. With Notes of Reference to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the United States, and of the Commonwealth of Virginia. In Five Volumes, with an Appendix to Each volume, Containing Short Tracts upon Such Subjects As Appeared Necessary to Form a Connected View of the Laws of Virginia As a Member of the Federal Union*, William Young Birch and Abraham Small, Philadelphia, 1803, edición reimpresa con introducción crítica de Paul Finkelman y David Cobin, Lawbook Exchange, N. J., 1996, vol. II, pág. 11.

Abstract:

The acknowledgement of the freedom of speech and press in the Bill of Rights and states' Constitutions as well as in the American Constitution shows the presence of a strain of ideological fonts that had been originated in the colonial period, characterized the revolutionary process and that contributed to the vanishing of the English common law of seditious libel after the enactment of the First Amendment, representing the beginning of the historical process that would contribute to give his meaning.

Palabras clave:

Derecho constitucional norteamericano, Libertad de expresión, Libertad de prensa, Primera Enmienda, Significado Originario.

Keywords:

American Constitutional Law, Freedom of speech, Freedom of the press, First Amendment, Original meaning

I. EL SIGNIFICADO ORIGINARIO DE LA PRIMERA ENMIENDA: UNA PERDURABLE CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

1. La Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, aprobada, tras la ratificación por los estados miembros de la Unión, el 15 de diciembre de 1791 representa, como es sabido, la primera constitucionalización en sentido moderno de la libertad de expresión. Sin embargo, el significado originario, el llamado "*original meaning*" que los padres fundadores otorgaron a la cláusula de libertad de expresión que proclama la Primera Enmienda sigue siendo todavía hoy una cuestión muy debatida, aunque el juez Louis Brandeis no dudase en atribuírselo en *Whitney v. California*, «Aquellos que alcanzaron nuestra independencia creyeron que el último fin del estado era hacer hombres libre que pudieran desarrollar sus facultades... Creyeron que la libertad de pensar y de hablar como se quiera eran medios indispensables para el descubrimiento y el despliegue de la verdad política... Creyendo en el poder de la razón aplicado a la discusión pública de los asuntos, renunciaron al silencio forzado por la ley. Reconociendo las tiranías temporales de las mayorías gobernantes, enmendaron la Constitución de tal manera que la libertad de expresión y de reunión debían ser garantizadas».²
2. Sin embargo, aunque la opinión concurrente del Juez Brandeis señala el compromiso liberal de tolerancia compartido por aquellos que participaron en la elaboración de la Constitución y de sus Enmiendas, no refleja una concepción comúnmente compartida sobre el significado originario de la Primera Enmienda. En efecto, si Brandeis atribuye gran significado al propósito de los *Founding Fathers* al redactar la Primera

² 274 U.S. 357, 375-376, (1927), (Brandeis, J., concurring).

Enmienda, Robert Bork, en sentido contrario, sostiene que los *Framers* parecen no haber tenido una teoría coherente sobre la libertad de expresión y parecen no haber estado demasiado preocupados con el tema. La Primera Enmienda —afirma Bork— al igual que el resto del *Bill of Rights*, parece haber sido un documento diseñado precipitadamente al que se dedicó escasa meditación.³

3. Sin duda, las diferentes posiciones doctrinales reflejan la dificultad que ha supuesto determinar qué tenían en mente los redactores de la Primera Enmienda cuando reconocieron la libertad de expresión y de prensa, esto es, el llamado “*original meaning*”, o lo que un sector de la doctrina norteamericana hace referencia también como “*natural meaning*”.⁴ De ahí que el análisis del significado originario de los términos empleados o del propósito de los redactores de la Primera Enmienda haya llegado a ser una de las áreas de la teoría constitucional norteamericana más exhaustivamente estudiada y más fuertemente discutida.⁵ Así, aunque la redacción literal del texto postula que la libertad de expresión y de prensa “no serán restringidas”, sin embargo, qué contenido constitucional se atribuye a esas libertades y qué debe entenderse por el término restringir (*abridge*), son cuestiones que se han intentado resolver jurisprudencial y doctrinalmente en la andadura constitucional de la Primera Enmienda.⁶
4. Realmente, el análisis del proceso de positivación de las libertades de expresión y de prensa en las Declaraciones y Constitucionales estatales así como en la propia Constitución federal refleja la presencia de una serie de fuentes ideológicas que —como ya apuntamos en otro estudio— se habían gestando desde el período colonial, caracterizaron al proceso revolucionario y que contribuirían a su consagración constitucional, entre las que destacan el desarrollo de la tolerancia religiosa en el período colonial, la abolición del sistema de censura previa, la recepción de la tradición republicana que representaron las

³ BORK, Robert H., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *Indiana Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1977, págs. 1-35, especialmente, pág. 22.

⁴ Así, para Stanley C. Brubaker, es preferible sustituir la expresión “*original intent*” por “*natural meaning*”, porque “*original intent*” propiamente comprendido supone la determinación de la naturaleza del aspecto objeto de estudio a la luz de nuestra experiencia colectiva, Cfr. BRUBAKER, Stanley, “Original Intent and Freedom of Speech and Press” en *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, Eugene W. Hickok, Jr. (ed.), University Press of Virginia, Charlottesville, 1991, pág. 91. Del mismo modo, defiende Walter Berns que Madison no basaba su interpretación de la libertad de expresión en la específica intención de los redactores sino en su mejor comprensión o entendimiento del adecuado significado de la libertad de expresión en una República democrática, Cfr. en *The First Amendment and the Future of American Democracy*, Basic Books, New York, 1976, pág. 119.

⁵ Vid. BREST, W., “*The Misconceived Quest for the Original Understanding*”, *Boston University Law Review*, vol. 60, 1980, pág. 204; DWORKIN, Ronald, “The Forum of Principle”, *New Yale University Law Review*, núm. 56, 1981, pág. 20; MOORE, Michael, “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, núm. 58, 1985, págs. 277 y ss., especialmente pág. 279.

⁶ Para una análisis de la evolución del significado de la Primera Enmienda, vid. YASSKY, David, “Eras of the First Amendment”, *Columbia Law Review*, vol. 91, núm. 7, 1991, págs. 16-99.

Cato's Letters y el caso *Zenger*, así como el florecimiento de las teorías iuscontractualistas en la ideología revolucionaria norteamericana que, sin duda, contribuyeron a la superación del libelo sedicioso vigente en el *Common Law* y a la emergencia de una línea de pensamiento que cristalizaría en las Declaraciones de Derechos del período revolucionario y que alcanzaría rango constitucional en la Primera Enmienda.⁷

5. Sin embargo, la gestación de la Primera Enmienda también revela la tensión entre el poder federal y el de los estados miembros y la naturaleza limitada del gobierno nacional en un Estado federal, como refleja el debate sobre la ausencia de una Declaración de Derechos en la Constitución de 1787, y la exigencia de su incorporación en el proceso de ratificación estatal. Asunto que asimismo estuvo presente en la aprobación y aplicación de la *Sedition Act* de 1798, frente a la que reaccionaría Thomas Jefferson. Cuestiones paradigmáticamente analizadas por St. George Tucker, el primer jurista norteamericano que ofreció una interpretación sistemática de los Comentarios de Blackstone de acuerdo con la Constitución federal norteamericana, constituyendo un importante testimonio para la comprensión del significado de la Constitución y del *Bill of Rights* en el momento en que fueron adoptados, y, por tanto, de las libertades de expresión y de prensa garantizadas en la Primera Enmienda.⁸

II. LA POSITIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO ESTATAL

6. De todos es sabido que el proceso de positivación, en el sentido moderno, de los derechos y libertades se inicia a finales del siglo XVIII con las Declaraciones de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.⁹ Mucho se ha discutido sobre el origen de estas Declaraciones así como de las posibles influencias ejercidas entre ambas,¹⁰ aunque, sin duda, respondieron a un

⁷ Vid. SALDAÑA DÍAZ, M. N., ««A Legacy of Suppression» (II): Del Control de la información y opinión en la América colonial y prerrevolucionaria. La emergencia de la libertad de prensa», en *Derecho y Conocimiento. Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y del Conocimiento*, vol. 3, 2004-2005, que puede consultarse en http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC03/DYC003_B03.pdf

⁸ Vid. KURLAND, Philip B. y LERNER, Ralph (eds.), *The Founder's Constitution*, 5 vols., University of Chicago Press, Chicago, 1987, vol. 5, págs. 152-158, 207, 212, 218, 238 y 404.

⁹ Los textos de ambas Declaraciones se reproducen en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *et al.* (eds.), *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987, págs. 101-105 para la Declaración de Virginia, y págs. 113-115 para la Declaración Francesa.

¹⁰ Por todos conocido, a principios del siglo XX hubo una intensa polémica sobre tal influjo, protagonizada por George Jellinek y Emile Boutmy, dirigida fundamentalmente a determinar el origen de la Declaración de Derechos francesa, para un análisis de los aspectos más importantes de esta polémica, vid. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J. (ed.), *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editorial Nacional, Madrid, 1984, págs. 7-55; vid., también, ROBLES MORCHÓN, G., *Epistemología y Derecho*, Pirámide, Madrid, 1982, págs. 219 y ss.; también de ROBLES MORCHÓN, "El origen histórico de los derechos

denominador común, fueron plasmación definitiva del iusnaturalismo racionalista.¹¹ En efecto, en la Declaración virginiana se aprecia la concurrencia de dos elementos que constituyeron principio de legitimación del orden constitucional norteamericano instaurado tras el proceso revolucionario: la existencia de unos derechos naturales previos a toda ordenación política y la figura del pacto social como acto fundacional de la sociedad política.¹² Realmente, el predominio de la teoría del pacto social en el pensamiento norteamericano refleja una concepción de la libertad y contribuye a la creencia en Declaraciones de Derechos escritas, porque la teoría del contrato social hipotetiza la existencia de un estado de naturaleza pre-político en el cual los hombres están gobernados solamente por la ley de la naturaleza, libres de restricciones políticas, disfrutando desde el nacimiento de una serie de derechos naturales, derechos que, como el célebre abogado John Dickinson declaró en 1766, nacen con nosotros, existen con nosotros, y no pueden ser sustraídos por ningún poder humano sin renunciar a la propia vida.¹³

7. Sin embargo, la conceptualización de los derechos naturales presupone la existencia de éstos sin necesidad de su reconocimiento formal, de su plasmación en un documento escrito, de ahí que las teorías iusnaturalistas no hubieran permitido, por sí solas, la aparición de las Declaraciones de Derechos escritas. Y es que junto a la concepción iusnaturalista de los derechos se había gestado en el continente norteamericano una nueva concepción del poder político basada en la idea del convenio o pacto como acto fundador de la sociedad, así el Preámbulo de las *Fundamental Orders of Connecticut* (14 de enero de 1639) proclamaba que sus habitantes se asociaban para formar un Estado, una República, declarando que habían formado un pacto mutuo de reunión y de confederación para la preservación de la libertad.¹⁴

humanos: Comentario de una polémica”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, núm. 57, Madrid, 1979.

¹¹ En este sentido, *vid.* CASSIRER, E., *La Filosofía de la Ilustración*, traducción de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 3ª edición, 1984, pág. 277. Igualmente, la influencia de las teorías iusnaturalistas en las colonias ha sido señalada por HUDON, Edward G., *Freedom of Speech and Press in America*, Public Affairs Press, Washington, 1963, págs. 22-36.

¹² *Vid.* APARISI MIRALLES, Ángela, “La Declaración de Independencia Americana de 1776 y los Derechos del hombre”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 70, octubre-diciembre, 1990, pág. 212; también de APARISI MIRALLES, “Los Derechos Humanos en la Declaración de Independencia Americana de 1776”, en BALLESTEROS, Jesús (ed.), *Derechos Humanos: Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 228.

¹³ «... [rights] are created in us by the decrees of Providence, which establish the laws of our nature. They are born with us; exist with us; and cannot be taken from us by any human power without taking our lives. In short, they are founded on the immutable maxims of reason and justice», DICKINSON, John, *An Address to the Committee of Correspondence in Barbados...* Philadelphia, 1766, recogido por BAILYN, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1967, pág. 77.

¹⁴ «doe therefore associate and conioyne our selues to be as one Publike State or Comonwelth; and doe, for our selues and our Successors and such as shall be adioyned to vs

8. Asimismo, la teoría del contrato social como fundamento de la organización política se encuentra igualmente en una relación de subordinación con la idea de los derechos innatos e inalienables, porque aunque el autogobierno es un elemento previo que posibilita el convenio como acto fundador de la sociedad, a su vez, el gobierno instaurado debe garantizar el sistema previo de derechos, y para asegurarlos se establecen limitaciones al poder, incluso al legislativo, y es esta necesidad de asegurar la limitación del poder, donde se va gestando la idea de redactar una Declaración de Derechos. De ahí que el pueblo norteamericano aceptase la idea según la cual el gobierno existe por el consentimiento de los gobernados, que el pueblo estatuye el gobierno, y que para establecerlo lleva a cabo un contrato que preserva los derechos naturales de quienes lo rubrican, constituyendo documento fundacional al que el poder está subordinado.¹⁵ Y así, las diversas colonias que se estaban organizando como estados procedieron a elaborar Declaraciones de Derechos que incorporaron a sus respectivas Constituciones, reconduciéndose al papel, al medio escrito, los llamados derechos naturales que hasta ese momento se habían situado en el plano de la apositividad.¹⁶
9. Realmente, en el conjunto de los textos normativos que fueron adoptados en el período colonial se encuentran escasas referencias expresas a la libertad de expresión o de prensa. Así, uno de los documentos coloniales más relevantes, el primer documento americano que reconoce derechos y libertades individuales, el llamado *Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts* (10 de diciembre de 1641), que representa el primer intento norteamericano de poner en práctica la noción básica según la cual los derechos y libertades deben ser recogidos en un instrumento escrito adoptado por los representantes del pueblo y que proclamaba la mayoría de los derechos y libertades que se protegerían más tarde en las futuras Declaraciones de Derechos, no

att any tyme hereafter, enter into Combination and Confederation together, to mauntayne and prsearue the liberty...», el texto es reproducido en PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, general supervisión de John Cooper, American Bar Foundation, Chicago, 1978, págs. 120-124, especialmente pág. 120. Este origen pactista de los primeros asentamientos ingleses en las colonias americanas se conecta también con la concepción puritana del surgimiento de la congregación religiosa a través del pacto o *convenant*, *vid.* MORISON, S. E., *The Oxford History of the American People*, Oxford University Press, London, New York, 1965, págs. 61-62.

¹⁵ Cfr. LEVY, Leonard W., *Constitutional Opinions: Aspects of the Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1986, pág. 126.

¹⁶ Para una recopilación de Cartas de Derechos y de Constituciones de los estados americanos, *vid.* PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, *op. cit.*, *passim*; SCHWARTZ, Bernard (ed.), *The Bill of Rights: A Documentary History*, 2 vols., Chelsea House Publishers and Mcgraw Hill Book Company, New York, 1971; y también, la clásica recopilación editada por THORPE, Francis N. (ed.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws*, 7 vols., Government Printing Office, Washington, 1909.

contiene referencia alguna a la libertad de expresión o de prensa, ni siquiera a la libertad de debate en sede parlamentaria.¹⁷

10. Igualmente, se aprecian escasas alusiones al derecho objeto de análisis en los restantes documentos coloniales, destacando la Sección XXXVI de las *Concesiones y Acuerdos de West New Yersey* (13 de marzo de 1677), que estatuyó, «Que en toda asamblea libre y general cada miembro tiene libertad para expresarse; que ningún hombre debe ser interrumpido mientras habla; que todas las cuestiones, antes de ser enmendadas, serán sometidas a una libre deliberación; que las cuestiones serán planteadas por el presidente a los miembros, para que sean elaboradas y votadas en un régimen de pluralidad; que cada miembro tiene también derecho a formular su protesta, y explicar las razones que la justifican...». Reconociéndose igualmente en la Sección XXXVIII, «Que toda persona o personas podrán, en el transcurso de la sesión en la Asamblea libre y general de la provincia, pronunciar un discurso, emitir una protesta o declarar cualquier vejación peligro o queja, o para proponer, ofrecer o solicitar cualquier privilegio, beneficio o ventaja en favor de la provincia si no exceden del número de cien personas».¹⁸ Reconocimientos, que como puede observarse, están referidos a la libertad de discusión en sede parlamentaria, probablemente consecuencia de la entonces vigente regulación inglesa, que limitaba el libre debate al ámbito del privilegio parlamentario. Así, antes del período revolucionario la única mención de la libertad de opinión en las Cartas coloniales fue el reconocimiento del libre debate en las Asambleas electivas.¹⁹

11. Sin embargo, con anterioridad a la Declaración de Independencia de 1776 encontramos un documento en el que se proclama ya la manifestación de la libertad de expresión más clásica, la libertad de prensa.²⁰ Nos referimos al llamamiento que el primer Congreso Continental dirigió a los habitantes de la ciudad de Quebec el 26 de octubre de 1774 para que se unieran a las colonias, documento en el que se proclaman las bondades de la libertad de prensa,

12. «El último derecho que mencionaremos se refiere a la libertad de prensa. Su importancia consiste junto al avance de la verdad, la ciencia y la moralidad y las artes en general, en la

¹⁷ El texto es reproducido en PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., págs. 148-161; para una abreviada traducción española, vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et al. (eds.), *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., págs. 67-72.

¹⁸ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et al. (eds.), *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., pág. 83. El texto inglés es parcialmente reproducido por PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., págs. 184-188.

¹⁹ Vid. CLARKE, Mary Patterson., *Parliamentary Privilege in the American Colonies*, De Capo Press, New York, 1943, pgs. 62 y ss.

²⁰ En este sentido, vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pág. 373.

difusión de abundantes opiniones sobre la administración del gobierno, la fácil comunicación de pensamiento entre los sujetos, y la consecuente promoción de la unión entre ellos, además de la intimidación y avergonzamiento de funcionarios tiránicos, tendente a conseguir una más honorable y justa administración de los asuntos».²¹

13. Un paso hacia adelante en el proceso de positivación de la libertad de expresión y de prensa se alcanzaría, sin lugar a dudas, tras el proceso revolucionario de las colonias inglesas que cristalizaría en el logro de su independencia. Proceso de positivación inaugurado por la célebre Declaración de Virginia, reflejándose en su redacción las doctrinas iuscontractualistas que imperaban en la teoría norteamericana, proclamándose en su Artículo I, «Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos Derechos que les son inherentes y de los que no pueden privarse ni desposeer a su posteridad por ningún pacto, cuando entran en el estado de sociedad...».²² Su importancia en el proceso revolucionario americano es tal que puede afirmarse que constituye el primer moderno *Bill of Rights*, aunque, en torno al valor de la Declaración de Virginia se aprecian algunas posturas divergentes, como la que enfrenta a Leonard W. Levy y Bernard Schwartz. Así, mientras que para Levy la Declaración sólo presenta una versión mermada del *Common Law*,²³ para Schwartz, la crítica de Levy no es acertada, ya que, aunque reconoce que la Declaración de Virginia es errática y que omite derechos que hoy son considerados básicos, entre otros, la libertad de expresión, Schwartz argumenta a su favor que su redactor, George Mason, estaba trabajando urgentemente para establecer el primer documento constitucional de derechos individuales, siendo mucho más completa que los precedentes ingleses o británicos al reconocer derechos no protegidos por ningún otro documento previo, presentando el único defecto de ser escrita en términos de reconocimiento o consejo y no en términos de mandato legal, así la mayoría de sus previsiones establecen los derechos protegidos para luego postular que no deben ser restringidos, “*ought not*”, en lugar de postular que no serán restringidos, “*shall not*”, que en términos legales impone un mandato constitucional ineludible,²⁴ proclamándose en su Sección XII una de las expresiones más célebres

²¹ En la versión inglesa puede leerse, «*The last right we shall mention regards the freedom of the press. The importance of this consists, besides the advancement of truth, science, morality, and arts in general, in its diffusion of liberal sentiments on the administration of government, its ready communication of thoughts between subjects, and its consequential promotion of union among them, whereby oppressive officers are shamed or intimidated, into more honourable and just modes of conducting affairs*», vid. PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., pág. 285.

²² Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et al. (eds.), *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., págs. 101-102.

²³ Cfr. LEVY, Leonard W., *Origins of the Fifth Amendment: The Self-Incrimination Clause*, Oxford University Press, New York, 1968, págs. 405-407.

²⁴ Cfr. SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1977, págs. 71 y 91.

sobre la libertad de prensa, «Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos».²⁵

14. Proclamación que constituyó modelo a seguir para aquellos estados que, siguiendo el ejemplo de Virginia, aprobaron Constituciones que incluían específicos *Bill of Rights*. Así, la Declaración de Derechos incorporada a la Constitución de Pennsylvania (16 de agosto de 1776) novedosamente proclamaba en su Sección XII junto a la clásica garantía de la libertad de prensa la de libertad de expresión, consagrándose por primera vez en un texto constitucional ambas garantías. Y aunque se desconoce como la libertad de expresión fue añadida a la Declaración de Pennsylvania, no parece que fuese accidental porque Thomas Paine fue uno de los cuatro principales diseñadores de la Constitución del Estado,²⁶ «Que el pueblo tiene derecho a la libertad de expresión y de escribir y publicar sus sentimientos; por lo tanto la libertad de prensa no deberá ser limitada».²⁷

15. Además, el caso de Pennsylvania fue especial porque en la segunda Constitución del Estado (2 de septiembre de 1790) se añadió una segunda cláusula de libertad de prensa más omnicomprendiva, permitiendo a los editores publicar debates parlamentarios sin necesidad de autorización previa, admitiendo el criterio de la verdad y el juicio por jurados en los procesos de libelo sedicioso,

16. «Que las actas serán accesibles a cualquier persona que quiera examinar los procedimientos de las Cámaras o cualquier otra sección del gobierno; y por lo tanto ninguna ley limitará nunca este derecho. La libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los inestimables derechos del hombre: y cada ciudadano puede hablar libremente, escribir e imprimir sobre cualquier tema, siendo responsable por el abuso de esta libertad. En los procesos por la publicación de documentos que investiguen la conducta pública de funcionarios, o individuos con competencias públicas, deberá demostrarse la verdad de los mismos. Y en todos los procesos por libelo el jurado tendrá derecho a determinar la ley y los hechos bajo la dirección del tribunal, como en otros casos».²⁸

²⁵ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, et al. (eds.), *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., pág. 104. Para la versión inglesa, vid. PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., págs. 311-313, especialmente pág. 312.

²⁶ En este sentido, vid. SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, op. cit., pág. 74.

²⁷ El documento es reproducido en PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., págs. 328-331, especialmente pág. 330.

²⁸ Vid. CHAFEE, Zechariah, Jr. (ed.), *Documents on Fundamental Human Rights. The Angloamerican Tradition* 2 vols., compilación, edición y prefacio de Zechariah Chafee, Atheneum, Boston, 1952, vol. I, pág. 228; y también PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our*

17. Por su parte, la Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware (11 de septiembre de 1776), recogía la cláusula de libertad de prensa en términos muy escuetos, «Que la libertad de prensa debe ser inviolablemente preservada».²⁹ La de Maryland (3 de noviembre de 1776), consagraba a la vez la clásica garantía del privilegio parlamentario en la Sección VIII, «La libertad de expresión y de debate, o los actos en las Cámaras, no deben ser enunciados en ningún otro tribunal o juzgado», reproduciendo la concisa proclamación de Delaware en la Sección XXXVIII.³⁰ Y la Constitución de Carolina del Norte (14 de diciembre de 1776), siguió el precedente del texto de Virginia, con la única salvedad de sustituir el término puede, “can”, por debe, “ought”, que, aunque de mayor fuerza, se situaba en el contexto prescriptivo pero no obligacional, proclamando en su Sección XV, «La libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y por tanto no debe ser nunca limitada».³¹ Igualmente, la Constitución de Georgia de 1777 incorporaba en la Sección LXI la garantía del juicio por jurado, «La libertad de prensa y el juicio por jurados permanece inviolable para siempre»,³² y la Constitución de Carolina del Sur de 1778 recogía en la Sección XLIII la cláusula de libertad de prensa en términos muy pocos.³³
18. Asimismo, la Constitución de Vermont (8 de julio de 1777), notablemente inspirada en la de Pennsylvania, consagraba a la vez la garantía de la libertad de expresión y de prensa, «Que el pueblo tiene derecho a la libertad de expresar, escribir y publicar sus sentimientos; por tanto, la libertad de prensa no puede ser restringida».³⁴ Sin embargo, las Constituciones de Massachusetts (25 de octubre de 1780), y de New Hampshire (2 de junio de 1784) no reconocieron expresamente la libertad de expresión —aunque algunas ciudades, como Boston, la

Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights, op. cit., pág. 327.

²⁹ Una traducción española puede consultarse en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, et al., (ed.), *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., págs. 110-111, vid. especialmente la Sección 23 y última, pág. 111; para la versión inglesa, vid. PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., págs. 338-340, especialmente pág. 340.

³⁰ «That the liberty of the press ought to be inviolably preserved», vid. PERRY, PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., págs. 346-351, especialmente págs. 347, 350.

³¹ Vid. PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., págs. 355-557, especialmente pág. 356; vid. también, CHAFEE, Zechariah, Jr. (ed.), *Documents on Fundamental Human Rights. The Angloamerican Tradition*, op. cit., vol. I, pág. 217.

³² Vid. THORPE, Francis Newton, (ed.), *The Federal and States Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws*, op. cit., vol. 2, pág. 785.

³³ «That the liberty of the press be inviolably preserved», vid. THORPE, Francis Newton, (ed.), *The Federal and States Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws*, op. cit., vol. 6, pág. 3257.

³⁴ Vid. PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., pág. 366.

habían recomendado para garantizar un abierto debate político—,³⁵ proclamando también el texto de New Hampshire el clásico privilegio parlamentario al libre debate en la Sección XXX, «que la libertad de discusión, expresión y debate en cada cámara del Parlamento es tan esencial para los derechos del pueblo que no puede ser la base de ninguna denuncia o persecución en cualquier otro tribunal o lugar».³⁶

19. Finalmente, en el primer documento federal de relevancia, los *Artículos de Confederación y Unión Perpetua*, redactados probablemente por John Dickinson,³⁷ aprobados por el Congreso Continental el 15 de noviembre de 1777 y definitivamente ratificados por los estados el 1 de marzo de 1781, solo se proclamaba el privilegio parlamentario al libre debate en el artículo V, «La libertad de palabra y de discusión en el Congreso no dará motivo a acusaciones ni será cuestionada en ningún tribunal o lugar fuera del Congreso, y los miembros del Congreso estarán protegidos en sus personas contra arrestos y prisión, durante el tiempo que empleen en dirigirse a él, asistir a sus sesiones y regresar a ellas, excepto que cometan acto de traición, delito grave o perturbación del orden público».³⁸
20. Con todo, en ninguna de estas Declaraciones estatales se señalaba qué contenido se atribuía a la cláusula de la libertad de expresión o de prensa. Carencia que fue paradigmáticamente expresada por el mismo Alexander Hamilton en el Núm. 84 de *El Federalista* cuando se refería a la ausencia de tal garantía en la Constitución del Estado de Nueva York,
21. «A pesar de lo mucho que se ha escrito a propósito de la libertad de prensa, no puedo resistir la tentación de añadir uno o dos observaciones: en primer lugar, observo que en la Constitución de este Estado no existe una sola sílaba que se refiera a ella; en segundo, sostengo que lo que se ha dicho en los otros estados carece de todo valor. ¿Qué significa la declaración de que “la libertad de prensa gozará de una protección inviolable”? ¿Qué es la libertad de prensa? ¿Quién puede dar una definición que no deje un ancho campo a los subterfugios? Afirmo que resulta impracticable y deduzco de esto que la garantía de la referida libertad, a pesar de las

³⁵ El texto que propuso la “town meeting” de Boston proclamaba, «*The Liberty of Speech and of the press with respect to publick Men and their Conduct and publick measures, is essential to the security of freedom in the States, and shall not therefore be restrained in this Commonwealth*», vid. HANDLIN, Oscar, et al. (eds.), *The Popular Sources of Political Authority; Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*, edited with an introduction by Oscar and Mary Handlin, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1966, pág. 660.

³⁶ Vid. PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., pág. 376 para la Declaración de Massachusetts, y pág. 385 para la Declaración de New Hampshire.

³⁷ En este sentido, vid. SUTHERLAND, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, trad. de José Clementi, Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1972, pág. 184.

³⁸ *Ibidem*, pág. 187.

elocuentes declaraciones que se inserten en su favor en cualquier Constitución, depende en absoluto de la opinión pública y del espíritu del pueblo y del gobierno...».³⁹

22. Argumentos, que llevaron a Hamilton a insistir en el carácter innecesario de la positivación constitucional de la libertad de prensa,

23. «Con el objeto de probar que existe en la Constitución el poder de influir sobre la libertad de imprenta, se ha recurrido al poder de imponer contribuciones. Se afirma que las publicaciones se gravarán con derechos tan elevados que equivaldrán a una prohibición. Ignoro con qué razonamiento lógico podría sostenerse que las declaraciones locales a favor de la libertad de prensa constituirían un impedimento de orden constitucional al establecimiento de derechos sobre publicaciones por parte de las legislaturas de los estados. Indudablemente que no puede pretenderse que cualquier derecho, por reducido que sea su importe, representaría una restricción de la libertad de imprenta... Y si es posible imponer alguna clase de derechos sin violar esa libertad, resulta evidente que su monto ha de dejarse a la prudencia del legislativo, templada por la opinión pública; de lo cual se desprende en último término que las declaraciones generales referentes a la libertad de prensa no pueden proporcionarle una seguridad mayor de la que disfrutaría sin ellas. De las mismas agresiones puede ser objeto por medio de los impuestos con arreglo a las constituciones de los estados, que incluyen esas declaraciones, que bajo la vigencia de la Constitución en proyecto, que no las tiene. Tendría la misma significación exactamente declarar que el gobierno debe ser libre, que los impuestos no han de ser exagerados, etc., que declarar que la libertad de prensa no debe ser objeto de limitaciones».⁴⁰

24. Con todo, la posición de Hamilton quedaría refutada en los debates constituyentes y, especialmente, en el proceso de ratificación estatal de la propia Constitución federal, de los que resultaría la efectiva la incorporación del *Bill of Rights* a la Constitución norteamericana.

III. LA GESTACIÓN DE LA PRIMERA ENMIENDA: EL *BILL OF RIGHTS* EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

25. A pesar del avance que para el proceso de positivación de los derechos y libertades habían supuesto las Declaraciones de Derechos estatales, sin embargo, la Constitución federal no contenía un *Bill of Rights* tal

³⁹ Vid. *El Federalista*, A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, Fondo de Cultura Económica, México, 5ª reimpresión, 1994, Hamilton, LXXXXIV, págs. 368-369. Para la versión inglesa, vid. LEVY, Leonard W., *Freedom of the Press From Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1996, págs. 144-147.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 369.

como fue aprobada por la Convención Federal el 17 de septiembre de 1787.⁴¹ Ausencia que ha merecido opiniones divergentes.⁴² Así, mientras que algunas posiciones doctrinales argumentan que tal omisión fue un acto deliberado de la Convención Constitucional que procedió a redactar la Constitución,⁴³ otros sostienen que tal ausencia fue consecuencia de la finalidad básica de la Convención Constitucional reunida en Filadelfia en el verano de 1787, convocada para remediar la debilidad del gobierno federal ya que *The Articles of Confederation* habían constituido un gobierno débil, sin atribuciones para establecer tributos, regular el comercio o para aplicar sus propias leyes y tratados.⁴⁴

26. Es más, en el propio seno de la Convención Constitucional que procedió a redactar la Constitución se mantuvieron posturas encontradas. Así, entre los defensores de la inclusión en la Constitución de una Declaración de Derechos destacaba el representante del Estado de Virginia y padre fundador de la célebre Declaración de 1776, George Mason,⁴⁵ quien propuso el 12 de septiembre, a tan solo cinco días de la disolución de la Convención Constitucional, una moción a favor de introducir en el texto de la Constitución un Prefacio declarativo de los derechos y libertades, ofreciendo como modelo a seguir las Declaraciones previamente proclamadas por los estados.⁴⁶ Sin embargo,

⁴¹ Sobre el proceso constituyente en la Convención Federal, *vid.*, por todos, FARRAND, Max, *The Records of The Federal Convention of 1787*, 4 vols., Yale University Press, New Haven, 1937; también de FARRAND, *Framing of the Constitution of the United States*, Yale University Press, New Haven, 1913; y, WARREN, Charles, *Making of the Constitution*, Little, Brown & Co., Boston, 1928.

⁴² No obstante, hay determinadas cláusulas constitucionales que sí recogen algunos derechos y libertades, aunque por sí solas no puedan ser consideradas una Declaración de Derechos, entre otros, la garantía de *habeas corpus* (artículo II, sección 9.1) y la garantía de la irretroactividad de las leyes penales, la llamada prohibición de leyes *ex post facto* (artículo II, sección 9.3), de ahí que un sector doctrinal afirme la existencia de una tabla de derechos en la redacción originaria de la Constitución, entre otros, *vid.* CHAFEE, Zechariah, Jr., "How Human Rights got into the Constitution", en *Documents on Fundamental Human Rights. The Angloamerican Tradition*, *op. cit.*, vol. I, pág. 4.

⁴³ *Vid.* LEVY, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pág. 220; y también de LEVY, *Constitutional Opinions. Aspects of the Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1986, pág. 105.

⁴⁴ En este sentido, *vid.* SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, *op. cit.*, pág. 104.

⁴⁵ Para su estudio, de la extensa bibliografía, *vid.* HEYMSFELD, Carla, *George Mason, Father of the Bill of Rights*, Patriotic Education Inc., Alexandria, Va., 1991; SHUMATE, T. Daniel (ed.), *The First Amendment: The Legacy of George Mason*, George Mason University Press, Fairfax Va., 1987; DAVIDOW, Robert P., *Natural Rights and Natural Law: The Legacy of George Mason*, George Mason University Press, Fairfax Va., 1986; MILLER, Hellen Hill, *George Mason, Gentleman Revolutionary*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1975; RUTLAND, Robert A. (ed.), *The Papers of George Mason, 1725-1790*, 3 vols., University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1970; y también, ROWLAND, Kate M., *The Life of George Mason, 1725-1791*, 2 vols., G. P. Putnam's Sons, New York, 1892, especialmente, vol. 1, cap. 7.

⁴⁶ SCHWARTZ afirma que Mason obligó a los delegados de los estados a un rechazo casi absoluto al proponer el *Bill of Rights* en fecha tan cercana a la disolución de la Convención, *Cfr.* en *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, *op. cit.*, pág. 104. Aunque la tesis de Schwartz puede no tener fundamento si atendemos a las propias declaraciones de Mason, «... con la ayuda de las Declaraciones de los estados, una

la postura de Mason estaba condicionada por un intento de oponerse a la ratificación de la propia Constitución, de ahí que presentase el 13 de septiembre sus *Objections to the Constitution*, que comenzaban afirmando «*There is no Declaration of Rights*»,⁴⁷ y dado que las leyes federales eran supremas, las Declaraciones de Derechos reconocidas en los estados no eran suficientes, reflejándose así el temor a que el gobierno federal disminuyese los poderes originarios de los estados miembros de la Federación.⁴⁸

27. Temor que igualmente se refleja en la posición de los llamados antifederalistas, quienes defendieron el valor y las funciones que desempeña toda Declaración de Derechos.⁴⁹ Así, para el delegado del Estado de Virginia, el llamado Cicerón de Norteamérica,⁵⁰ Richard Henry Lee, la valía de una Declaración de Derechos se concretaba en asegurar la “educación del pueblo” al enseñar las “verdades” sobre a quien pertenecen las libertades consideradas “sagradas”.⁵¹ Y el representante del Estado de Massachusetts, James Winthrop, sostenía que uno de los valores de la Declaración era asegurar la minoría frente a la tiranía y usurpación de la mayoría, afirmando que una Declaración de Derechos era tan necesaria para defender a un individuo frente a la mayoría en una República como frente al Rey en un Monarquía.⁵² En la misma línea se pronunciaba el también representante del Estado de Massachusetts y firmante de la Declaración de Independencia, Elbridge Gerry, quien secundó la moción de incorporar a la Constitución una declaración que proclamase «que la libertad de prensa debe ser inviolablemente observada». Propuesta rechazada por la abrumadora mayoría de la Convención Constitucional tras la intervención del representante del Estado de Connecticut, Roger Sherman, cuando argumentó que tal garantía era innecesaria porque el poder del Congreso no se extendía a la prensa, y porque las Declaraciones de los estados no habían sido abolidas por la Constitución Federal y, estando vigentes, eran suficientes para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos.⁵³

28. De este modo, el 17 de septiembre de 1787 se aprobó por la Convención Constitucional el texto de la Constitución, abriéndose el

Declaración podría ser preparada en unas horas», *vid.* FARRAND, Max, *The Records of The Federal Convention*, *op. cit.*, vol. 2, págs. 587-88.

⁴⁷ *Vid.* MASON, George, *Objections to the Constitution*, en FARRAND, Max, *The Records of The Federal Convention*, *op. cit.*, vol. 2, pág. 479.

⁴⁸ *Cfr.* LEVY, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pág. 222.

⁴⁹ Para un excelente estudio, *vid.*, por todos, STORING, Herbert J. (ed.), *The Complete Anti-Federalist*, 7 vols., University of Chicago Press, Chicago, 1981.

⁵⁰ *Vid.* COMMAGER, Henry S., “La Declaración de Independencia”, en *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, Lally Weymouth (dir.), traducción de José Bellock Zimmermann, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 199.

⁵¹ *Vid.* STORING, Herbert J. (ed.), *The complete Anti-Federalist*, *op. cit.*, vol. 2, págs. 324-25.

⁵² *Ibidem*, vol. 4, pág. 111.

⁵³ *Ibidem*, pág. 588.

período de su ratificación por las distintas convenciones estatales. Proceso de ratificación que puso de manifiesto la necesaria incorporación de una Declaración de Derechos.⁵⁴ Así, las Convenciones de Massachusetts, Carolina del Sur, New Hampshire, Virginia y Nueva York acompañaron propuestas de *Bill of Rights* junto a sus instrumentos de ratificación, proponiendo la minoría de la Convención de Pennsylvania la Enmienda que proclamaba «El pueblo tiene derecho a la libertad de expresión, de escribir y de publicar sus sentimientos, por lo tanto la libertad de prensa no será restringida por ninguna ley federal».⁵⁵ Y aunque Massachusetts fue el primer Estado en adoptar oficialmente el método propuesto por la minoría de la Convención de Pennsylvania, anexionando a sus instrumentos de ratificación propuestas de Enmiendas que «eliminarían los temores y acallarían las aprensiones de muchos de los buenos ciudadanos de esta comunidad, y constituirían una garantía más efectiva contra la administración del gobierno federal», sin embargo, de los nueve artículos que integraban la propuesta, ninguno de ellos recogía la garantía de la libertad de expresión o de prensa.⁵⁶ Por su parte, el Estado de Maryland acompañaba a su instrumento de ratificación una serie de Enmiendas, proclamando la número doce, «La libertad de prensa será inviolablemente preservada».⁵⁷ Y entre las Enmiendas que se anexionaban en el instrumento de ratificación de Nueva York se podía leer «... la libertad de prensa no debe ser violada o restringida».⁵⁸

29. En fin, de los ocho estados que recomendaron introducir Enmiendas a la Constitución, sólo tres de ellos, Pennsylvania, Virginia y Carolina del Norte, recogían la garantía de la libertad de expresión, mientras que la protección a la libertad de prensa se proclamaba en las propuestas de cinco estados, Pennsylvania, Maryland, Nueva York, Virginia y Carolina del Norte, aunque, sin duda, la naturaleza garantista de los poderes y derechos reservados a los estados que refleja el Preámbulo del instrumento de ratificación de Virginia (27 de junio de 1788) no alcanza parangón, reservándose expresamente la libertad de prensa,

30. «Nos... en nombre del pueblo de Virginia, declaramos y hacemos saber que, siendo así que los poderes cedidos en virtud de la Constitución derivan del pueblo de los Estados

⁵⁴ Sobre el proceso de ratificación de la Constitución, *vid.*, por todos, JENSEN, Merrill (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, 4 vols., State Historical Society of Wisconsin, Madison, 1976; ELLIOT, Jonathan, (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution... and Other Illustrations of the Constitution*, 5 vols., 2nd ed. rev., J. B. Lippincott, Philadelphia, 1941.

⁵⁵ *Vid.* SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, *op cit.* pág. 124.

⁵⁶ El texto de las nueve Enmiendas es reproducido en SUTHERLAND, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, *op. cit.*, págs. 220-221.

⁵⁷ El texto completo de las Enmiendas se recoge en ELLIOT, Jonathan, (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution... and Other Illustrations of the Constitution*, *op. cit.*, págs. 550-552.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 413.

Unidos, pueden ser reasumidos por él cuando quiera que dichos poderes sean pervertidos, causándole agravios u opresión, y que todo poder no delegado queda en manos de los estados y a disposición de ellos; que, por lo tanto, ningún derecho, cualquiera que fuere, podrá ser anulado, cercenado, restringido o modificado por el Congreso, por el Senado o por la Cámara de Representantes, en la función que fuere, por el Presidente o por cualquier departamento o funcionario de los Estados Unidos, salvo en aquellos casos en que la Constitución los faculte expresamente; y que entre otros derechos y libertades esenciales, la libertad de conciencia y de prensa no podrá ser cancelada ni cercenada, restringida o modificada, por ninguna autoridad de los Estados Unidos».⁵⁹

31. Argumentos que elevaron las voces de los federalistas en reconocimiento de las bondades de la nueva Constitución, destacando el discurso que el 6 de octubre pronunciara James Wilson en Filadelfia. En efecto, la argumentación defendida partía de la distinción entre poderes reservados y delegados, afirmándose que todo poder que no es otorgado al gobierno federal está reservado a los estados, presupuesto que — sostenía Wilson— daría respuesta a aquellos que afirmaban que la omisión del *Bill of Rights* era un defecto de la Constitución propuesta, de ahí que el Congreso no tuviese poder para interferir en una libertad como la libertad de prensa, siendo, por consiguiente, innecesaria toda protección especial de tal derecho.⁶⁰ Argumentos paradigmáticamente expresados por Hamilton en el célebre discurso que dirigiera a la ciudad de Nueva York a favor de la ratificación de la Constitución, señalando en el núm. 84 de *El Federalista*,

32. «Se ha observado con razón varias veces que las declaraciones de derechos son originalmente pactos entre los reyes y sus súbditos, disminuciones de la prerrogativa real a favor de fueros, reservas de derechos que no se abandonan al príncipe. De esa índole es la Carta Magna, arrancada por los barones, espada en mano, al rey Juan. Y a esa clase pertenecen también las confirmaciones posteriores de esa Carta por los príncipes que siguieron, la Petición de Derechos aceptada por Carlos I al comenzar su reinado; la Declaración de derechos presentada por los Lores y Comunes al Príncipe de Orange en 1688, a la que después se dio la forma de una ley del parlamento, llamándola Ley de Derechos. Es evidente, por lo anterior, que, de acuerdo con su significado primitivo, no tienen aplicación en el caso de las constituciones, las cuales se fundan por hipótesis en el poder del pueblo y se cumplen por sus representantes y servidores de inmediato. Estrictamente hablando el pueblo no abandona nada en este caso, y como lo

⁵⁹ Vid. SUTHERLAND, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, op. cit., págs. 222-223.

⁶⁰ Cfr. FORD, Paul Leicester (ed.), *Pamphlets on the Constitution of the United States*, New York Historical Printing Club, Brooklyn, 1888, pág. 156.

retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular. “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de asegurar los beneficios de la libertad a nosotros mismos y a nuestros descendientes, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América”. Aquí tenemos un reconocimiento de los derechos populares superior a varios volúmenes de esos aforismos que constituyen la distinción principal de las declaraciones de derechos de varios de nuestros estados, y que sonarían mucho mejor en un tratado de ética que en la constitución de un gobierno... Voy más lejos aún y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes que no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar? Por ejemplo: ¿para qué se afirmaría que la libertad de la prensa no sufrirá menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restricciones?».⁶¹

33. Y no le faltaba razón a Hamilton, porque muchos de los defensores de la Declaración de Derechos tenían una muy ligera idea de qué clase derechos debían ser reconocidos, y aunque la libertad de expresión era un típico derecho objeto de reclamación, no se abundó en su contenido, en el ámbito de protección que se le reconocía o en qué circunstancias debía ser limitado, aunque, sin lugar a dudas, fue Madison el constituyente que consiguió dar cumplida respuesta a los oportunistas argumentos federalistas, de ahí que la historia le haya reservado el título de *Father of The Bill of Rights*.⁶²

34. En efecto, representante del primer Congreso norteamericano,⁶³ Madison pronunció el memorable discurso en defensa de la incorporación de las Enmiendas a la Constitución el 8 de junio de 1789, avisando que al ser todo poder objeto de abuso era indispensable asegurar constitucionalmente los derechos y libertades, de ahí que propusiera anteponer a la Constitución una especie de Preámbulo que guardaba cierta semejanza con el que incorpora la Declaración de Independencia redactada por Jefferson, «... El gobierno se instituye y

⁶¹ *El Federalista*, op. cit., Hamilton, LXXXIX, págs. 367. En igual sentido se pronunció James Wilson, afirmando que los ciudadanos de los estados habían conferido a sus gobiernos todos los poderes, pero el caso era diferente en relación al gobierno federal, cuya autoridad descansaba en positivas concesiones de poder expresadas en la Constitución, de ahí que para el gobierno federal la reserva de poderes prevaleciera, y todo lo que no hubiera sido otorgado era reservado a los ciudadanos de los estados, vid. JENSEN, Merrill (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, op. cit., vol. 2, págs. 387-390.

⁶² Vid. LEVY, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, op. cit., pág. 257.

⁶³ Para un análisis detallado de los debates e intervenciones en el primer Congreso americano, vid. DePAUW, Linda Grant (ed.), *Documentary History of the First Federal Congress of the United States of America, March 4 1789-March 3, 1791*, 14 vols., Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1972-1997.

debe ejercerse para beneficio del pueblo; ese beneficio consiste en el goce de la vida y la libertad, con derecho a adquirir y usar la propiedad, y en perseguir y conseguir la felicidad y la seguridad general.⁶⁴ Proclamando el segundo párrafo de la Cuarta Enmienda propuesta por Madison, «No se negarán ni se restringirán los derechos del pueblo a expresar sus sentimientos por la palabra, el escrito o la publicación; y la libertad de prensa, como uno de los grandes baluartes de la libertad, será inviolable».⁶⁵

35. Asimismo, frente a aquellos que aseguraban que la Declaración de Derechos no era necesaria porque los estados protegían en sus Constituciones los derechos y libertades, Madison añadió dos argumentos de peso, afirmando proféticamente que aunque los estados constituían un mayor peligro para la libertad que el gobierno nacional, algunos carecían de Declaración de Derechos o, teniéndola, resultaba ineficaz, de ahí que Madison defendiese la incorporación a la Constitución de la más importante de las posibles Enmiendas, la que garantizase en el ámbito estatal la libertad de conciencia, la libertad de prensa y el juicio por jurado en casos penales.⁶⁶ Propósito que sólo podría alcanzar su objetivo otorgando mayor fuerza lingüística a la redacción constitucional de las diferentes Enmiendas, sustituyéndose la proposición “no debe ser restringida”, que se reproducía en la mayoría de las Enmiendas propuestas por los estados, por el imperativo “no será”, culminándose así el proceso iniciado por John Adams en la Declaración de Derechos de Massachusetts, «Ningún estado violará los iguales derechos de libertad de conciencia, o de libertad de prensa, o del juicio por jurado en causas criminales».⁶⁷

36. Con todo, la propuesta de Madison no llegó a ser debatida en el Congreso, asignándose un Comité Especial, integrado por el mismo Madison, con el fin de revisar las Enmiendas propuestas. Tras su revisión por el Comité, la Enmienda relativa a la libertad de expresión postulaba, «la libertad de expresión y de prensa, el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y de consulta para el bien común, no debe ser infringido».⁶⁸ El 13 de agosto de 1789 el Congreso inició los debates de las propuestas del Comité, introduciéndose algunas modificaciones de interés. En efecto, Madison había propuesto incorporar las Enmiendas

⁶⁴ Vid. SUTHERLAND, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, op. cit., pág. 239.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 235. El discurso de Madison está reproducido en SCHWARTZ, Bernard (ed.), *The Bill of Rights: A Documentary History*, op. cit., vol. 2, págs. 1023-1034. Una recopilación exhaustiva de las intervenciones y proposiciones de Madison en el Congreso se recoge en *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States... Compiled from Authentic Materials*, 42 vols., Joseph Gales (comp.), Washington, 1834-1856, vol. 2, especialmente, pág. 444, también citado como *Annals of Congress*.

⁶⁶ Vid. SCHWARTZ, Bernard (ed.), *The Bill of Rights: A Documentary History*, op. cit., vol. 2, pág. 1027.

⁶⁷ Vid. SUTHERLAND, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, op. cit., pág. 239.

⁶⁸ Vid. SCHWARTZ, Bernard (ed.), *The Bill of Rights: A Documentary History*, op. cit., vol. 2, pág. 1062.

aprobadas en el texto constitucional, pero en aras de garantizar la integridad de la obra constituyente se optó por anexionarlas al documento de la Constitución, aprobándose por el Congreso las diecisiete Enmiendas propuestas por el Comité, reduciéndose tan sólo a doce tras su ratificación por el Senado.⁶⁹

37. En efecto, entre otras modificaciones, el Senado rechazó —quizás para demostrar que la Federación no pretendía privar a los Estados de su capacidad de autogobierno—⁷⁰ la Enmienda propuesta por Madison para proteger la libertad de expresión, de prensa, de religión y el juicio por jurados de restricciones por los estados, quedando sólo vinculados por las prescripciones que se recogían en sus respectivas Constituciones. Argumentación defendida por el Tribunal Supremo norteamericano en *Barron v. Baltimore*.⁷¹ Aunque, casi un siglo más tarde, el Alto Tribunal extendió la eficacia de la Primera Enmienda a los estados en *Gitlow v. New York*,⁷² considerando que las libertades de expresión y de prensa son derechos personales protegidos por la garantía del debido proceso legal que constitucionaliza la Sección 1ª de la Decimocuarta Enmienda, adoptada en 1868, «Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en que residan. Ningún estado dictará o aplicará leyes que restrinjan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni ningún estado privará a persona alguna de la vida, la libertad o los bienes sin el debido procedimiento legal ni denegará a persona alguna, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes».⁷³

38. En compensación, el Senado operó un cambio significativo de carácter formal, combinando las dos Enmiendas propuestas por el Congreso que

⁶⁹ A diferencia del Congreso, no disponemos de una ordenación sistemática de los debates que tuvieron lugar en el Senado, aunque conocemos algunos detalles de los discursos y discusiones senatoriales gracias al Diario de Sesiones del Senado, *vid.* DEPAUW, Linda Grant (ed.), *Documentary History of the First Federal Congress of the United States of America*, *op. cit.*, págs. 151-153, y gracias al diario personal que el representante del Estado de Pennsylvania, el Senador William Maclay, mantuvo los días que asistió a los debates, *vid.* RUTLAND, Robert A. (ed.), *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1955, pág. 211.

⁷⁰ En este sentido, *vid.* BLANCHARD, Margaret A., "Filling in the Void; Speech and Press in State Courts Prior to *Gitlow*", en *The First Amendment Reconsidered. New Perspectives on the Meaning of Freedom of Speech and Press*, Bill F. Chamberlin y Charlene J. Brown (eds.), New York, Longman, 1982, págs. 14-59, especialmente, págs. 17-18.

⁷¹ *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243, 247 (1833).

⁷² *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925).

⁷³ *Vid.* SUTHERLAND, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, *op. cit.*, pág. 261. Sobre la eficacia y aplicación de la cláusula de libertad de expresión y de prensa de la Primera Enmienda en el ámbito estatal, *vid.* MILLER, Peter, "Freedom of Expression Under State Constitutions", *Stanford Law Review*, vol. 20, núm. 318, 1968, págs. 322-335; SIMON, Todd F., "Independent but Inadequate: State Constitutions and Protection of Freedom of Expression", *The University of Kansas Law Review*, vol. 33, 1985, págs. 311-312; NEUBORNE, Burt, "State Constitutional Protection of Free Speech and Establishment Clause Values", en *Recent Developments in State Constitutional Law*, Phyllis Skloot Bamberger (ed.), Practising Law Institute, New York, 1985, págs. 205-229.

reconocían la libertad religiosa, la libertad de expresión y de prensa, de reunión y de petición en una sola, siendo así que la tercera de las Enmiendas adoptada por el Senado declaraba, «El Congreso no hará ley... restringiendo la libertad de expresión o de prensa...».⁷⁴ Y tras la constitución de un Comité compuesto de representantes de las dos Cámaras se resolvieron las diferencias existentes, aprobándose las Enmiendas por el Congreso y el Senado los días 24 y 25 de septiembre respectivamente, pasando a su ratificación por los estados.⁷⁵ Proceso que culminó el 15 de diciembre de 1791 tras la ratificación del Estado de Virginia.⁷⁶ Realmente, la transformación más importante que sufrió el *Bill of Rights* tras su ratificación por los estados fue el rechazo de las dos primeras Enmiendas aprobadas por el Congreso y el Senado, que incrementaban el número de representantes de la Cámara Baja y que pretendían evitar cualquier regulación tendente a aumentar las retribuciones de los miembros del Congreso antes de la siguiente elección, pasando así a ocupar el primer lugar la Enmienda que establecía la garantía de la libertad de expresión,

39. «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».⁷⁷

IV. LA PRIMERA ENMIENDA Y SU SIGNIFICADO ORIGINARIO: PADRES FUNDADORES Y “ORIGINAL MEANING”

40. El significado originario, el llamado “*original meaning*” que los padres fundadores otorgaron a la cláusula de libertad de expresión que proclama la Primera Enmienda sigue siendo todavía hoy una cuestión muy debatida. En efecto, aunque la libertad de prensa fue un gran tópico exigido, sin embargo, la insistente exigencia de su protección no estuvo acompañada de un análisis razonado de su significado, alcance y bajo qué circunstancias podía ser limitada. De ahí que, a pesar de formar parte desde los orígenes de la era constitucional norteamericana, el significado de los términos de la Primera Enmienda fue envuelto en

⁷⁴ Vid. SCHWARTZ, Bernard (ed.), *The Bill of Rights: A Documentary History*, op. cit., vol. 2, págs. 1145-1158.

⁷⁵ *Ibidem*, vol. 2, págs. 1159-1166.

⁷⁶ Para una lectura de las ratificaciones oficiales de los estados, vid. *History of Congress Exhibiting a classification of the Proceedings of the Senate and House of Representatives from March 4, 1789, to March 3, 1793*, 1843, págs. 174-87.

⁷⁷ Vid. PERRY, Richard L. (ed.), *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., pág. 432.

oscuridad, raramente invocado y, generalmente, ni cuestionado ni debatido, hasta hace escaso período de tiempo.⁷⁸

41. Realmente, aunque la redacción literal del texto postula que la libertad de expresión y de prensa “no serán restringidas”, sin embargo, la mayoría de las posiciones doctrinales convergen en afirmar que la cláusula tenía diversos significados y que no necesariamente quiere decir lo que es dicho o dice lo que se ha querido decir.⁷⁹ Incertidumbre que la historia de los debates constituyentes no contribuye a disipar. En efecto, ni en los debates que tuvieron lugar en el Congreso ni en los que tuvieron lugar en los estados en el proceso de ratificación se ofrece definición alguna del contenido y ámbito del derecho de libertad de expresión. Realmente, el debate del Congreso sobre la Primera Enmienda simplemente puso de manifiesto la importancia que se otorgó a las libertades de expresión y de prensa, aunque no se argumentó a qué se debía tal importancia. Por otro lado, al no disponerse de archivos que recopilaran los debates en el seno de las Convenciones estatales que ratificaron el *Bill of Rights*, tampoco se puede determinar qué importancia, contenido o significado se atribuyó a la cláusula de la libertad de expresión.
42. Así, aunque se ha atribuido una pretendida “intención semántica” a los términos expresados por los *Founding Fathers*, sin embargo, tal propósito no puede deducirse de los debates constituyentes, dado que el único aspecto significativo que se conoce de la tramitación parlamentaria se refiere a la transformación que sufrió la redacción originaria de la cláusula de libertad de expresión en el Senado, al limitarse el ámbito de la garantía que en un principio se extendía a todo el gobierno federal sólo al Congreso.⁸⁰ Revelándonos asimismo el *iter* constituyente que tampoco había en los redactores del *Bill of Rights* intención de otorgar un lugar prioritario a su proclamación, pasando la Tercera Enmienda que recogía la garantía de la libertad de expresión al pórtico inaugural en el proceso de ratificación estatal. En efecto, aunque en la redacción originaria del *Bill of Rights* efectuada por Madison se garantiza la libertad de expresión frente al gobierno federal y frente a los estados miembros, sin embargo, en ninguno de los dos supuestos la protección de la libertad de expresión se colocó en primer lugar. Como se señaló más arriba, la Tercera Enmienda que recogía la cláusula de la libertad de expresión pasó a ser primera cuando las dos primeras Enmiendas iniciales fueron rechazadas por los estados en el proceso de ratificación. En todo caso, es lógico que la garantía de la libertad de expresión no se

⁷⁸ En este sentido, *vid.* NIMMER, M. B., *Nimmer on Freedom of Speech*, New York, Mathew Bender, 1984, pág. 3.

⁷⁹ *Vid.* LEVY, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pág. 266. En la misma línea, Melville B. Nimmer señala que, a pesar de formar parte desde los orígenes de la era constitucional americana, el significado de las palabras recogidas en la Primera Enmienda fue envuelto en oscuridad, raramente invocado, y generalmente, ni cuestionado ni debatido hasta hace escaso período de tiempo *cfr.* *Nimmer on Freedom of Speech. A Treatise on the Theory of the First Amendment*, Matthew Bender, New York, 1984, pág. 3.

⁸⁰ *Vid.* SCHWARTZ, Bernard (ed.), *The Bill of Rights: A Documentary History*, *op. cit.*, vol. 2, pág. 1149.

proclamara en primer lugar, si se tiene en cuenta que sólo tres de los doce estados que ratificaron la Constitución antes de ser redactado el *Bill of Rights*, Virginia, Carolina del Norte y Nueva York, recomendaron el reconocimiento de tal previsión. Y aunque ni Virginia y Carolina del Norte protegían la libertad de expresión en sus respectivas Constituciones, propusieron la incorporación de un *Bill of Rights* en el que se recogía expresamente la garantía de la libertad de expresión.⁸¹ Con todo, en los debates que se sucedieron en las Convenciones estatales que ratificaron el *Bill of Rights* tampoco se reflejó la más mínima preocupación por definir el contenido y el ámbito legítimo de ejercicio de la libertad proclamada.⁸² Confirmándose así que la ratificación del mismo *Bill of Rights* fue una cuestión incidental, motivada por las intensas pugnas entre los defensores y detractores del gobierno federal, determinándose así el “*original meaning*” en función del contexto político que presidió el proceso de ratificación constitucional.⁸³

43. Por todo, se ha argumentado que la ausencia de debates sobre el ámbito y significado de la cláusula de la libertad de expresión que consagra la Primera Enmienda constituye indicio razonable de la existencia de un previo entendimiento del significado constitucional comúnmente compartido por todos aquellos que participaron en el proceso de elaboración y ratificación del *Bill of Rights*.⁸⁴ Precomprensión de su significado comúnmente aceptado que no podía ser otro que el determinado por el derecho de libelo sedicioso vigente en el *Common Law* tal como había sido objeto de aplicación por los estados tras el proceso de independencia.⁸⁵ En este sentido, no puede olvidarse que de los trece estados inicialmente constituidos, todos, excepto Connecticut, adoptaron expresamente el sistema del *Common Law* al alcanzar su independencia, y que ningún Estado abolió o modificó los supuestos de libelo sedicioso tal como estaban previstos en el *Common Law*. Desde esta perspectiva, la Primera Enmienda no hizo más que ratificar la doctrina sobre la libertad de prensa vigente en el *Common Law* tal como paradigmáticamente había sido enunciada en 1769 por Sir William Blackstone en el Libro IV de sus célebres *Commentaries on the Laws of England*, que garantizaba la ausencia de censura previa pero sometía a represión todo escrito que atacase al gobierno o a sus miembros,

⁸¹ Vid. TANSILL, Charles C. (ed.), *Documents Illustrative of the Formation of the Union of the American States*, Government Printing Office, Washington, D.C., 1927. pág. 1030.

⁸² Vid. LEVY, Leonard W., *Legacy of Supression, Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1960, pág. 221.

⁸³ En el mismo sentido, vid. BRUBAKER, Stanley C., “Original Intent and Freedom of Speech and Press” en *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, op. cit., pág. 84.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 85.

⁸⁵ Para un análisis de la recepción del *Common Law* por los ordenamientos de los estados, vid. HALL, Ford W., “The Common Law: An Account of Its Reception in the United States”, op. cit., págs. 497-800.

admitiéndose así la criminalidad del libelo sedicioso en un régimen de libertad de prensa,⁸⁶

44. «La libertad de prensa es en verdad esencial a la naturaleza de un estado libre: pero ella consiste en no imponer restricciones previas a las publicaciones, no en la exención de responsabilidad por hechos criminales después de la publicación. Todo hombre libre tiene un indiscutible derecho a exponer lo que siente ante el público: prohibirlo equivaldría a suprimir la libertad de prensa; pero si alguien publica lo que es inapropiado, maligno o ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad».⁸⁷
45. Esta interpretación reduccionista del “*original meaning*” atribuido por los padres fundadores a la Primera Enmienda ha sido defendida especialmente por Leonard W. Levy en su *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, (Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1960). Interpretación que modularía años más tarde en el artículo “On the Origins of the Free Press Clause”, (*UCLA Law Review*, vol. 32, December, 1984, pgs. 177-218) y que ratificaría en su célebre *Emergence of a Free Press*, (Oxford University Press, Oxford, New York, 1985) y en *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, (Carolina Academic Press, Durham, 1996). En efecto, en 1960 el monográfico de Levy ofreció una interpretación reduccionista del significado original de la cláusula de la libertad de expresión y de prensa de la Primera Enmienda, afirmando que las teorías defensoras de la libertad de expresión desde Milton hasta la ratificación de la enmienda constitucional habían aceptado el derecho del Estado a perseguir y suprimir la crítica política a través del tipo criminal del libelo sedicioso vigente en el *Common Law*, considerando Levy que la auténtica teoría libertaria no se forjaría en la historia constitucional norteamericana hasta el rechazo jeffersoniano de la Ley de Sedición de 1798.⁸⁸ Y aunque no han faltado expresas objeciones a

⁸⁶ Para un estudio de la emergencia y consolidación del libelo sedicioso en el *Common Law* inglés de finales del siglo XVII, *vid.* SALDAÑA DÍAZ, M. N., “«A Legacy of Suppression»: Del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII”, en *Derecho y Conocimiento. Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y del Conocimiento*, vol. 2, 2002-2003, págs. 175-211, que puede consultarse en http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A08.pdf.

⁸⁷ BLACKSTONE, William Sir., *Commentaries on the Laws of England*, Libro IV, cap. 11, págs. 151-152, reimpresso en LEVY, Leonard W., *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, págs. 104-105.

⁸⁸ *Vid.* LEVY, Leonard W., *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, *op. cit.*, págs. vii-viii. Realmente, la interpretación de Levy no es original, ya había sido adelantada, aunque sin aportar suficientes evidencias históricas, entre otros, por CORWIN, Edgard S., “Freedom of Speech and Press Under The First Amendment: A Resume”, en *Selected Essays on Constitutional Law*, Douglas B. Maggs *et al.*, (ed.), 5 vols., The Foundation Press, Chicago, 1953, vol. 2, págs. 1060-1068, especialmente pgs. 1060-1063; VANCE, W. R., “Freedom of Speech and of the Press”, *Minnesota Law Review*, vol. 2, March, 1918, pgs. 239-260, especialmente pág. 259; y también CARROLL, Thomas F., “Freedom of Speech and of the Press in the Federalist Period: The Sedition Act”, *Michigan Law Review*, vol. 18, May, 1920, págs. 615-651, especialmente págs. 636-637 y 649-650.

su interpretación,⁸⁹ Levy sigue manteniendo su principal tesis veinticinco años más tarde en *Emergence of a Free Press*, afirmando que la generación revolucionaria americana aceptó la criminalidad de las críticas al gobierno por libelo sedicioso y que la intención de los redactores de la Primera Enmienda no fue abolir «the common law of seditious libel».⁹⁰

46. Aunque no le faltan evidencias históricas a Levy, sin embargo, el significado que los padres fundadores otorgaron a la cláusula de la Primera Enmienda que garantiza la libertad de expresión no puede limitarse exclusivamente a la concepción blackstoniana de la libertad de prensa vigente en la Inglaterra de mediados del siglo XVII. Más bien al contrario, a finales del siglo XVIII la concepción blackstoniana del libelo sedicioso había sido superada en tierras norteamericanas, como viene a confirmar los dos aspectos más importantes relacionados con la aplicación e interpretación de la garantía de la libertad de expresión en el período inmediatamente posterior a su consagración constitucional: la aprobación y aplicación de la *Sedition Act* de 1798, frente a la que reaccionaría Thomas Jefferson, y la omnicompreensiva interpretación que de la enmienda constitucional ofreció el conocido jurista St. George Tucker en sus conocidos *Blackstone's Commentaries*.

V. LA PRIMERA ENMIENDA EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL: JEFFERSON Y LA *SEDITION ACT* DE 1798

47. Durante la amenaza de guerra contra Francia, el Congreso norteamericano aprobó cuatro proyectos legislativos, conocidos colectivamente como *The Alien and Sedition Acts*, con el objetivo de refortalecer el gobierno federal, aunque en la práctica se dirigieron a mermar la fuerte oposición política que venía ejerciendo el sector republicano, liderado por Thomas Jefferson, reflejándose un claro desprecio por la misma Constitución en la última de las medidas legislativas aprobada por el Congreso el 14 de julio de 1798, la llamada *Sedition Act*.⁹¹

⁸⁹ Entre quienes se han opuesto a la interpretación de Levy, *vid.* ANDERSON, David A., "The Origins of the Press Clause", *U.C.L.A. Law Review*, vol. 30, 1983, págs. 456-540; MAYTON, William T., "Seditious Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression", *Columbia Law Review*, vol. 84, January, 1984, págs. 91-142. Para su réplica, *vid.* LEVY, Leonard W., "The Legacy Reexamined", *Stanford Law Review*, vol. 37, February, 1985, págs. 767-793, a su vez replicado por MAYTON, William T., "From Legacy of Suppression to the 'Metaphor of the Fourth Estate' ", *Stanford Law Review*, vol. 39, November, 1986, págs. 139-160; *vid.* también, ANASTAPLO, George, Book Review de *Legacy of Suppression* en *New York University Law Review*, vol. 39, 1964, págs. 735-741;

⁹⁰ *Cfr.* LEVY, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, págs. xii-xiii.

⁹¹ Para su estudio, entre otros, *vid.* BERNIS, Walter, "Freedom of the Press and the Alien and Sedition Laws: A Reappraisal", *Supreme Court Review*, 1970, págs. 109-160; SMITH, James Morton, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 1956, *passim*; MILLER, John C., *Crisis in Freedom: The Alien and Sedition Acts*, Little Brown, Boston, 1952; CARROLL, Thomas F., "Freedom of

48. Siendo Vicepresidente, Jefferson atisbó los efectos restrictivos que sobre la libertad de prensa ejercería la regulación que de la Ley de Sedición preparaba el gobierno federalista de John Adams, dudando ya de su constitucionalidad en la carta que escribiese a Madison el 6 de junio de 1798, «Los federalistas han presentado en la Cámara Baja un proyecto de Ley de Sedición, que entre otras enormidades pide que sea delito imprimir ciertas materias, aunque una de las enmiendas a la Constitución ha eximido expresamente de punibilidad a la religión, la prensa, etc. Ciertamente, este proyecto de ley y el otro son tan evidentemente opuestos a la Constitución que demuestran que no piensan respetarla».⁹²

49. Y no se equivocaba Jefferson, porque en el debate sobre el proyecto de ley Otis argumentaba en su defensa que la Primera Enmienda solamente reafirmaba la postura de Blackstone sobre la libertad de prensa, que no era otra cosa «que la libertad de escribir, publicar y manifestar oralmente los pensamientos de uno, a condición de que fueran susceptibles de réplica, de palabra o por escrito, como expresiones falsas, maliciosas o sediciosas, por parte de la facción injuriada, bien sea el gobierno o un individuo, y la libertad de prensa es meramente la exención de cualesquiera censuras previas».⁹³ Con este planteamiento no sorprende que la Ley de Sedición estableciera importantes restricciones a los derechos garantizados en la Primera Enmienda, imponiendo considerables sanciones económicas y de prisión para todos aquellos que expresaran o publicaran «falsos, escandalosos, y maliciosos escritos contra el gobierno, el Presidente o el Congreso, con la intención de difamar o provocar que puedan incurrir en desacato o descrédito, o para excitar el odio del pueblo contra ellos, o animar a la sedición, o para incitar resistencia a la ley, o para ayudar a los planes de países extranjeros contra los Estados Unidos».⁹⁴ Y aunque la ley admitía la verdad como defensa en un proceso por libelo sedicioso y la competencia del jurado para decidir la culpabilidad del acusado,⁹⁵ sin embargo, sirvió de poco a los abogados defensores cuando jueces federalistas tendenciosos decidían lo que era la verdad.⁹⁶ Así, en los dos años siguientes a su promulgación la *Sedition Act* fue vigorosamente

Speech and of the Press in The Federalist Period: the Sedition Act”, *Michigan Law Review*, vol. 18, 1920, págs. 615-651.

⁹² Recogido por WIGGINS, James R., “Jefferson y la Prensa”, en *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, op. cit., pág. 169.

⁹³ Vid. SMITH, James Morton, *Freedom’s Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, op. cit., pág. 136; vid., también, WIGGINS, James R., “Jefferson y la Prensa”, en *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, op. cit., pág. 169.

⁹⁴ Vid. SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, op. cit., pág. 204.

⁹⁵ «That if any person shall be prosecuted under this act, for the writing or publishing any libel aforesaid, it shall be lawful for the defendant, upon the trial of the cause, to give in evidence in his defence, the truth of the matter contained in the publication charged as a libel. And the jury who shall try the cause, shall have a right to determine the law and the fact, under the direction of the court, as in other cases», U.S. Statutes at Large, 596.

⁹⁶ Cfr. WIGGINS, James R., “Jefferson y la Prensa”, en *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, op. cit., pág. 169.

aplicada, los federalistas incoaron demandas por sedición contra diecisiete periódicos y se iniciaron procedimientos judiciales contra cuatro de los cinco principales periódicos republicanos —el *Aurora* de Filadelfia, *The Boston Independent Chronicle*, *The New York Argus* y el *Richmond Enquirer*— convirtiéndose este breve período de la temprana historia constitucional norteamericana, según dijera el mismo Jefferson, en un humeante “reino de brujas”.⁹⁷

50. Con todo, durante el breve período de vigencia de la ley su constitucionalidad no fue expresamente considerada por ningún tribunal. En efecto, el único supuesto en que se intentó elevar la cuestión de constitucionalidad de la ley se planteó en 1800 en un juicio presidido por el Juez Chase, proponiendo los abogados defensores que fuese el jurado quien decidiera sobre la constitucionalidad de la Ley de Sedición, rechazando Chase la pretensión por estimar que la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley sólo podía ser considerada por el órgano judicial, anticipando así en tres años la futura *Judicial Review* tal como fuera formulada por el Juez Marshall en el caso *Marbury v. Madison*.⁹⁸ Con todo, el Tribunal Supremo tendría ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley siglo y medio más tarde en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, afirmando que aunque la *Sedition Act* nunca había sido sometida a su consideración, no podía negarse que las restricciones que imponía sobre las críticas al gobierno y a los cargos públicos eran inconsistentes con la Primera Enmienda». ⁹⁹

51. Realmente, fue Jefferson quien atacó la constitucionalidad de la *Sedition Act*, redactando secretamente las *Resoluciones de Kentucky* de 1798. Aprobadas por el legislativo de Kentucky el 16 de noviembre de 1798, estas Resoluciones expusieron la teoría de la Unión como un contrato pactado entre varios estados, declararon no constitucionales la Leyes de Extranjeros y Sedición y prescribieron el remedio de la “nulificación” estatal para tales usurpaciones realizadas por el gobierno nacional.¹⁰⁰ Asimismo, la Asamblea de Virginia adoptó una Resolución similar, *Address of the General Assembly to the People of the Commonwealth of Virginia* (24 de diciembre de 1798), que redactadas por Madison argumentaban, «... en caso de un ejercicio deliberado, patente y peligroso de... poderes no delegados por dicho pacto, los estados que son partes del mismo tienen el derecho y el deber de interponerse para detener el progreso del mal, y para mantener dentro de sus respectivos límites las autoridades, los derechos y las libertades que les

⁹⁷ Citado en SMITH, James Morton, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, op. cit., pág. 184.

⁹⁸ 1 Cranch 137, U.S. 1803. En este sentido, vid. SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, op. cit., pág. 206.

⁹⁹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 276 (1964).

¹⁰⁰ El documento de las *Kentucky Resolutions* es reproducido en LEVY, Leonard (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, op. cit., págs. 350-352; vid., también, ELLIOT, Jonathan (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution... and Other Illustrations of the Constitution*, op. cit., vol. 4, págs. 540-541.

pertenecen». ¹⁰¹ Realmente, la doctrina de las Resoluciones del 98 era compleja, vinculando la defensa de la libertad civil y política a la defensa de los derechos del Estado bajo la Constitución. ¹⁰²

52. Interconectándose así en el episodio de la *Sedition Act* la tradición revolucionaria con la cuestión de los derechos estatales, verdadero argumento jeffersoniano y no la defensa de la libertad de prensa, según la crítica interpretación que ofrece Levy. ¹⁰³ Aunque parece olvidar Levy unos cuantos detalles significativos. En primer lugar, fue Jefferson y no Adams quien puso fin al llamado “*reign of witches*”. En efecto, cuando fue elegido Presidente de los Estados Unidos en 1800 Jefferson permitió que caducaran los procesos judiciales pendientes y puso en libertad a los editores procesados, feneciendo la ley por el transcurso del período de vigencia previsto (3 de marzo de 1801).

53. Además, aunque es verdad que la Primera Enmienda contribuyó, junto con todo el *Bill of Rights*, a garantizar un ámbito de soberanía de los estados frente al gobierno federal, un baluarte de la independencia estatal —recuérdese que en la redacción inicial de la cláusula que garantiza las libertades de expresión y de prensa aprobada por el Congreso la protección se extendía también a los estados, fue en el Senado donde se redujo la eficacia de la misma limitándola al ámbito estrictamente federal, dejándose plena libertad a los estados para que regulasen su régimen jurídico de la libertad de expresión—, sin embargo, no fue este el único ni principal argumento que presidió el rechazo jeffersoniano de la *Sedition Act*, antes al contrario, Jefferson no sólo defendió la soberanía estatal, también puso en práctica aquellos principios que en defensa de la libertad de prensa había enarbolado desde sus primeros escritos, aquella concepción que había defendido desde el Proyecto de Ley de Libertad Religiosa del Estado de Virginia de 1779, ¹⁰⁴ el primer Proyecto de Constitución de Virginia de 1783, ¹⁰⁵ y en sus *Notas sobre Virginia* de 1785, ¹⁰⁶ que seguiría defendiendo en su

¹⁰¹ Vid. SUTHERLAND, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, op. cit., pág. 313.

¹⁰² Cfr. en este sentido, PETERSON, Merrill, “Thomas Jefferson: Resumen Biográfico”, en *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, op. cit., pág. 33.

¹⁰³ «La alabada oposición de Jefferson al Acta de Sedición de 1798, que no fue atacada por él públicamente, se basaba principalmente en la doctrina de los derechos del Estado. Su idea del federalismo, más que una teoría de la libre expresión, dominaba en su pensamiento. Lejos de atacar el concepto de libelo sedicioso, sostenía que el Acta de Sedición era anticonstitucional porque la primera enmienda pretendía que solamente los estados federales pudieran disponer de la facultad de reducir la libertad de prensa», LEVY, Leonard W., “Jefferson como libertario cívico”, en *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, op. cit., pág. 216.

¹⁰⁴ Cfr. JEFFERSON, Thomas, *Proyecto de Ley sobre Libertad Religiosa*, vid. Thomas Jefferson. *Autobiografía y otros escritos*, op. cit., págs. 321-323.

¹⁰⁵ Cfr. JEFFERSON, Thomas, *Primer Proyecto de Constitución de Virginia y Proyecto de Cláusula de Prensa en la Constitución de Virginia de 1783*, recogido por WIGGINS, James R., “Jefferson y la Prensa”, en *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, op. cit., pág. 159.

¹⁰⁶ Cfr. JEFFERSON, Thomas, *Notas sobre Virginia*, vid. Thomas Jefferson. *Autobiografía y otros escritos*, op. cit., págs. 282-283.

abundante correspondencia, y que proclamaría el 4 de marzo de 1805 en el segundo discurso inaugural para justificar la extinción de la Ley de Sedición, contribuyendo así Jefferson y el episodio de la *Sedition Act* a dar significado a la Primera Enmienda,¹⁰⁷ «Pero el experimento prueba que como la verdad y la razón han mantenido su posición frente a las opiniones falsas aliadas con hechos falsos, la prensa, reducida a la verdad, no necesita otra restricción legal; el juicio público corregirá razonamientos y opiniones falsas tras escuchar a fondo todas a las partes».¹⁰⁸ Reflejando en definitiva el célebre capítulo de la Ley de Sedición una concepción más omnicomprendensiva de la garantía de la libertad de expresión consagrada por la Primera Enmienda, que asimismo viene a confirmar la paradigmática interpretación que de la cláusula constitucional ofreciera el jurista St. George Tucker en sus conocidos *Blackstone's Commentaries*.

VI. LA PRIMERA ENMIENDA EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA: LOS *BLAKCSTONE'S COMMENTARIES* DE ST. GEORGE TUCKER

54. La clásica exposición del *English Common Law* en el momento fundacional de la república norteamericana fue, sin duda, los *Commentaries on the Laws of England*, de William Blackstone, utilizados como estándar jurídico por abogados, jueces y los propios padres fundadores. Sin embargo, aunque los *Commentaries of the Laws of England* de Blackstone fueron profusamente publicados en las diversas colonias, y sus diversas ediciones permitieron que su contenido fuese conocido por los estudiosos del período colonial, fueron simples reimpresiones de la obra original de Blackstone que no contenían ninguna interpretación de sus contenidos, ni tampoco indicaban que los principios allí consagrados podían ser plenamente aplicados en el régimen jurídico existente antes de la Revolución, ni mucho menos en la República constitucional surgida después de 1787, de ahí que fuese necesario su adaptación para al sistema republicano inaugurado en tierras americanas.¹⁰⁹

55. Adaptación que llevó a cabo por primera vez el conocido jurista St. George Tucker, quien utilizaba el código blackstoniano en sus enseñanzas en el *College of William and Mary* de la Universidad de Virginia, reeditando los *Blackstone's Commentaries* junto con sus

¹⁰⁷ Como señala M. Peterson, «[Jefferson] había aprendido hacía mucho tiempo que por cada libelo difamatorio rebatido surgía otro en su lugar; además se había entregado filosóficamente al más amplio horizonte de discusión pública sobre el principio que iba a establecer en su alocución inaugural: "Que un error de opinión puede ser tolerado cuando se deja libertad a la razón para combatirlo"», *vid.*, "Thomas Jefferson: Resumen Biográfico", en *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, *op. cit.*, pág. 34.

¹⁰⁸ JEFFERSON, Thomas, *Segundo Discurso Inaugural* (4 de marzo de 1805), *vid.* Thomas Jefferson. *Autobiografía y otros escritos*, *op. cit.*, pág. 360.

¹⁰⁹ *Vid.* SURENCY, Erwin C., *A History of American Law Publishing*, New Yorks, Oceana, 1990, pág. 133.

propias notas y comentarios en 1803, *Blackstone's Commentaries: With Notes of Reference to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the United States; and to the Commonwealth of Virginia* (5 vols. William Y. Birch and Abraham Small, Philadelphia, 1803),¹¹⁰ siendo Tucker el primer jurista norteamericano que ofreció una interpretación sistemática de los Comentarios de Blackstone de acuerdo con la Constitución federal norteamericana, de ahí que sus Comentarios ofrezcan una visión muy contemporánea del consenso existente sobre la interpretación de la Constitución que prevalecía tras su ratificación estatal y como se estaba aplicando, constituyendo un importante testimonio para la comprensión del significado de la Constitución y del *Bill of Rights* en el momento en que fueron adoptados, y, por tanto, de las libertades de expresión y de prensa garantizadas en la Primera Enmienda.¹¹¹

56. En efecto, en esta edición, el juez Tucker procedía a analizar por primera vez cómo la Revolución norteamericana, la Constitución de Virginia, la Constitución federal de 1787 y la incorporación del *Bill of Rights* en 1791 habían alterado la aplicación del Derecho inglés en el sistema jurídico norteamericano, habiéndose forjado un modelo constitucional totalmente nuevo. En su análisis, Tucker defendió que las teorías de Blackstone podían ser útiles para los juristas norteamericanos siempre que se tuviera en cuenta las consecuencias poco democráticas que se derivaban de sus planteamientos. En este sentido, Tucker señala una diferencia fundamental entre la noción inglesa y norteamericana de legislación y soberanía. Mientras que Blackstone reivindicaba el principio de soberanía parlamentaria, Tucker afirma que en los Estados Unidos todos los poderes son derivados «*from the people*».¹¹² Así, Tucker consideró que la concepción lockeana del gobierno por consentimiento de los gobernados, tal como había establecido la Declaración de Independencia, constituyó parámetro fundacional de que se nutrieron los padres fundadores para forjar los principios sobre los que descansaba el Derecho Constitucional norteamericano.¹¹³
57. Asimismo, en su teoría constitucional destaca la defensa de los derechos de los estados, considerando la Constitución como el resultado de un pacto entre los diferentes estados, representantes de sus propios

¹¹⁰ En este estudio se ha consultado TUCKER, St. George. *Blackstone's Commentaries. With Notes of Reference to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the United States, and of the Commonwealth of Virginia. In Five Volumes, with an Appendix to Each volume, Containing Short Tracts upon Such Subjects As Appeared Necessary to Form a Connected View of the Laws of Virginia As a Member of the Federal Union*, William Young Birch and Abraham Small, Philadelphia, 1803, edición reimpresa con introducción crítica de Paul Finkelman y David Cobin, Lawbook Exchange, N. J., 1996.

¹¹¹ Vid. KURLAND, Philip B. y LERNER, Ralph (eds.), *The Founder's Constitution*, 5 vols., University of Chicago Press, Chicago, 1987, vol. 5, págs. 152-158, 207, 212, 218, 238 y 404.

¹¹² TUCKER, St. George, *Blackstone's Commentaries*, op. cit., vol. I, Apéndice A., pág. 4.

¹¹³ En este sentido, vid. CULLEN, Charles T., *St. George Tucker and Law in Virginia, 1772-1804*, Garland Publishing, New York, 1987, págs. 60-61.

ciudadanos.¹¹⁴ Sin embargo, al mismo tiempo Tucker afirmaba que el gobierno federal tenía poder supremo en el ámbito de los poderes que le habían sido delegados, considerando que el poder judicial ejercía una importante función de control del poder ejercido por el legislativo y el ejecutivo federal, de ahí que, anticipándose a la formulación clásica del *Judicial Review* ofrecida por el Juez Marshall, abogase por el control de constitucionalidad judicial de la legislación federal, argumentos en los que basó la inconstitucionalidad de la *Sedition Act* de 1798.

58. En efecto, en su análisis de las libertades de expresión y de prensa garantizadas por la Primera Enmienda, Tucker afirma que si bien la concepción Blackstoniana de la mera prohibición de censura previa podía constituir la esencia de tales libertades en el sistema jurídico inglés basado en el *Common Law*, sin embargo, tal concepción no era directamente aplicable en un sistema constitucional como el norteamericano, donde la libertad de expresión constituye un artículo fundamental de las Constituciones tanto del gobierno estatal como federal, que no pueden restringir, cancelar o modificar por ley «*that inestimable right*».¹¹⁵ Tucker afirma que la abolición de la censura previa podría satisfacer al súbdito inglés, pero el pueblo norteamericano no podría admitir que las libertades de expresión y de prensa dependiesen de la voluntad del gobierno. Para sostener su argumentación, Tucker ofrece un interesante estudio comparativo entre el modelo de libertad de expresión inglés y norteamericano, centrándose en el análisis del significado de la cláusula que garantiza la libertad de expresión en la Declaración de Derechos de Virginia, en el alcance de su proclamación en la Primera Enmienda, así como en los diferentes argumentos que sostenían la inconstitucionalidad de la *Sedition Act* de 1798, afirmando que cuando la libertad de discusión es prohibida o restringida la responsabilidad política de quienes ejercen el poder desaparece. De ahí que no denunciase la inconstitucionalidad de la Ley de Sedición por atacar la soberanía de los estados sino por las limitaciones que imponía a la Primera Enmienda.¹¹⁶

59. En consecuencia, Tucker sostiene que la doctrina inglesa que afirma que la libertad de la prensa consiste en la ausencia de censura previa no es aplicable a la naturaleza del gobierno norteamericano, ofreciendo una

¹¹⁴ «*The Constitution of the United States of America... is an original, written, federal and social compact, freely, voluntary, and solemnly entered into by the several states of North-America, and ratified by the people thereof, respectively*», ¹¹⁴ TUCKER, St. George, *Blackstone's Commentaries*, op. cit., vol. I, Apéndice al vol. I, Primera Parte, nota D, pág. 140.

¹¹⁵ TUCKER, St. George, *Blackstone's Commentaries*, op. cit., vol. II, Apéndice al primer vol., Segunda Parte, nota G, págs. 18-19.

¹¹⁶ «If the legislature pass a law dangerous to the liberties of the people, the judiciary are bound to pronounce, not only whether the party accused hath been guilty of any violation, but whether such law be permitted by the Constitution. If, for example, a law be passed by Congress... abridging the freedom of speech, or the press... it would be the province of the judiciary to pronounce whether any such act were constitutional, or not, and if not, to acquit the accused from any penalty which might be annexed to the breach of such unconstitutional act», TUCKER, St. George, *Blackstone's Commentaries*, op. cit., vol. I, Apéndice al vol. I, Parte Primera, Nota D, pág. 357.

noción de la libertad de expresión que supera con creces la restrictiva concepción blackstoniana, incluyendo en su ámbito legítimo de ejercicio la crítica política de quienes detentan el poder,

60. «*Liberty of speech and of discussion in all speculative matters, consists in the absolute and uncontrollable right of speaking, writing, and publishing our opinions concerning any subject, whether religious, philosophical, or political; and of inquiring into and examining the nature of truth whether moral or physical; the expediency or in expediency of all public measures, with their tendency and probable effect; the conduct of public man, and generally every other subject, without restraining it except as to the injury of any other individual, in his person, property or good name*». ¹¹⁷

61. Por todo, los Comentarios de Tucker constituyen un importante testimonio para la comprensión del significado que se otorgó en el período constituyente a las garantías de la libertad de expresión y de prensa que consagra la Primera Enmienda. Por esto no sorprende que el Tribunal Supremo norteamericano haya acudido en más de una ocasión a los *Blackstone's Commentaries* de Tucker para resolver los supuestos más conflictivos relacionados con la libertad de expresión. ¹¹⁸ De ahí que no les falte razón a conocidos constitucionalistas norteamericanos que han defendido que la positivación constitucional de las garantías de la libertad de expresión y de prensa pretendió despojarlas de la regulación prevista en el restrictivo Derecho de libelo del *Common Law*. Concepción defendida, entre otros, por Henry Schofield en su fundacional ensayo "Freedom of the Press in the United States" (1914), ¹¹⁹ y por Zechariah Chafee, Jr., uno de los primeros constitucionalistas norteamericanos que dedicó el grueso de su línea de investigación a la cláusula de la libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda, ¹²⁰ sosteniendo en su conocido libro *Freedom of Speech in the United States* (1942) que la garantía constitucional de la

¹¹⁷ *Ibidem*, vol. II, Apéndice al primer vol., Segunda Parte, nota G pág. 11.

¹¹⁸ Entre otros, *vid. Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Barenblat v. United States*, 360 U.S. 109 (1959).

¹¹⁹ Señala Henry Schofield que uno de los objetivos de la Revolución Americana fue «*to get ride of the English common law on liberty of speech and of the press*», *vid. "Freedom of the Press in the United States"*, en *Essays on Constitutional Law and Equity*, 2 vols., Published for Northwestern University Law School by Chipman Law Publishing Co., London, 1921, vol. 2, págs. 510-571, especialmente, págs. 521-522. La opinión de Schofield fue incluso citada por el Tribunal Supremo norteamericano en *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 264 (1941).

¹²⁰ La gran mayoría de la doctrina norteamericana reconoce la notable influencia de las aportaciones de Chafee en el emergente proceso de teorización de la Primera Enmienda. Así, Felix Frankfurter, amigo personal de Chafee, declaraba unos años después de su fallecimiento que su influencia en «*that pervasive area of national life known as civil rights has no match in the legal professorate*», *vid. "A Legal Triptych"*, *Harvard Law Review*, vol. 74, 1961, pág. 433. Más recientemente, Francis Canavan señala, «*Probably no writer has had a greater influence on the thinking of the Supreme Court and of the informed public about the meaning of this clause of the First Amendment than Zechariah Chafee, Jr.*», *vid. Freedom of Expression Purpose as Limit*, Carolina Academic Press, Durham, 1984, pág. 124.

libertad de expresión extendía su protección más allá de la clásica doctrina blackstoniana de los supuestos de “prior restraint”.¹²¹

62. Interpretación asimismo defendida en diversos pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema norteamericana, destacando el de los magistrados Oliver Wendell Holmes y Louis D. Brandeis en *Abrams v. United States*,¹²² así como el de William Brennan en el célebre *New York Times Co. v. Sullivan*, en el que afirmaba la inconstitucionalidad de la Ley de Sedición de 1798 en base a la Primera Enmienda.¹²³ Incluso, el Juez Hugo Black utilizó el significado atribuido por Tucker a las garantías de la libertad de expresión y de prensa para fundamentar la posición preferente de la Primera Enmienda en su opinión concurrente de *New York Times co. v. Sullivan*, citando expresamente los términos que el eminente jurista empleó para demostrar la simbiótica relación entre la libertad de expresión y el sistema democrático.¹²⁴

¹²¹ «*The First Amendment was written by men to whom Wilkes and Junius were household words, who intended to wipe out the common law of sedition, and make further prosecutions for criticism of the government, without any incitement to law-breaking, forever impossible in the United States of America*», CHAFEE, Zechariah, Jr., *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1942, pág. 21. Tal interpretación del “original meaning” de la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda ha sido mayoritariamente aceptada por la doctrina constitucionalista norteamericana, entre otros, *vid.* SCHOROEDER, Theodore, *Constitutional Free Speech Defined and Defended in an Unfinished Argument in a Case of Blasphemy*, Free Speech League, New York, 1919, pág. 98; PATTERSON, Giles J., *Free Speech and a Free Press*, Little, Brown, Boston, 1939, págs. 101-102; SMITH, James Morton, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, Cornell University Press, Ithaca, 1956, págs. 421-431; KELLY, John, “Criminal Libel and Free Speech”, *Kansas Law Review*, núm. 6, 1958, pág. 310.

¹²² En efecto, aunque el eminente Juez había defendido una inequívoca interpretación blackstoniana de la Primera Enmienda, «*The main purpose of such constitutional provisions is to prevent all such previous restraints as had been practised by other governments, and they do not prevent the subsequent punishment of such as may be deemed contrary to the public welfare*», *vid.* *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454, 462 (1907), sin embargo, en el célebre *Abrams v. United States* Holmes concurría con Brandeis en afirmar «*I wholly disagree with the argument of the Government that the First Amendment left the common law as to seditious libel in force. History seems to me against the notion*», 250 U.S. 616, 630 (1919). Manteniendo la posición de Holmes, *vid.*, también las opiniones de los jueces Hugo L. Black y Douglas en *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 272 (1951).

¹²³ «*...we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials... This is the lesson to be drawn from the great controversy over the Sedition Act of 1798, 1 Stat. 596, which first crystallized a national awareness of the central meaning of the First Amendment... views reflect a broad consensus that the Act, because of the restraint it imposed upon criticism of government and public officials, was inconsistent with the First Amendment*», *New York Times Co., v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹²⁴ «*For a representative democracy ceases to exist the moment that the public functionaries are by any means absolved from their responsibility to their constituents: and this happens whenever the constituent can be restrained in any manner from speaking, writing or publishing his opinion upon any public measure, or upon the conduct of those who may advise or execute it*», *New York Times co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 297 (1964).

VII. CONSIDERACIONES FINALES

63. Como señalábamos al principio, el proceso de positivación de las libertades de expresión y de prensa en las Declaraciones y Constitucionales estatales así como en la propia Constitución federal refleja la presencia de una serie de fuentes ideológicas que se habían gestando desde el período colonial, caracterizaron al proceso revolucionario y que contribuirían a la emergencia de una línea de pensamiento que cristalizaría en las Declaraciones de Derechos del período revolucionario y que alcanzaría rango constitucional en la Primera Enmienda. Asimismo, la gestación de la Primera Enmienda también revela la tensión entre el poder federal y el de los estados miembros y la naturaleza limitada del gobierno nacional en un Estado federal. Asunto que estuvo presente en la aprobación y aplicación de la *Sedition Act* de 1798, frente a la que reaccionaría Thomas Jefferson. Cuestiones paradigmáticamente analizadas por St. George Tucker en los *Blackstone's Commnetaries*.

64. Demostrándose así que tras la gestación de la Primera Enmienda se había forjado una concepción de las libertades de expresión y de prensa en el sistema constitucional norteamericano que superaba la restrictiva concepción blackstoniana, al menos desde el punto de vista teórico-constitucional, constituyendo la génesis del diacrónico periplo que paulatinamente contribuiría a otorgarle significado, aunque es verdad que la vigencia de la Primera Enmienda a lo largo de estos doscientos años viene a reflejar un tortuoso periplo no exento de dificultades.¹²⁵ Como señaló el célebre Juez Oliver Wendell Holmes, las concepciones constitucionales no se forjan espontáneamente, son el resultado de todo un diacrónico proceso de gestación y formación. No son fórmulas matemáticas cuya esencia radique en su forma, son instituciones orgánicas, vivas, y su significación es vital, no formal, no se ha de entender tomando simplemente las palabras y un diccionario, sino considerando su origen y el curso de su desarrollo.¹²⁶

¹²⁵ En este sentido, *vid.* TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2nd ed., Foundation Press, Mineola, N. Y., 1988, pág. iii.

¹²⁶ *Cfr. Gompers v. United States*, 233 U.S. 604, 610 (1914).

