

«A LEGACY OF SUPPRESSION» (II):
DEL CONTROL DE LA INFORMACIÓN Y
OPINIÓN EN LA AMÉRICA COLONIAL Y
PRERREVOLUCIONARIA. LA EMERGENCIA DE
LA LIBERTAD DE PRENSA¹

MARÍA NIEVES SALDAÑA DÍAZ
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Huelva
manieves@uhu.es

*«...the liberty of the press in indeed essential to the nature of a free
state; but this consists of laying no previous restraints upon publications,
and not in freedom from censure for criminal matter when published».²*

ÍNDICE: 1. Del libelo sedicioso en la tradición constitucional norteamericana.- 2. Del restrictivo legado inglés en las colonias americanas: factores ideológicos y políticos para su superación.- 3. Del sistema de licencias: censura previa y tolerancia religiosa.- 4. Del control represivo: libelo sedicioso y privilegio parlamentario.- 5. De la recepción de la tradición radical inglesa: las *Cato's Letters* y el *Caso Zenger*.- 6. De la emergencia de la libertad de prensa: el legado de la "Generación Zenger".- 7. Libertad de prensa y libelo sedicioso en la ideología colonial y prerrevolucionaria: la paradoja del discurso utilitarista.

INDEX: 1. The seditious libel in the American constitutional scholarship.- 2. The English restricted legacy in the American colonies: political and ideological factors for its overcoming.- 3. The licensing system: prior restraint and religious toleration.- 4. The repressive restraint: seditious libel and parliamentary privilege.- 5. The reception of the English radical tradition: the *Cato's Letters* and the *Zenger's Case*.- 6. The emergence of the freedom of the press: the legacy of the "Zenger Generation".- 7. Freedom of the press and seditious libel in the colonial and pre-revolutionary ideology: the paradox of the utilitarian discourse.

PALABRAS CLAVE: Derecho Constitucional norteamericano siglos XVII y XVIII • Censura previa • Libelo sedicioso. • Libertad de prensa • Libertad de expresión.

¹ El presente estudio debe entenderse continuación del que fue publicado bajo el título "*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, pgs. 175-211, que puede consultarse a texto completo en http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A08.pdf.

² Blackstone, William Sir., *Commentaries on the Laws of England*, London, 1765-1769, Libro IV, cap. II, pgs. 151-152, reimpresso en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1996, pgs. 104-105.



KEY WORDS: Seventeenth and Eighteenth Century American Constitutional Law
• Prior restraint • Seditious libel. • Freedom of the press • Freedom of speech.

1. DEL LIBELO SEDICIOSO EN LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA

La emergencia de la “primitiva” *Sociedad de la Información y del Conocimiento* que representó la proliferación de material impreso en la Europa de los siglos XVI y XVII supuso el establecimiento de un férreo control estatal sobre su producción y difusión de carácter preventivo y posteriormente represivo, paradigmáticamente reflejado en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII. Férreo control que traspasaría las fronteras oceánicas para arribar a las tierras colonizadas de Norteamérica, donde la conquista de la libertad de expresión tendría que librar la más feroz batalla para superar la aplicación del libelo sedicioso vigente en el *Common Law*. En efecto, la derogación del sistema de censura inglés en 1695 provocó que el libelo sedicioso constituyera el principal mecanismo legal con que contaba la Corona británica para restringir la crítica política, llegando a ser a partir del siglo XVIII vehículo paradigmático de control de la opinión pública a ambos lados del Atlántico. El libelo sedicioso constituía una subcategoría del libelo criminal regulado en el *Common Law*, en el que se encuadraba tanto la difamación de cualquier personaje público como la crítica del gobierno como institución, argumentándose que ningún gobierno podría subsistir si no se somete a responsabilidad quienes derraman opiniones perniciosas sobre él, ya que es condición necesaria a todo gobierno que el pueblo tenga una buena opinión de su funcionamiento, y nada puede ser peor para su ejercicio que promover animosidades acerca de su dirección, de ahí que ningún gobierno pueda estar seguro a menos que sea castigado, así definido en 1704 por el juez John Holt (1642-1710) en el caso *Queen v. Tutchin*,

«*This is a very strange doctrine to say that it is not a libel reflecting on the government, endeavouring to possess the people that the government is maladministered by corrupt persons... To say that corrupt officers are appointed to administer affairs is certainly a reflection on the government. If men should not be called to account for possessing the people with an ill opinion of the Government, no Government can subsist. For it is very necessary for every Government, that the people should have a good opinion of it. And nothing can be worse to any Government, than to endeavour to procure animosities as to the management of it; this has always been looked upon as a crime, and no government can be safe without it.*»³

³ *Queen v. Tutchin*, 90. Eng. Rep. 1133, Holt 1134 (Q. B. 1704), *vid.* Siebert, Frederick S., *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control*, University of Illinois Press, Urbana, 1965, pg. 271. Sobre los orígenes del libelo sedicioso en la Inglaterra del siglo XVII, *vid.* mi artículo “«A Legacy of Suppression»: Del control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII”, *op. cit.*, pgs. 205-210 y bibliografía allí citada

En el proceso por libelo sedicioso en la Inglaterra del siglo XVIII el jurado sólo tenía competencia para decidir si el acusado era responsable de la publicación de las expresiones que se le imputaban así como si éstas se referían al Monarca o a los principales miembros del gobierno, reservándose a la jurisdicción del tribunal la aplicación del tipo criminal del libelo sedicioso por su tendencia maliciosa, no estándole permitido al acusado alegar como defensa la veracidad de los hechos publicados.⁴ Así queda reflejado por el juez Thomas Raymond en el caso *Rex v. Francklin* (1731),

«...in this information for libel there are three things to be considered, whereof by you the jury, and one by de court. The first thing under your consideration is whether the defendant Mr. Francklin is guilty of the publication of this Craftsman or not? The second is, whether the expressions in that letter refer to his present majesty and his principal officers and minister of state, and are applicable to them or not?...But there is a third thing, to wit, whether these defamatory expressions amount to a libel or not? This does not belong to the office of the jury, but to the office of the Court; because it is a matter of law and not of fact».⁵

La criminalidad del libelo sedicioso estaba plenamente aceptada en la doctrina constitucional inglesa de mediados del siglo XVIII, como refleja el célebre pasaje sobre la libertad de prensa en los Comentarios de Blackstone. Abogado, juez y parlamentario, Sir William Blackstone (1723-1780) procedió en los cuatro volúmenes de sus *Commentaries on the Laws of England* (publicados entre 1765 y 1769) a un análisis comprensivo del sistema legal inglés en términos históricos, filosóficos y políticos. Los Comentarios alcanzaron notable éxito en Gran Bretaña y fueron rápidamente publicados en las colonias americanas, ejerciendo una enorme influencia en el desarrollo del sistema constitucional americano,⁶ de ahí que no le falte razón a Varela Suanzes cuando afirma que fue el jurista inglés más influyente del siglo XVIII.⁷ Blackstone mantenía en el Libro IV de sus célebres Comenta-

⁴ Para un análisis del proceso de transformación que sufre el Derecho de libelo a partir del siglo XVIII, *vid.* Siebert, Frederick S., *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control, op. cit.*, pgs. 380-392;

⁵ 9 St. Tr. 269.

⁶ «Probably no other English legal treatise reigned for so long a time as an authoritative exposition of Anglo-American jurisprudence as did Blackstone's *Commentaries*... For many American judges on the bench today the reading of Blackstone was the sum and substance of legal education», *vid.* Cohen, M. R. y Cohen, F. S., *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Boston, Toronto, Prentice Hall, New York, 1951, pg. 384.

⁷ *Cfr.* Varela Suanzes, J., "Sistema de gobierno y partidos políticos en el pensamiento constitucional británico durante el último tercio del siglo XVIII (de Blackstone a Paley)", *Historia Constitucional*, Revista Electrónica, núm. 1, junio, 1999, <http://constitucion.rediris.es/revista/hc/uno/indice1.html>, párrafo, 1. Para su estudio, *vid.* Willman, Robert, "Blackstone and the Theoretical Perfection of English Law in the Reign of Charles II", *Historical Journal*, vol. 26, pgs. 39 y ss.; Posner, Richard A., "Blackstone and Bentham", *Journal of Law and Economy*, vol. 19, 1976, pgs. 569 y ss.; y la clásica bibliografía de

rios que el libelo sedicioso era plenamente compatible con la libertad de prensa, garantizada con la ausencia de censura previa, defendiendo la represión de aquellos escritos que pretenden atacar o ridiculizar al gobierno o sus miembros, porque a través de ellos se quiebra la paz y el orden establecido, siendo la supuesta intención perniciosa del escrito suficiente para ejercitar el control, con independencia de la veracidad de su contenido,

*«Where blasphemous, immoral, treasonable, schismatical, seditious, or scandalous libels, are punished by the English law, the liberty of the press, properly understood, is by no means infringed or violated; the liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state; but this consists of laying no previous restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public; to forbid this is to destroy the freedom of the press, but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequences of his own temerity, but to punish any dangerous or offensive writings, which when published, shall on a fair and impartial trial, be judged of a pernicious tendency, is necessary for the preservation of peace and good order of government and religion, the only solid foundations of civil liberty. Thus the will of the individuals is still left free; the abuse only of that free-will is the object of legal punishment. Neither is any restraint hereby laid upon freedom of thought or enquiry: liberty of private sentiments is still left; the disseminating, or making public, of bad sentiments, destructive of the ends of society, is the crime which society corrects».*⁸

La concepción blackstoniana traspasó las fronteras oceánicas y arribó a las tierras colonizadas de Norteamérica, revelando la experiencia histórica de las colonias y del período revolucionario y constituyente la vigencia del libelo sedicioso en la práctica parlamentaria y judicial americana incluso a principios del siglo XIX. Sin embargo, hasta el célebre monográfico de Leonard W. Levy de 1960 en la literatura constitucional norteamericana estudiosa del diacrónico proceso de conceptualización de la Primera Enmienda predominó una concepción más generosa del ámbito de protección de la libertad de expresión y de prensa reconocido por los padres fundadores en la cláusula constitucional. Según esta interpretación, la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana significó la superación del restrictivo libelo sedicioso vigente en el *Common Law*. Esta concepción fue defendida, entre otros, por Henry Schofield en su fundacional ensayo “Freedom of the Press in the United States” (1914), «*One of the objects of the Revolution was to get rid of the English common law on liberty of speech and of the press*»,⁹ y por

Lockmiller, David A., *Sir William Blackstone*, The University of Carolina Press, Chapel Hill, 1938.

⁸ Blackstone, William Sir., *Commentaries on the Laws of England*, London, 1765-1769, Libro IV, cap. II, pgs. 151-152, reimpresso en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1996, pgs. 104-105.

⁹ *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, pgs. 510-571, especialmente, pgs. 521-522. El ensayo “Freedom of the Press in the United States” fue originalmente publicado en *Proceedings of the American Socio-*

Zechariah Chafee, Jr. (1885-1957), uno de los primeros constitucionalistas norteamericanos que dedicó el grueso de su línea de investigación a la cláusula de libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda.¹⁰ Influenciado por la situación bélica que caracterizó a la primera mitad del siglo XX, Chafee consagró sus esfuerzos a la conceptualización de la libertad de expresión en tiempos de guerra, rechazando la visión reduccionista que había precedido la interpretación decimonónica de la Primera Enmienda, sosteniendo en su conocido libro *Freedom of Speech in the United States* (1942) que la garantía constitucional de la libertad de expresión extendía su protección más allá de la clásica doctrina blackstoniana de los supuestos de “prior restraint”, «*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*».¹¹

Esta interpretación es igualmente defendida en diversos pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema de Estados Unidos, destacando el de los magistrados Oliver Wendell Holmes y Louis D. Brandeis en *Abrams v. United States*,¹² así

logical Society, vol. II, 1914, pgs. 67-116. La opinión de Schofield fue incluso citada por la Corte Suprema norteamericana en *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 264 (1491).

¹⁰ 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, pg. 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, pg. 124.

¹¹ *Vid.* Chafee, Zechariah, Jr., *Free Speech in the United States*, Cambridge, Mass., 1942, pg. 21. Tal interpretación ha sido mayoritariamente aceptada por la doctrina constitucionalista americana, 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, pg. 98; Patterson, Giles J., *Free Speech and a Free Press*, Little, Brown, Boston, 1939, pgs. 101-102; Smith, James Morton, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, Cornell University Press, Ithaca, 1956, pgs. 421-431; Kelly, John, “Criminal Libel and Free Speech”, *Kansas Law Review*, núm. 6, 1958, pg. 310.

¹² 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,

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,

«...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».¹³

Frente a esta tradición y tras dedicar gran parte de sus investigaciones y publicaciones al campo del Derecho Constitucional histórico relacionado con el *Bill of Rights*,¹⁴ Levy inauguró una nueva etapa en el proceso de conceptualización de la Primera Enmienda al ofrecer una novedosa interpretación de las doctrinas sobre la libertad de expresión imperantes en el período colonial y revolucionario 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 1960 el monográfico de Levy desafió la concepción liberal al ofrecer 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,

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).

¹³ *New York Times Co., v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁴ Entre su extensa bibliografía en la materia, *vid. Seasoned Judgements: the American Constitution, Rights, and History*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1995; *Original Intent and the Framers' Constitution*, Collier Macmillan, New York, 1988; *The American Founding: Essays on the Formation of the Constitution*, J. Jackson Barlow, Leonard W. Levy y Ken Masugi (eds.), Greenwood Press, New York, 1988; *The Framing and Ratification of the Constitution*, Leonard W. Levy and Dennis J. Mahoney (eds.), Collier Macmillan, New York, 1987; *Constitutional Opinions: Aspects of the Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1986; *Essays on the Making of the Constitution*, Leonard W. Levy (ed.), Oxford University Press, New York, 1987.

«This book presents a revisionist interpretation of the origins and original understanding of the First Amendment's clause on freedom of speech and press. I have been reluctantly forced to conclude that the generation which adopted the Constitution and the Bill of Rights did not believe in a broad scope for freedom of expression, particularly in the realm, of politics. I find that the libertarian theory from the time of Milton to the ratification of the First Amendment substantially accepted the right of the state to suppress seditious libel...The evidence... indicates that the generation that framed the first state declarations of rights and the First Amendment was hardly as libertarian as we have traditionally assumed. They did not intend to give free rein to criticism of the government that might be deemed seditious libel, although the concept of seditious libel was —and still is— the principal basis of muzzling political dissent...A broad libertarian theory of freedom of speech and press did not emerge in the United States until the Jeffersonian, when a minority party, were forced to defend themselves against the Federalist Sedition Act of 1798».¹⁵

La concepción de Levy es matizada veinticinco años más tarde en *Emergence of a Free Press*, revisando su primera interpretación a favor de una visión más generosa, considerando que para la generación de los *framers* las libertades de expresión y de prensa consagradas en la Primera Enmienda no significaron exclusivamente la ausencia de censura previa tal como fuera definida por Blackstone en la tradición del *Common Law*.¹⁶ Sin embargo, aunque no han faltado expresas objeciones a su interpretación,¹⁷ Levy sigue manteniendo su principal tesis, afirmando que en defensa del privilegio parlamentario las asambleas legislativas coloniales fueron más opresivas que las cortes judiciales, que la generación revolucionaria americana aceptó la criminalidad de las críticas al gobierno por libelo sedicioso y que la

¹⁵ Vid. Levy, Leonard W., *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1960, pgs. 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, pgs. 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 pag. 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, pgs. 615-651, especialmente pgs. 636-637 y 649-650.

¹⁶ Vid. Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1985, pgs. x-xii.

¹⁷ 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, pgs. 456-540; Mayton, William T., "Seditious Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression", *Columbia Law Review*, vol. 84, January, 1984, pgs. 91-142. Para su réplica, *vid.* Levy, Leonard W., "The Legacy Reexamined", *Stanford Law Review*, vol. 37, February, 1985, pgs. 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, pgs. 139-160; *vid.* también, Anastaplo, George, Book Review de *Legacy of Suppression* en *New York University Law Review*, vol. 39, 1964, pgs. 735-741;

intención de los redactores de la Primera Enmienda no fue «*to abolish the common law of seditious libels*».¹⁸ Y para Levy el libelo sedicioso es incompatible con una real libertad de prensa en un sistema democrático, como había argumentado Harry Kalven en 1964 al analizar la repercusión del célebre *New York Times Co., v. Sullivan*,

«*The concept of seditious libel strikes at the very heart of democracy. Political freedom ends when government can use its powers and its courts to silence its critics. My point is not the tepid one that there should be leeway for criticism of the government. It is rather that defamation of the government is an impossible notion for a democracy. In brief, I suggest that the presence or absence in the law of the concept of seditious libel defines the society. A society may or may not treat obscenity or contempt by publication as legal offenses without altering its basic nature. If, however, it makes seditious libel an offense, it is not a free society no matter what its other characteristics*».¹⁹

Con todo y como afirma el conocido constitucionalista Laurence H. Tribe, la adopción de la Primera Enmienda marcó el inicio de un proceso que paulatinamente contribuiría a otorgarle significado.²⁰ Proceso iniciado un siglo y medio antes, porque, 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, trasplantadas del suelo inglés, y la 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.²¹ Proceso en tránsito continuo que define a la norma fundamental como una “*living Constitution*”. Por todo, la Primera Enmienda fue resultado, como señala David S. Bogen, de la integración de una serie de fuentes ideológicas entre las que destacan en el período colonial el ancestral privilegio parlamentario al libre debate, el proceso de conceptualización de la tolerancia religiosa, la abolición del sistema de censura previa y la recepción de la tradición republicana que representan las *Cato's Letters*.²²

¹⁸ Cfr. Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1985, pgs. xii-xiii.

¹⁹ Vid. Kalven, Harry, “The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment””, *The Supreme Court Review*, 1964, Philip B. Kurland (ed.), University of Chicago Press, Chicago, 1965, pgs. 199-222, especialmente pg. 205.

²⁰ Vid. Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2nd ed., Foundation Press, Mineola, N. Y., 1988, pg. iii.

²¹ Cfr. *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604, 610 (1914).

²² Cfr. Bogen, David S., “The Origins of Freedom of Speech and Press”, *Maryland Law Review*, vol. 42, núm. 3, 1983, pgs. 429-465, especialmente, pgs. 430-431.

2. DEL RESTRICTIVO LEGADO INGLÉS EN LAS COLONIAS AMERICANAS: FACTORES IDEOLÓGICOS Y POLÍTICOS PARA SU SUPERACIÓN

El férreo control sobre la producción y difusión de todo tipo de material impreso vigente en el Derecho británico del siglo XVII traspasaría las fronteras oceánicas para arribar a las tierras colonizadas de Norteamérica. Sin embargo, en el período colonial y revolucionario americano confluyeron una serie de factores ideológicos y políticos que coadyuvaron a la superación del control preventivo y, en cierta medida, a la modulación del paradigmático control represivo impuesto por el libelo sedicioso del *Common Law*.

Entre estos factores destaca, en primer lugar, la cuestión de la tolerancia religiosa. Como es sabido, el discurso de la tolerancia y de la libertad religiosa coadyuvó a la defensa de la libertad de expresión. Así se refleja en la doctrina toleracionista inglesa de mediados del siglo XVII, representada por los escritos y panfletos de radicales, independentistas y *Levellers* como William Walwin, John Lilburne, Henry Robinson y Richard Overton, en los que germinarían las semillas fundacionales de las futuras doctrinas a favor de la tolerancia religiosa, del gobierno democrático y de la libertad de expresión.²³ Y no se olvide que los primeros asentamientos coloniales fueron causa del clima de intolerancia religiosa imperante en la Inglaterra del siglo XVII, paradigmáticamente reflejado en el conocido episodio de los puritanos que a bordo del *Mayflower* partieron desde Southampton hacia las tierras libres de Nueva Inglaterra, firmando el célebre *Mayflower Compact* (11 de noviembre de 1620) y fundando la primera colonia en Plymouth (Massachusetts).²⁴ Los puritanos fundaron Massachusetts, los cuáqueros Pennsylvania y los católicos Maryland, reflejándose un incipiente compromiso de libertad religiosa en algunas colonias.²⁵ Así, la *Meryland Act Concerning Religion* de 1649 proclamaba mayor ámbito de tolerancia religiosa que la vigente en

²³ Sobre la historia de la tolerancia religiosa en Inglaterra *vid.*, por todos, Jordan, Wilbur K., *The Development of Religious Toleration in England*, 4 vols., Harvard University Press, Cambridge, 1932-1940; para estudios más recientes, *vid.* Grell, Ole Peter (ed.), *From Persecution to Toleration: The Glorious Revolution and Religion in England*, Clarendon Press, Oxford, 1991; Davis, J. C., "Religion and the Struggle for Freedom in the English Revolution", *The Historical Journal*, vol. 35, 1992, pgs. 507-530; Worden, Blair, "Toleration and the Cromwellian Protectorate", en *Studies in Church History*, vol. 21, 1984, pgs. 199-233.

²⁴ De la extensa bibliografía, *vid.* Willison, George. *Saints and Strangers: The Story of the Mayflower and the Plymouth Colony*, Heinemann, London, 1966; Haxtun, Annie A., *Signers of the Mayflower Compact*, Genealogical Pub. Co., Baltimore, 1968.

²⁵ Sobre la tolerancia y la libertad religiosa en las colonias americanas, *vid.* Sweet, William W., *Religion in Colonial America*, C. Scribner's Sons, New Cork, 1942; Belmont, Perry, *Political Equality: Religious Toleration from Roger Williams to Jefferson*, Putnam's, New York and London, 1927.

Inglaterra cuatro décadas más tarde, siendo el primer texto colonial en reconocer expresamente el libre ejercicio de la religión, «*that noe psons or persons whatsoever within this Province, or the Islands, Ports, Harbors, Creekes, or havens thereunto belonging professing to believe in Jesus Crhist, shall from henceforth bee any waies troubled, Molested o discountenanced for or in respect of his or her religion nor in the free exercise thereof... nor any way compelled to the beliefe or exercise of any other Religion against his or her consent*».²⁶ Igualmente, la *Charter of Rhode Island and Providence Plantations* (8 de Julio de 1663), reconocía expresamente la libre opinión en materia religiosa, «*that noe person within the sayd colonye, at any tyme hereafter, shall bee any wise molested, punished, disquieted, or called in question, for any difference in opinione in matters of religion*».²⁷ Y el *Frame of Government* de Pennsylvania de 1682 establecía la garantía de que ningún creyente «*shall in no ways, be molested or prejudiced for their religious persuasion, or practice, in matters of faith and worship*».²⁸

Sin embargo, la conquista de determinados ámbitos de tolerancia no supuso la aceptación de las opiniones religiosas opuestas. Paradójicamente, la primera etapa del período colonial se caracterizó por la más absoluta falta de tolerancia entre las diferentes ideas y concepciones religiosas, como ejemplifican los diversos casos de persecución contra las opiniones religiosas minoritarias o disidentes, constituyendo ejemplo paradigmático la expulsión de Massachusetts del célebre toleracionista Roger Williams. Con todo, a principios del siglo XVIII el movimiento religioso que potenció el libre examen, el llamado *Great Awakening*,²⁹ condujo a la minusvaloración de la autoridad de los predicadores y de otros líderes intelectuales y a la propagación del deísmo como religión natural crítica de los dogmas revelados.³⁰ Una crítica que apoyó los valores democráticos en la arena política y

²⁶ *Maryland Act Concerning Religion* (1649), en *The Bill of Rights: A Documentary History*, Bernard Schwartz (ed.), 2 vols., Chelsea House Publishers and Mcgraw Hill Book Company, New York, 1971, pg. 343. Sobre la tolerancia religiosa en Maryland, *vid.* Russell, William T., *Maryland, the Land of Sanctuary: A History of Religious Toleration in Maryland from the First Settlement until the American Revolution*, Md.: J. H. Furst Co., Baltimore, 1907.

²⁷ *Charter of Rhode Island and Providence Plantations* (1663), en *The Bill of Rights: A Documentary History*, *op. cit.*, pg. 97.

²⁸ *Pennsylvania Frame of Government* (1682), en *The Bill of Rights: A Documentary History*, *op. cit.*, pg. 143. Sobre la tolerancia religiosa en Pennsylvania, *vid.* Schwartz, Sally, '*A Mixed Multitude: The Struggle for Toleration in Colonial Pennsylvania*', New York and London, New York University Press, 1987.

²⁹ Sobre el *Great Awakening*, *vid.* Cowing, Cedric B., *The Great Awakening and the American Revolution: Colonial Thought in the Eighteenth Century*, Rand McNally, Chicago, 1971; Monroe, Stearns, *The Great Awakening, 1720-1726; Religious Revival Rouses Americans' Sense of Individual Liberties*, Watts, New York, 1970; Perry, R. B., "Jonathan Edwards and the Great Awakening", en *Puritanism and Democracy*, The Vanguard Press, New York, 1944, pgs. 75 y ss.

³⁰ Sobre el deísmo, *vid.* Hazard, Paul, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, versión española de Julián Marías, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pgs. 105-118; Baumer, Franklin L., *El pen-*

en el sistema judicial, conduciendo a un nuevo principio de legitimación democrática,³¹ que, como ha defendido Peces-Barba, sentó los presupuestos para el desarrollo de la filosofía de los derechos fundamentales.³²

Un segundo factor fue el creciente predominio de las Asambleas populares en la organización institucional de las colonias, erigiéndose en guardianes acérrimos de su *status*, persiguiendo y castigando toda crítica disidente a sus miembros o a su gobierno. 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. Realmente, el desarrollo del privilegio parlamentario al libre debate en la historia colonial americana demuestra, al igual que en tierras inglesas, una notable conexión entre la libertad de expresión y el proceso político. En efecto, en las asambleas coloniales fue evolucionando un grado de representación popular que se oponía al “elitismo” del gobernador. Su victoria fue resultante de las mismas fuerzas que habrían de provocar la independencia de las colonias, el control popular del destino político y económico del país.³³

No debe olvidarse que en Inglaterra la primera manifestación de la libertad de expresión que alcanzó reconocimiento formal fue la libertad de discusión en sede parlamentaria. El privilegio parlamentario al libre debate se gestó durante la lucha del Parlamento inglés por alcanzar mayores cotas de soberanía frente al poder monárquico. La batalla que libraron los Comunes por alcanzar el privilegio estaba íntimamente conectada con la función representativa y con la progresiva conquista de la soberanía parlamentaria.³⁴ Tal proceso histórico se decantó definitiva-

samiento europeo moderno (Continuidad y cambio en las ideas, 1660-1950), Traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pgs. 178 y ss.

³¹ *Vid.* McLoughlin, W. G., “The Role of Religion in the Revolution. Liberty of Conscience and Cultural Cohesion in the New Nation”, en *Essays on the American Revolution*, Stephen J. Kurtz y James H. Hutson (eds.), University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1973, pgs. 203-204; Boorstin, Daniel J., *The Americans: The Colonial Experience*, Random House, New York, 1958, vol. I. pgs. 167-168.

³² *Cfr.* Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982, pgs. 92-93.

³³ En este sentido, *vid.*, Sutherland, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, traducción de José Clementi, Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1972, pg. 146.

Sobre la emergencia y evolución de las asambleas coloniales, *vid.*, por todos, Kammen, Michael, *Deputies and Liberties: The Origins of Representative Government in Colonial America*, Knopf, New York, 1969; Moran, Thomas Francis, *The Rise and Development of the Bicameral System in America*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1895.

³⁴ De la extensa bibliografía sobre esta cuestión, *vid.* Wittke, Carl, *The History of English Parliamentary Privilege*, De Capo Press, New York, 1970; Neale, J. E., “The Common’s Privilege of Free Speech in Parliament”, en *Historical Studies of the English Parliament*, Fryde E. B. y Edward Miller (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 1970, pgs. 150 y ss.; Foster, Elizabeth

mente a favor del órgano representativo en el documento que consagró el proceso revolucionario de 1688, declarando el artículo 9 del *Bill Of Rights*, «*That the freedom of speech and debates or proceedings in parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of parliament*». ³⁵ Sin embargo, como señala agudamente Siebert, al no reconocer más que un privilegio parlamentario su contribución a la teoría de la libertad de expresión fue relativa. ³⁶ En efecto, el análisis histórico revela que la lucha por la libertad de debate en el Parlamento inglés se articuló como un mecanismo de garantía del principio representativo y de la función parlamentaria que posibilitó al mismo tiempo la limitación de la soberanía monárquica y el despliegue de la soberanía parlamentaria. Sin embargo, no es posible identificar la libertad de expresión en las Cámaras inglesas con un genuino derecho de libertad, antes al contrario, su propia denominación de privilegio parlamentario niega la universalidad de tal concepto, porque, como afirma Levy, la cuestión ya no era que la prerrogativa regia infringiese la garantía de la libertad de debate en sede parlamentaria «*but that Parliament did not permit freedom of speech to nonmembers*». ³⁷

En tierras americanas, las Asambleas coloniales siguieron el ejemplo del Parlamento inglés, asegurándose el mismo privilegio. ³⁸ Así, la Sección XXXVI de las *Concessions and Agreements of West New Jersey* (13 de marzo de 1677) reconocía que en toda asamblea libre y general cada miembro tenía libertad para expresarse, que ningún hombre debía ser interrumpido mientras hablaba, que todas las cuestiones, antes de ser enmendadas, serían sometidas a libre deliberación, y que cada miembro tenía derecho a formular su protesta y a explicar las razones que la justificaban. ³⁹ La influencia del modelo inglés alcanzaría al período revolucionario,

R., *Proceedings in Parliament, 1610*, 2 vols., Yale University Press, New Haven, 1966, especialmente vol. II.

³⁵ 1 Wm. & Mar., sess. 2, ch.2 (1688), *vid.* Perry, Richard L., *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, general supervision of John Cooper, American Bar Foundation, Chicago, 1978, pg. 247. Para la edición española, *vid.* Sutherland, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, *op. cit.*, pg. 121.

³⁶ «*Parliament in the early Stuart period was too opinionated, too obsessed with its own righteousness, too convinced of the soundness of its own positions to make a stable contribution to the doctrine of freedom of speech*», Siebert, Frederick S., *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control*, *op. cit.*, pg. 116.

³⁷ Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 14.

³⁸ *Vid.* Clarke, Mary Patterson., *Parliamentary Privilege in the American Colonies*, De Capo Press, New York, 1943, pgs. 62 y ss.

³⁹ *Vid.* Peces-Barba Martínez, Gregorio *et al.* (eds.), *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987, pg. 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.*, pgs. 184-188.

reconociéndose en las Declaraciones y Constituciones de varios estados. El artículo VIII de la *Maryland Bill of Rights* (3 de noviembre de 1776) establecía «*That freedom of speech, and debates or proceedings, in the legislature, ought not to be impeached in any other court or judicature*». Igualmente, la *Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Commonwealth of Massachusetts* (25 de octubre de 1780), proclamaba en su artículo XXI, «*The freedom of deliberation, speech and debate, in Either house of legislature, is so essential to the rights of the people, that it cannot be the foundation of any accusation or prosecution, action or complaint, in any other court or place whatsoever*». Asimismo, la Declaración de Derechos de la Constitución de New Hampshire (2 de junio de 1784) estatúa en su artículo XXX, «*The freedom of deliberation, speech, and debate, in either house of the legislature, is so essential to the rights of the people, that it cannot be the foundation of any action, complaint, or prosecution, in any other court or place whatsoever*». Y en el número V de los Artículos de Confederación y Unión Perpetua (1 de marzo de 1781), que definieron el gobierno de los Estados Unidos hasta la aprobación de la Constitución norteamericana en 1787, se refleja nítidamente la influencia del ancestral privilegio parlamentario inglés, «*Freedom of speech and debate in Congress shall not be impeached or questioned in any court or place out of Congress*». Consagrado en la redacción definitiva del Artículo I, Sección 6ª (1) de la vigente Constitución norteamericana (17 de septiembre de 1787), «*for any speech or debate in Either House, they [senadores y representantes] shall no be questioned in any other place*».⁴⁰

Por todo, no le falta razón a Levy cuando afirma que hasta el último cuarto del siglo XVIII la libertad de expresión no se refirió a un derecho individual sino a un privilegio parlamentario, de ahí que, como señala Hudon, hasta que no se aprobó la Primera Enmienda la garantía más evidente de la libertad de expresión fue la que aseguraba la libertad de debate en sede parlamentaria.⁴¹ Sin embargo, la conquista del privilegio parlamentario al libre debate por las Asambleas coloniales no sólo contribuyó a su independencia y autoridad frente al gobierno de la Corona inglesa, fue también un medio empleado frente al descontento popular. En efecto, la garantía de que ningún miembro de las Asambleas podía ser cuestionado por sus opiniones o de que no se podía imprimir sin autorización los debates y procedimientos parlamentarios fue utilizada frecuentemente en la América colonial y prerrevolucionaria para justificar la persecución de la crítica pública frente a la actividad del legislador por constituir “*a breach of parliamentary privilege*”, paradigmáticamente reflejado en el llamado *Smith-More Case* que instruyó la Asamblea

⁴⁰ Para consultar los documentos, *vid.* Richard L., *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, *op. cit.*, pgs. 347, 377, 385 y 410.

⁴¹ *Vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg.3; Hudon, Edward G., *Freedom of Speech and Press in America*, Public Affairs Press, Washington, 1963, pgs. 14-16.

de Pennsylvania en 1758 contra el Juez William Moore y contra el que por entonces dirigía los destinos de la Universidad de Pennsylvania, el reverendo William Smith.⁴²

Finalmente, un tercer factor que coadyuvó a la superación del control preventivo y, en cierta medida, a la atenuación de la aplicación del libelo sedicioso vigente en el *Common Law* lo integran las corrientes más radicales del período de la Guerra Civil inglesa y de la *Commonwealth* así como de la ideología republicana y *Whig* de principios del siglo XVIII que, como analizó Bailyn, ejercieron una notable repercusión en el pensamiento colonial y revolucionario americano,⁴³ coadyuvando a la recepción en las colonias de las doctrinas que reclamaban la libertad de expresión más allá del privilegio parlamentario. En efecto, a principios del siglo XVIII las doctrinas inglesas abandonaron el discurso religioso, emergiendo con fuerza argumentos más sustantivos en defensa de una concepción más abierta de la libertad de expresión. Sin duda, la definitiva revocación de la *Licensing Act* en 1694 así como la consagración en el *Bill of Rights* de 1689 del privilegio parlamentario al libre debate alteraron el discurso de libertad de expresión, comenzado a reflejarse una orientación más libertaria y extensiva del ámbito subjetivo del derecho en los escritos de representantes de la ideología republicana y *Whig*, predicable como derecho natural, como *birthright*.⁴⁴

Realmente, el ensayo fundacional del libre debate, el discurso que John Milton (1608-1674) dirigiese al Parlamento inglés en plena Revolución Puritana bajo el título de *Areopagítica* (24 de noviembre de 1644) es el primer escrito de la modernidad que reivindicó la libertad de prensa como derecho personal no circunscrito al ámbito parlamentario al exhortar al Parlamento inglés que aboliese el restrictivo sistema de cesura previa vigente en la Inglaterra puritana, proclamando Milton para la posteridad «*Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties*».⁴⁵

⁴² *Vid. infra*, 4. De la vigencia del control reprevisto: “*Seditious Libel*” y privilegio parlamentario. Para un análisis más detallado, *vid.* Dargo, George, *Roots of the Republic: A New Perspective on Early American Constitutionalism*, Praeger, New York, 1974, pgs. 118-126; Clarke, Mary Patterson, *Parliamentary Privilege in the American Colonies*, Yale University Press, New Haven, 1943, pgs. 240-246; Riddell, William Renwick, “*Libel on the Assembly: A Prerevolutionary Episode*,” *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, vol. 52, 1928, pgs. 176-192, 249-279 y 342-360.

⁴³ *Cfr.* Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1967, pgs. 34 y ss.

⁴⁴ *Vid.* Parry-Giles, Trevor, “*Parliament, Puritans and Protestors: The Ideological Development of the British Commitment to ‘Free Speech’*”, *Free Speech Yearbook*, vol. 31, 1993, pg. 29.

⁴⁵ Milton, John, *Areopagítica*, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, 8 vols., Don M. Wolfe (gen. edit.), Yale University Press, New Haven and London, 1953-1982, vol. II (1643-1648), pgs. 559-560. Para un estudio reciente, *vid.* Saldaña Díaz, María Nieves, “*En defensa de la*

A principios del siglo XVIII, el deísta Matthew Tindal (1657-1733), reclama ya expresamente la libertad de prensa como derecho natural en su *Reasons Against Restraining the Press* (1704), «[everyone] has a natural Right in all matters of Learning and Knowledge». ⁴⁶ Igualmente, la reivindicación de la libertad de expresión como derecho natural encontraría eco en los escritos de Joseph Addison (1672-1719). Bajo el seudónimo de “Tory Author”, Addison publicará *Thoughts of a Tory Author, Concerning the Press: With the Opinion of the Ancients and Moderns, about Freedom of Speech and Writing* (1712), proclamando el origen natural del derecho, «There never was a good government that stood in fear of freedom of Speech, which is the natural Liberty of Mankind». ⁴⁷ También el deísta Anthony Collins, perteneciente al llamado grupo de los *Free-Thinkers*, defendió la libertad de expresión en cualquier ámbito especulativo como medio que asegura el progreso colectivo y el alcance de la verdad en *A Discourse of Free Thinking* (1713) y en *A Discourse Concerning Ridicule and Irony in Writing* (1729), otorgando al ámbito subjetivo del derecho un marco universal en su *Apology for Free Debate and Liberty of Writings* (1724), «As it is every man's natural right and duty to think, and judge for himself in matters of opinion; so he should be allow'd freely to profess his opinions, and to endeavour, when he judges proper, to convince others of their truth». ⁴⁸

Y gracias al *Caso Zenger*, como se analizará más adelante, ⁴⁹ se recepcionará en la literatura colonial y revolucionaria las precursoras doctrinas areopagíticas de John Milton y los alegatos a favor de la prensa libre de representantes *Whigs* como Matthew Tindal, Joseph Addison, Anthony Collins y, especialmente, las doctrinas neorepublicanas que John Trenchard y Thomas Gordon defendieron en las *Cato's Letters*. Recepción que contribuirían a la emergencia en el período colonial de una línea de pensamiento que cristalizaría en las declaraciones de derechos del período revolucionario y que alcanzaría rango constitucional en la Primera Enmienda.

libertad de prensa: la *Areopagítica* de John Milton”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, julio-septiembre, 2004, pgs. 277-324, y bibliografía allí consultada.

⁴⁶ Tindal, Matthew, *Reason Against Restraining the Press*, pgs. 9-10, *vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 102. El panfleto es reproducido en Parks, Stephen (ed.), *Freedom of the Press: Six Tracts 1698-1709*, Garland Publishing, New York & London, 1975, documento D.

⁴⁷ *The Thoughts of a Tory Author Concerning the Press*, pgs. 1-2, recogido por LEVY, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 107-108.

⁴⁸ *Apology for Free Debate and Liberty of Writing*, *vid.* la *Apology* que se introduce a modo de prefacio en *A Discourse of the Grounds and Reasons of the Christian Religion* (1724), *vid.* LEVY, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg 108.

⁴⁹ *Vid. infra*, 5. De la recepción de la tradición radical inglesa: las “*Cato's Letters*” y el *Caso Zenger*.

3. DEL SISTEMA DE LICENCIAS: CENSURA PREVIA Y TOLERANCIA RELIGIOSA

Como ha analizado Leonard W. Levy, la libre expresión no fue práctica admitida en la Norteamérica británica del siglo XVII y principios del siglo XVIII.⁵⁰ En efecto, la experiencia americana de las colonias demuestra la ausencia de un reconocible ámbito de libertad de opinión que aproximara su ejercicio a la existencia de tal derecho, imponiéndose el restrictivo sistema de censura vigente en Inglaterra. Así, en Massachusetts existía desde 1664 una ley que establecía un sistema de licencia previa similar al inglés.⁵¹ De igual modo, el sistema jurídico imperante en Pennsylvania era parecido al de Massachusetts,⁵² y en Virginia no se podían imprimir sin autorización las leyes de la colonia.⁵³ El gobernador William Berkeley (1606-1677) escribía a los Lores Comisionados de Virginia en 1671, «*But I thank God, there are no free schools nor printing, and I hope we shall not have these hundred years; for learning has brought disobedience, and heresy, and sects into the World, and printing has divulged them, and libels against the best government. God keep us from both*».⁵⁴ Temores frente a la prensa libre que se reflejaban en el sistema de censura previa que prescribía la Orden Real remitida a los gobernadores coloniales, vigente hasta el primer tercio del siglo XVIII, «A causa de los grandes inconvenientes que pueden surgir por la libertad de imprimir en nuestra dicha provincia, usted debe proveer mediante las órdenes necesarias, a que ninguna persona tenga prensa para impri-

⁵⁰ «*The persistent image of colonial America as a society in which freedom of expression was cherished is an hallucination of sentiment that ignores history. The evidence provides little comfort for the notion that the colonies hospitably received advocates of obnoxious or detestable ideas on ideas on matters that counted. Nor is there reason to believe that rambunctious unorthodoxies suffered only from Puritan bigots and tyrannous royal judges. The American people simply did not believe or understand that freedom of thought and expression means equal freedom for the other person, especially the one with hated ideas*», *vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 16.

⁵¹ Un breve análisis de la situación de la libertad de prensa en el Estado de Massachusetts puede leerse en Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 26-35. Para un estudio más detallado, *vid.* Duniway, Clyde Augustus, *The Development of Freedom of the Press in Massachusetts*, Longmans, New York, 1906.

⁵² *Vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 22-26.

⁵³ *Ibidem*, pgs. 18-20; *vid.*, también, Hudon, Edward G., *Freedom of Speech and Press in America*, *op. cit.*, pgs. 17-18.

⁵⁴ Recogido por Levy, Leonard W., *Emergence of a free press*, *op. cit.*, pg. 18. *Vid.* también, Sutherland, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, *op. cit.*, pgs. 151-152; *vid.*, también, Rossiter Clinton L., *Seedtime of the Republic: The Origin of the American Tradition of Liberty*, Harcourt Brace and Company, New York, 1953, pg. 29.

mir ni que se imprima ningún libro, folleto u otro material de cualquier clase que sea, sin su especial permiso y licencia previa».⁵⁵

Por su parte, las asambleas legislativas amenazaban la libertad de opinión en las colonias mucho más que los tribunales del *Common Law*. En la década de 1630, los líderes de la colonia de la Bahía de Massachusetts condenaron a más de una treinta de disidentes por sedición, herejía y acusaciones similares. Dos casos tempranos, la persecución de Roger Williams y Anne Hutchinson ilustran la larga historia de control de la opinión en la América colonial. Sin duda, el célebre toleracionista Roger Williams (1604-1683) fue uno de los escritores ingleses más influyentes del período colonial americano, contribuyendo de forma decisiva a la tolerancia religiosa en las colonias.⁵⁶ Sus escritos, reproducidos en las publicaciones del llamado *Narragansett Club* (6 vols., Providence, 1866-1874), revelan el vigor con el que propuso sus ideales democráticos. Su obra más célebre, *The Bloody Tenent, of Persecution, for Cause of Conscience Discussed in A Conference Betweene Truth and Peace* (1644),⁵⁷ fue duramente criticada por John Cotton (1584-1652) en *The Bloody Tenent, Washed, And Made White in the Bloud of the Lambe* (1647), reafirmando Williams sus doctrinas toleracionistas con *The Bloody Tenent Yet More Bloody* (1652).⁵⁸ Con todo, el mismo Roger Williams señalaba reservas a la hora de tolerar al sector católico, exigiendo al católico romano en su famoso ensayo en defensa de la tolerancia obediencia civil, «*while papist should be tolerated along with Jews, Turkes and pagans, they must first give assurance of civil obedience*».⁵⁹

⁵⁵ Vid. Sutherland, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, op. cit., pg. 152.

⁵⁶ Entre la bibliografía más destacada sobre su obra y su posterior influencia, vid. Spurgin, Hugh, *Roger Williams and Puritan Radicalism in the English Separatist Tradition*, Mellen Press, Lewiston, New York, 1989; Gilpin, W. Clark, *The Millenarian Piety of Roger Williams*, University of Chicago Press, Chicago and London, 1979; Morgan, Edmund S., *Roger Williams: The Church and the State*, Harcourt, Brace & World, New York, 1967; Nygaard, Norman E., *Champion of Liberty. The Story of Roger Williams*, Zondervan Pub. House, Grand Rapids, Michigan, 1964. También sobre sus aportaciones en la etapa colonial, vid. Skaggs, Donald, *Roger Williams' Dreams for America*, P. Lang, New York, 1993; Miller, Perry, *Roger Williams, His Contribution to the American Tradition*, Atheneum, New York, 1962.

⁵⁷ Como señala Don M. Wolfe, la relevancia del ensayo es apreciada incluso en el siglo XX, «*The Bloody Tenent, though somewhat loosely reasoned, contains more complete and cogent arguments for extreme toleration than any tract of this tumultuous period*», vid. *Milton in the Puritan Revolution*, Thomas Nelson and Sons, New York, 1941, pg. 70.

⁵⁸ Vid. Polishook, Irwin H., *Roger Williams, John Cotton, and Religious Freedom; a Controversy in New and Old England*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1967.

⁵⁹ William, Rogers, *The Bloody Tenent, of Persecution, for Cause of Conscience*, vid. *The Writings of Roger Williams*, 6 vols., Publications of the Narragansett Club, Providence, 1866-1874, vol. II, pg. 107.

Roger Williams aparece en Massachusetts en 1631. Pronto se enfrenta a las autoridades de la colonia al desafiar el derecho del Monarca inglés de otorgar a los colonos las tierras ocupadas por los indios. Igualmente, en defensa de la separación entre las cuestiones civiles y eclesiásticas rechazó la utilización de la cruz de San Jorge en la bandera inglesa. La Asamblea de Massachusetts desterró a Roger Williams en septiembre de 1635 por expresar opiniones teológicas radicales. Como reflejan los archivos del Tribunal de la colonia, aunque había sido expulsado por herejía, la lucha por la libertad de expresión latía en el centro de la controversia,

*«Whereas Mr. Roger Williams, one of the elders of the church of Salem, hath broached & divulged divers new & dangerous opinions, against the authoritie of magistrates, as also writt, Ires of defamaçon, both of the magistrals & churches here, & that before any conviction, & yet mainetaineth the same without retraccon, it is therefore ordered, that the said Mr. Williams shall depte out of this jurisdiction within sixe weekes nowe nexte ensueing, wch if hee neglect to pforme, it shalbe lanfull for the Gounr & two of the magistrates to send him to some place out of this jurisdiction, not to returne any more without licence from the Courts».*⁶⁰

En 1636 Roger Williams fundó Providence y la colonia de Rhode Island, donde floreció la tolerancia y libertad religiosa, reconociéndose la libertad para expresar libremente las opiniones religiosas en la *Charter of Rhode Island and Providence Plantations* (8 de Julio de 1663), *«that noe person within the sayd colonye, at any tyme hereafter, shall bee any wise molested, punished, disquieted, or called in question, for any difference in opinione in matters of religion»*.⁶¹ Reflejando así el caso de Roger Williams como en la América colonial la lucha por la libertad religiosa coadyuvó a la conquista de la libertad de expresión.⁶²

En 1638 la colonia de Massachusetts impuso la misma suerte a Anne Hutchinson (1591-1643) por expresar opiniones teológicas peligrosas al defender la supremacía de la conciencia individual sobre las autoridades civiles y eclesiásticas, amenazando así la influencia y el poder de los líderes de la colonia inglesa una mujer que según la doctrina puritana no podía hablar en público, organizar discusiones sobre teología o desafiar la autoridad del liderazgo masculino de la colonia. Como puede apreciarse, Hutchinson fue precursora de la lucha por la igualdad de

⁶⁰ Recogido por Perry, Richard L., *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., pg. 164, nota 7. Vid. Greene, Theodore P. (ed.), *Roger Williams and the Massachusetts Magistrates*, Heath, Boston, 1964.

⁶¹ Reproducido en Perry, Richard L., *Sources of Our Liberties: Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, op. cit., pg. 97. Vid. Gaustand, Edwin S., *Liberty of Conscience: Roger Williams in America*, W. B. Eerdmans Pub. Co., Grand Rapids, Michigan, 1991, pgs. 24-58.

⁶² Como señala Randall P. Bezanson *«The idea of freedom of speech owes its origin not to political liberty but to religious liberty, and to an idea of freedom of conscience and religious matters, not simply one's ability to speak about one's religion»*, vid. "Institutional Speech", *Iowa Law Review*, vol. 80, 1995, pg. 758.

género, siendo una de las primeras víctimas femeninas del control de la libertad de expresión en la América colonial.⁶³

Tal clima de intolerancia religiosa se mantenía en Massachusetts catorce años más tarde, cuando en 1652 la Asamblea legislativa condenó a la hoguera los escritos de William Pynchon por considerarlos “*erronyous and bereticale*”. Igualmente, en 1661 la Asamblea de Massachusetts ordenó que el libro de John Eliot *The Christian Commonwealth*, en el que defendía que los gobernantes debían ser elegidos, fuese totalmente suprimido.⁶⁴ Y en 1719, al pastor anglicano de la Bahía de Massachusetts, John Checkley, se le prohibió publicar un escrito crítico con las doctrinas calvinistas por considerar que contenía «*sundry vile insinuations against His Majestys rightfull and lawfull authority & the constitution of the Government of Great Brittain*», siendo procesado y condenado en 1721 por “*false Seditious & wicked words*”.⁶⁵ Un último intento de aplicar la censura previa en Massachusetts tuvo lugar en 1723 cuando James Franklin de Boston fundó el *New England Courant*, utilizándolo como vehículo de sátira política y religiosa. Al cabo de unos meses se le prohibió a Franklin imprimir el *Courant* o cualquier otro panfleto o escrito «*Except it be first Supervised, by the Secretary of this Province*». Sin embargo, James Franklin publicaría el siguiente número del *Courant* sin la licencia y supervisión previa requerida. Con todo, en el proceso que se siguió Franklin fue liberado de toda culpa al negarse el jurado a aplicar un sistema de censura previa que había fenecido en Inglaterra hacía más de tres décadas, en 1695.⁶⁶ Y la defensa de la libertad de prensa no estuvo presente en la tardía extinción de la opresiva censura previa que la Asamblea de Massachusetts propició finalmente en 1721 para fortalecer su posición frente al gobierno colonial, argumentando que todo libelo sedicioso recibiría su merecido castigo.⁶⁷ Convirtiéndose así los futuros abusos de la libertad de prensa en un útil instrumento de expansión de las prerrogativas parlamentarias, porque, como señala Levy, en cualquier enfrentamiento entre el privilegio parlamentario y la libertad de expresión el primero «*was the unexceptioned superior*».⁶⁸

⁶³ Vid. VanBurkleo, Sandra F., “‘To Bee Rooted Out of Her Station’: The Ordeal of Anne Hutchinson,” en *American Political Trials*, vol. 1, edición revisada y expandida de Michael R. Belknap, Praeger Publisher, Westport, 1994, pgs. 1-24; Cameron, Jean, *Anne Hutchinson, Guilty or Not? A Closer Look at Her Trials*, Peter Lang, New York, 1994; Battis, Emery, *Saints and Sectaries: Anne Hutchinson and the Antinomian Controversy in Massachusetts Bay Colony*, Chapel Hill, University of North Carolina Press for the Institute of Early American History and Culture, Williamsburg, Va., 1962.

⁶⁴ Vid. Duniway, Clyde Augustus, *The Development of Freedom of the Press in Massachusetts*, op. cit., pgs. 32-35; Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, op. cit., pgs. 26-27.

⁶⁵ *Ibidem*, pg. 29.

⁶⁶ *Ibidem*, pgs. 30-32.

⁶⁷ *Ibidem*, pgs. 94-96.

⁶⁸ Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, op. cit., pg. 48.

4. DEL CONTROL REPRESIVO: LIBELO SEDICIOSO Y PRIVILEGIO PARLAMENTARIO

Pese al decaimiento de la censura previa, la aplicación del libelo sedicioso vigente en el *Common Law* motivaba que la discusión abierta de asuntos públicos fuese potencialmente peligrosa y arriesgada en las colonias. El libelo sedicioso fue aplicado en la América colonial por los tribunales del *Common Law*, por los oficiales del gobierno y, en mayor medida, por las Asambleas legislativas, que hicieron de esta categoría del libelo criminal el más eficaz de los mecanismos de control de la prensa en el período colonial y prerrevolucionario.⁶⁹ En efecto, las Asambleas coloniales perseguían y castigaban cualquier palabra hablada, escrita o impresa que por cuestionar potencialmente su autoridad o difamar individual o colectivamente a sus miembros se consideraba una sedición contra el gobierno de la colonia y punible por constituir “*a breach of parliamentary privilege*”.⁷⁰

Ya en 1620, la Asamblea de Burgueses de Virginia declaró al capitán Henry Spellman culpable por «*treasonable words*», destituyéndole de su rango.⁷¹ Y el control preventivo vigente todavía a finales del siglo XVII abocaría al impresor William Bradford (1663-1752) de Pennsylvania a uno de los primeros procesos criminales sobre libertad de prensa en la América británica, anticipándose Bradford al *Caso Zenger* al reivindicar la competencia del jurado para decidir tanto la criminalidad de la publicación como la responsabilidad del acusado.⁷² En 1686 fue censurado el manuscrito de la primera publicación de Bradford, avisándosele de no imprimir «*anything but what shall have License from ye Council*». Desconociendo la advertencia, tres años más tarde Bradford publicó sin licencia de impresión una copia de la primera Constitución de Pennsylvania, *The Frame of Government of the Province of Pennsylvania in America* (5 de mayo de 1682), siendo desposeído de su prensa y encarcelado. Finalmente, en agosto de 1692 William Bradford fue detenido por publicar el escrito *An Appeal from the twenty-eight Judges to the Spirit of*

⁶⁹ En este sentido, *vid.* Clarke, Mary Patterson, *Parliamentary Privilege in the American Colonies*, *op. cit.*, pg. 117; Nelson, Harold L., “Seditious Libel in Colonial America”, *American Journal of Legal History*, vol. 3, 1959, pgs. 163-164.

⁷⁰ Relativizando este mecanismo de control de la libertad de expresión, *vid.* Buel, Richard, Jr., “Freedom of the Press in Revolutionary America: The Evolution of Libertarianism, 1760-1820”, en *The Press and the American Revolution*, Bernard Bailyn y John B. Hench (eds.), Worcester, Mass., 1980, pg. 60.

⁷¹ *Vid.* McIlwaine, H. R., y Kennedy, J.P. (eds.), *Journal of the House of Burgesses of Virginia, 1619-1776*, 13 vols., Richmond, 1905-1915, vol. I, pg. 15.

⁷² En este sentido, *vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 23. Defendiendo que el proceso de Thomas Maule fue el primer proceso criminal que afectó a la libertad de prensa en las colonias americanas, *vid.* Jones, Matt Bushnell, *Thomas Maule, The Salem Quaker and Free Speech in Massachusetts Bay*, The Essex Institute, Salem, Mass., 1936, pg. 13.

Truth de un cuáquero llamado George Keith en el que atacaba al gobernador Thomas Lloyd, acusándose a Bradford de «*Publishing, Uttering, & Spreading a Malicious and Seditious paper...Tending to de Disturbance of the Peace and Subversion of the present Government*». Invocando la garantía reconocida en la histórica *Carta Magna* inglesa, Bradford exigió un juicio por jurado. Como relata el escrito publicado un año más tarde por el mismo Bradford, *New England's Spirit of Persecution Transmitted to Pennsylvania, And the Pretended Quaker found persecuting the True CHristian-Quaker, in the Tryal of Peter Boss, George Keith, Thomas Budd and William Bradford...1693. Giving an Account of the most Arbitrary Procedure of that Court* (Philadelphia, 1693, pgs. 33-36), el acusado alegó por primera vez en un proceso por libelo en tierras americanas que el jurado debía de pronunciarse tanto sobre la criminalidad de la publicación como sobre la responsabilidad del acusado, «...*they are to find also, whether this be a seditious paper, or not, & whether it does tend to the weakening of the hands of the Magistrate...for the Jury are Judges in Law, as well as in matter of Facts*». A lo que accedió finalmente el juez Samuel Jennings, aunque el veredicto del jurado nunca tuvo lugar, según parece por destruirse accidentalmente el modelo tipográfico utilizado por Bradford mientras era inspeccionado por uno de los miembros del jurado, siendo liberado Bradford unos meses más tarde.⁷³

La defensa de Bradford sería retomada cuatro años más tarde en Massachusetts. En 1695 el irascible cuáquero de Salem Thomas Maule (1645-1724) fue arrestado por publicar el libro licenciado e impreso en Nueva York *Truth Held Forth and Maintained*, en el que había vertido «*wicked Lyes and Slanders...upon Government, and likewise divers corrupt and pernicious Doctrines utterly subversive of the true Christian religion and professed faith*». Los libros fueron destinados a la hoguera y Maule procesado en un juicio por jurado, demandando Maule, al igual que hiciera Bradford en Pennsylvania la competencia del jurado para decidir sobre la publicación y la responsabilidad criminal del acusado. En un veredicto sin precedentes, Thomas Maule fue absuelto por el jurado más por razones de competencia judicial que por garantizar, como señala Levy, la libertad de prensa.⁷⁴

El llamado *Smith-Moore Case* refleja igualmente la posición de poder de las Asambleas coloniales en la Pennsylvania de mediados del siglo XVIII.⁷⁵ A finales

⁷³ *Vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 22-26, especialmente pg. 24; *vid.* igualmente de Levy (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pg. xxviii, nota 31.

⁷⁴ «*Neither the arguments of the defence nor the jury's explanation of the verdict showed any concern for freedom of the press. Although this was the first criminal trial in Massachusetts for a printed libel and has been hailed as a precursor of the Zenger case, the participants regarded the cause as a matter of conscience rather than that of a free press*», Levy, Leonard W. *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 28.

⁷⁵ Para un relato pormenorizado del caso, *vid.*, Mackinney, G., y Hoban, Charles F. (eds.), «*Votes and Proceedings of the House of Representatives of the Province of Pennsylvania*

de 1757, William Moore (1699-1785), juez de *Common Pleas* del condado de Chester, fue acusado de corrupción por una Asamblea de composición mayoritariamente cuáquera, exigiendo el órgano electivo públicamente en la *Pennsylvania Gazette* la destitución del juez al gobernador William Denny. Moore consiguió publicar en la misma Gazeta un escrito en su defensa, que también publicaría traducido al alemán el reverendo William Smith (1727-1803)—prominente anglicano y presidente de la Universidad de Pennsylvania— en el *Philadelphia Zeitung*. Ambos fueron detenidos a principios de 1758 por libelo sedicioso contra la Asamblea de Pennsylvania.⁷⁶ El juez Moore fue procesado por dos cargos, corrupción judicial y por difamar sediciosamente a la Asamblea, la Constitución y al gobierno, siendo declarado culpable de “*false, scandalous, virulent and seditious libel*”, negándosele arbitrariamente el ejercicio del derecho de *habeas corpus*,⁷⁷ recordando así la Asamblea de Pennsylvania la tiranía de los Estuardos en la Inglaterra del siglo XVII.⁷⁸

Por su parte, el reverendo William Smith fue imputado de los cargos de ser “*a Promoter and Abettor of the Writing and Publishing a Libel, entitled, The humble Address of William Moore*”. En prisión, Moore escribió varios escritos en su defensa, que publicó en el *Pennsylvania Journal* el nieto del que fuera primer impresor de la colonia, William Bradford. En el primero escrito, Smith desafiaba la competencia de la Asamblea para procesarle por violar el derecho a un proceso justo y la Carta Magna, invocando igualmente el *Habeas Corpus Act* de 1679 y la libertad de expresión y de prensa, utilizando en su defensa los argumentos que al otro lado del Atlántico habían esgrimido John Trenchard y Thomas Gordon en las célebres *Cato's Letters*,

«*But to call people to account for freedom of Speech or Printing, and sit as Judges, Juries, and Prosecutions in their own Cause, has never been attempted by them (la Cámara de los Comunes)... In such cases they always order a Prosecution in the Court of Law, where the party may have the benefit of a fair Trial and incur the Penalties annexed to the Crime. There is nothing the Law of*

(1682-1776)”, en *Pennsylvania Archives*, 8th ser., 8 vols., S. Severns, Philadelphia, 1931-1935, vol. 6, pgs. 4677-4716.

⁷⁶ Vid. Dargo, George, *Roots of the Republic: A New Perspective on Early American Constitutionalism*, Praeger, New York, 1974, pgs. 118-126; Clarke, Mary Patterson, *Parliamentary Privilege in the American Colonies*, op. cit., pgs. 240-246; Riddell, William Renwick, “Libel on the Assembly: A Prerevolutionary Episode,” *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, vol. 52, 1928, pgs. 176-192, 249-279 y 342-360.

⁷⁷ Vid. Mackinney, G., y Hoban, Charles F. (eds.), “Votes and Proceedings of the House of Representatives of the Province of Pennsylvania (1682-1776)”, op. cit., vol. 6, pgs. 4683-4689.

⁷⁸ Como señala Levy, «*This suspension of the writ of habeas corpus was as arbitrary a deprivation of personal liberty as any American legislature might dare attempt... The Assembly's absolute denial of habeas corpus, especially as to the misdemeanour of a seditious libel in the form of a breach of privilege, comported more with the conduct of a Stuart despot than with supposed American principles of law and government that antedated the revolution by at least a century*», vid. *Emergence of a Free Press*, op. cit., pgs. 53-54.

*England is more tender than the Freedom of the Press, knowing it to be the great Bulwark of all other freedoms.*⁷⁹

El reverendo Smith se las arregló para embarcarse y arribar a tierras inglesas, solicitando la intervención de las máximas autoridades de la Corona. El caso terminó en 1759 con un pronunciamiento expreso del *Privy Council* que implicaba la nulidad de los diversos encarcelamientos de Moore y Smith ordenados por la Asamblea de Pennsylvania, declarando que la prerrogativa de la Cámara de los Comunes de encarcelar y procesar por quiebra del privilegio parlamentario no correspondía a las Asambleas inferiores de América, afirmando igualmente que tampoco podían suspender en tales casos el derecho de *habeas corpus* sin invadir la prerrogativa real «*and the liberties of the people*».⁸⁰

En los albores de la etapa revolucionaria las Asambleas coloniales continuaron persiguiendo a impresores discolos que ejercían temerariamente la libertad de prensa, como muestran los casos de James Pride en la Virginia de 1767, de Hermon Husband en la Carolina del Norte de 1770, de William Goddard en la Pennsylvania de 1771, de Thomas Powell en la Carolina del Sur de 1773 y el célebre caso de Alexander McDougall en el Nueva York de 1770, acusado de libelo sedicioso contra la Asamblea neoyorquina.⁸¹ Sin duda, el pronunciamiento del juez Hutchinson de Massachusetts en 1767 refleja con claridad la noción imperante sobre las libertades de expresión y de prensa en la etapa prerrevolucionaria de las colonias británicas, manteniendo plena vigencia la concepción blackstoniana del libelo sedicioso,

«Pretty high Notions of the Liberty of the Press, I am sensible, have prevailed of late among us, but it is very dangerous to meddle with, and strike at this Court. The liberty of the Press is doubtless a very great Blessing, but this liberty means no more than a Freedom for every Thing to pass from the Press without Licence,—That is, you shall no be obliged to obtain a Licence from any Authority before de Emission of Things from the Press. Unlicensed Printing was never thought to mean a liberty of reviling and calumniating all Ranks and Degrees of Men with Impunity, all Authority with Ignominy.—To carry this absurd Notion of the Liberty of the Press to the Length some would have

⁷⁹ *Pennsylvania Journal* (Philadelphia), 23 de febrero de 1758, citado en Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg.56.

⁸⁰ *Vid.* Smith, Joseph Henry, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, Columbia University Press, New York, 1965, pgs. 646-649; Riddell, William Renwick, “Libel on the Assembly: A Prerevolutionary Episode,” *op. cit.*, pgs. 251, 262, 263, 342 y 343; Mackinney, G., y Hoban, Charles F. (eds.), “Votes and Proceedings of the House of Representatives of the Province of Pennsylvania (1682-1776)”, *op. cit.*, vol. 6., pgs. 4792, 4799, 4805, 4839, 4894, 4930 y 5092; y también, Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 56-58.

⁸¹ Para una descripción relatada de los distintos casos, *vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 71-81 y bibliografía allí citada.

*it—to print every Thing that is Libelous and Slanderous—is truly astonishing, and of the most dangerous Tendency».*⁸²

Así, en la América prerrevolucionaria se defendió la legalidad del libelo sedicioso aceptándose la criminalidad de las opiniones que atacaban la autoridad de los gobernantes, desconociéndose una plena libertad de expresión política. Por todo, Levy concluye que durante el período colonial, desde los primeros asentamientos hasta la emergencia de la Revolución y la gestación de las primeras declaraciones de derechos América tuvo una escasa experiencia «*with freedom of speech or press as a meaningful condition of life*».⁸³ Sin embargo, aunque no le falten argumentos ni evidencias históricas a Levy, hubo un momento histórico importante para el diacrónico proceso de conceptualización de la libertad de expresión en las colonias americanas, el célebre caso del impresor Peter Zenger de Nueva York en 1735, que supuso la recepción en el pensamiento colonial de la doctrina *Whig* radical inglesa sobre libertad de prensa defendida por John Trenchard y Thomas Gordon en las *Cato's Letters*.

5. DE LA RECEPCIÓN DE LA TRADICIÓN RADICAL INGLESA: LAS *CATO'S LETTERS* Y EL CASO ZENGER

Sin duda, los artículos periodísticos que John Trenchard (1662-1723) y Thomas Gordon (¿-1750) publicaron anónimamente bajo el seudónimo de *Cato* —el nombre de las *Cato's Letters* refleja la influencia del pensamiento clásico, recuérdese que la introducción de las corrientes filosóficas en la tradición romana provocó la oposición del censor Marcus Portius Cato (234-149 a. C.), conocido también como Catón el Censor, amenazando con regular la moral pública ante la posible alteración de las costumbres romanas—, en el *London Journal* entre 1720 y 1723, marcaron un nuevo horizonte en el proceso de conceptualización de la libertad de expresión.⁸⁴ Representantes de la ideología *Whig*, Trenchard y Gordon defend-

⁸² Vid. Quincy, Josiah, Jr. (ed.), *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Superior Court of Judicature of the Province of Massachusetts Bay, Between 1761 and 1772*, Little Brown and Co., Boston, 1865, pgs. 244-245. Concepción igualmente reflejada en el escrito que bajo el sugerente título “Freeborn American” fue publicado el 9 de marzo en la *Boston Gazette*, «*Political liberty consists in a freedom of speech and action, so far as the Laws of a community will permit and no farther: all beyond is criminal, and tends to the destruction of Liberty itself.—That Society whose laws least restrain the words and actions of its members, is most free.—There is no nation on the earth, where freedom of speech is more extensive than among the English*», reproducido en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, op. cit., pgs. 94-97.

⁸³ Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, op. cit., pg. 86.

⁸⁴ Sobre Trenchard y Gordon, vid. Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, op. cit., pgs. 35-37; Robbins, Caroline, *The Eighteenth Century Commonwealthman*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1959, pgs. 115-125 y 392-393; Laprade, William T.,

ieron los distintos ámbitos de la libertad en sus más de 135 ensayos, analizando cuestiones tan relevantes como “*The Destructive Spirit of Arbitrary Power*”, “*The Right and Capacity of the People to Judge Government*”, “*Liberty Proved to be the Unalienable Rights of All Mankind*”, “*Civil Liberty Produces all Civil Blessings*”, “*Of the Restraints which ought to be laid upon Publick Rulers*” y “*All Government Proved to be Instituted by Man*”, recopilados en 4 volúmenes que alcanzaron seis ediciones entre 1733 y 1755.⁸⁵

La más popular de todas las *Cato's Letters* en el período colonial es el célebre ensayo número 15 sobre la libertad de expresión,⁸⁶ *Of Freedom of Speech: That the Same is Inseparable from Publick Liberty* (4 de febrero de 1720).⁸⁷ Como viene a reflejar el título del ensayo, *Cato* afirma que sin libertad de expresión no puede haber libertad pública, extendiendo así *Trenchard* y *Gordon* el argumento axiológico del discurso de libertad de expresión del plano individual al colectivo, inaugurando, sin saberlo, —como señala *Levy*, la conexión argumental entre el discurso de libertad de expresión y el autogobierno, es sin duda la principal novedad de las doctrinas de *Cato*—⁸⁸ el discurso utilitarista que caracterizaría a las teorías defensoras de la libertad de expresión en los siglos XIX y XX. Pero sobre todo, para *Cato* el derecho a expresarse libremente constituye un elemento sustancial de la libertad natural, a cuya preservación se dirige todo ejercicio del poder, de ahí que el derecho natural a la libertad de expresión sólo se vea limitado por la racionalización del concepto del otro, afirmando que la destrucción de la libertad de una nación empieza con la subyugación de la libertad de expresión,

«Without Freedom of Thought, there can be no such Thing as Wisdom; and no such Thing as public Liberty, without Freedom of Speech: Which is the Right of Every Man, as far as by it he does not hurt and controul the Right of another; and this is the only Check it ought to suffer, and the only

Public Opinion and Politics in Eighteenth Century England, The MacMillan Company, New York, 1936, pgs. 237-269; *Bulloch, J. M., Thomas Gordon, the “Independent Whig”*, Aberdeen, 1918.

⁸⁵ *Vid. Cato's Letters : Or, Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects*, 4 vols., printed for T. Woodward, J. Wahoo, et al., London, 1733-1755. Un facsímile de la 6.ª edición es editado por *Levy, Leonard W. (ed.)*, De Capo Press, New York, 1971. Para una edición abreviada más reciente, *vid. The English Libertarian Heritage: From the Writings of John Trenchard and Thomas Gordon*, *David L. Jacobson (ed.)*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1965.

⁸⁶ En este sentido, *vid. Rossiter, Clinton L., Seedtime of the Republic: The Origin of the American Tradition of Liberty*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1953, pg. 299.

⁸⁷ Una reproducción de la parte más esencial de este ensayo se recoge en *Levy, Leonard W., Emergence of a Free Press, op. cit.*, pgs. 110-11, y también en la obra del mismo autor, *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson, op. cit.*, pgs. 11-14, por donde se cita.

⁸⁸ «Clearly, *Cato* was the rare man who, recognizing the social utility of freedom of expression and its relationship to free government, could tolerate the thought that he hated. Others probably shared *Cato's* views, but did not leave a record of their argument that would influence Englishmen in the colonies», *Levy, Leonard W., Emergence of a Free Press, op. cit.*, pg. 113.

*Bounds it ought to know This sacred Privilege is so essential to free Government, that the Security of Property, and the Freedom of Speech, always go together; and in those wretched countries where a Man cannot call his Tongue his own, he can scarce call any Thing else his own. Whoever would overthrow the Liberty of a Nation must begin by subduing the Freedom of Speech».*⁸⁹

Y descansando en la premisa lockeana de la “*trust theory*”, *Cato* reconoce como derecho legítimo del pueblo la discusión de los asuntos públicos,

*«That men ought to speak well of their Governors, is true, while their Governors deserve to be well spoken of; but to do publick Mischief, without hearing of it, is only the Prerogatives and Felicity of Tyranny; A free People will be shewing that they are so, by their Freedom of Speech. The Administration of Government is nothing else, but the Attendance of the Trustees of the People upon the Interest and Affairs of the People. And it is the Part and Business of the People, for whose Sake alone all publick Matters are, or ought to be, transacted; so it is the Interest, and ought to be the Ambition, of all honest magistrates, to have their Deeds openly examined, and publickly scanned: Only the wicked Governors of Men dread what is said of them...».*⁹⁰

Así, la libertad de expresión satisface para *Cato* una función instrumental de control del poder, descubriendo la verdad sobre los dictadores y opresores, de ahí que haya sido históricamente censurada por usurpadores y tiranos. Por todo, la libertad de expresión es proclamada por Trenchard y Gordon como el gran baluarte de la libertad, de infinita importancia para su preservación, recogándose el pasaje más célebre de las *Cato's Letters*,

*«Misrepresentation of publick Measures is easily overthrown, by presenting publick Measures truly: when they are honest, they ought to be publickly known, that they may be publickly commended; but if they be knavish or pernicious, they ought to be publickly detested...Freedom of Speech is the great Bulwark of Liberty; they prosper and die together: And it is the Terror of Traytors and Oppressors, and a Barrier against them. It produces excellent Writers and encourages Men of fine Genius... All Ministers therefore who were Oppressors, or intended to be Oppressors, have been loud in their Complaints against Freedom of Speech and the Licence of the Press; and always restrained or endeavour to restrain, both. In consequence of this, they have browbeaten Writers, punished them violently, and against Law, and burnet their Works. By all which they shewed how much Truth alarmed the, and how much they were at Enmity with Truth...Freedom of speech, therefore, being of such infinite Importance to the Preservation of Liberty, every one who loves Liberty ought to encourage Freedom of Speech».*⁹¹

⁸⁹ Vid. “Of Freedom of Speech that the Same is Inseparable from Public Liberty”, en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, op. cit., pg. 11.

⁹⁰ *Ibidem*, pg. 12. Como señala Michael P. Zuckert, «According to the Lockean theory to which *Cato* adheres, government exists for the sake of securing the interests of the governed; as both Locke and *Cato* frequently insist, government is a trust», vid. *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1994, pg. 314.

⁹¹ “Of Freedom of Speech that the Same is Inseparable from Public Liberty”, vid. Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, op. cit., pg. 13. En las doctrinas libertarias de *Cato* es constante la reivindicación de la libertad de expresión en aras de su instrumentalización para la conquista de la verdad, «The Truth is, if the People are suffered to keep their own, it is

Al mismo tiempo que proclama las bondades de la libertad de expresión, *Cato* es consciente de que su efectiva restricción puede destruir el presupuesto sobre el que descansa su teorización, de ahí que entre a delimitar el ámbito de ejercicio legítimo del derecho en sus dos conocidos escritos sobre el Derecho de libelo, “*Reflections upon Libelling*” (núm. 32, 10 de junio de 1721) y “*Discourse upon Libels*” (núm. 100, 27 de octubre de 1722).⁹² *Cato* reconoce que la existencia de libelos es inevitable en un sistema de libertad de prensa, sin embargo, acepta la premisa del mal menor por el bien mayor, dado que sin libertad de expresión no se garantizarán las demás libertades, «*As long as there is such Things as Printing and Writing, there will be Libels; It is an evil Arising out of a much greater good*».⁹³ Especialmente, sin libertad de prensa no sería posible satisfacer el interés general en conocer la gestión de los poderes públicos, por esto afirma que la pública exposición de la verdad sobre los aciertos y errores de quienes gobiernan no puede castigarse criminalmente, esgrimiendo como defensa en un proceso por libelo sedicioso la veracidad de los hechos publicados, superando así la teorización de las *Cato's Letters* la doctrina del *sedition libel* vigente en el *Common Law*, argumento que no alcanzaría rango legal hasta la llamada *Lord Campbell's Act* de 1843,

«*A libel is not the less a libel for being true... But this Doctrine only holds true as to private and personal Failings; and it is quite otherwise when the Crimes of Men come to affect the Publick... The exposing therefore of publick Wickedness, as it is a Duty which every Man owes to Truth and his Country, can never be a Libel in the Nature of Things*».⁹⁴

Cato va más allá afirmando incluso que en un país libre no tiene cabida la persecución de los libelos mediante una regulación legal general, anticipándose así Trenchard y Gordon sin saberlo al triste episodio de la *Sedition Act* norteamericana de 1798, señalando razones para defender su futura inconstitucionalidad,

«*Such a Law, consisting of so many Branches, and being of such vast Latitude, World make all Writing whatsoever, how innocent so ever, and even all Speaking, unsafe... As long as there are such Things as Printing and Writing, there will be Libels: It is an evil arising out of a much greater*

the most they Desire: But even this is a Happiness which in few Places falls to their lot: They are frequently robbed by those whom they pay to protect them», “*Reflection upon Libelling*”, en *ibidem*, pg. 16.

⁹² Los ensayos son reproducidos en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pgs. 14-18 y 18-23, respectivamente.

⁹³ “*Reflections upon Libelling*”, *vid. Levy, Leonard W. (ed.), Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pg. 18.

⁹⁴ “*Reflections upon Libelling*”, *vid. Levy, Leonard W., Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pg. 14. *Cato* insiste en castigar el abuso de la libertad de expresión, «*I do agree, when the natural and genuine Meaning and Purpose of Words and Expressions in libellous Writings carry a criminal Intention, that the Writer ought not to escape punishment by Subterfuge or Evasions*», “*Second Discourse upon Libels*”, *vid. Levy, Leonard W., Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 111-112.

*Good...I must own, that I would rather many Libels should escape, than the Liberty of the Press should be infringed.*⁹⁵

Por todo, las doctrinas neo-republicanas de las *Cato's Letters* representan un importante avance en el diacrónico proceso de conceptualización de la libertad de expresión, abordando los tres aspectos más relevantes de su futuro discurso, esto es: su reivindicación como derecho natural, predicable de todos los individuos, superando así su reconocimiento limitado al ámbito exclusivo del privilegio parlamentario; en segundo lugar, la relación de la libertad de expresión con el proceso político, identificando su utilidad para un sistema de gobierno democrático, basado en el gobierno del pueblo a través de representantes; y, en tercer lugar, el reconocimiento de su carácter limitado, especialmente en el ámbito de las relaciones privadas, ensanchando el discurso de la expresión política en aras del interés público en conocer el buen o mal gobierno. Principios todos que encontrarían caldo de cultivo en las colonias americanas, recepcionándose profusamente las doctrinas de Trenchard y Gordon en la ideología colonial y revolucionaria. Realmente, la influencia de las *Cato's Letters* en el período colonial no encuentra parangón, superando incluso, como señala Clinton Rossiter, a la ejercida por las doctrinas lockeanas,⁹⁶ constituyendo fuente del discurso de la libertad de prensa, como refleja el célebre *Caso Zenger*.⁹⁷

De los diversos procesos por libelo sedicioso que tuvieron lugar antes del período revolucionario,⁹⁸ destaca el seguido en Nueva York contra Yohn Peter

⁹⁵ "Reflections upon Libelling", *vid.* Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pg. 18.

⁹⁶ «No one can spend any time in the newspapers, library inventories, and pamphlets of colonial America without realizing that *Cato's Letters* rather than *Locke's Civil Government* was the most popular, quotable esteemed source of political ideas in the colonial periods», Rossiter, Clinton L., *Seedtime of the Republic: The Origin of the American Tradition of Liberty*, *op. cit.*, pg. 141. En la misma línea, *vid.* Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, *op. cit.*, pg. 36 y también del mismo autor, "The Central Themes of the American Revolution", en *Essays on the American Revolution*, Stephen J. Kurtz y James H. Hutson (eds.), University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1973, pgs. 7-10.

⁹⁷ Sobre la influencia ejercida por las *Cato's Letters*, *vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 113-114; Cook, Elizabeth C., *Literary Influences in Colonial Newspapers, 1704-1750*, Columbia University Press, New York, 1912, especialmente, pgs. 81-83. Doctrina más reciente ha relativizado tal repercusión, *vid.* Dwoeretz, Steven M., *The Unvarnished Doctrine: Locke, Liberalism and the American Revolution*, Duke University Press, Durham, 1990, pg. 44; Lutz, Donald S., *The Origins of American Constitutionalism*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1988, pgs. 142-146.

⁹⁸ Sobre esta cuestión existen posturas doctrinales divergentes, así, mientras que Leonard W. Levy afirma que durante el período colonial no hubo más de una docena de juicios por libelo sedicioso, *vid.* *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 17. John Kelly sostiene que la historia de las colonias estuvo plagada de continuas luchas entre los jueces de la Corona y los escritores y editores americanos que reclamaban libertad de crítica, *vid.* "Criminal Libel and Free

Zenger (1697-1746)⁹⁹ en 1735.¹⁰⁰ Zenger era el impresor del semanario independiente *New York Weekly Journal*, ocupando el puesto de editor jefe James Alexander (1691-1756).¹⁰¹ A partir de su segunda edición, en noviembre de 1733, Alexander inició la publicación de una serie de ensayos en los que criticaba la autoritaria política del Gobernador del Estado, el Coronel William Cosby (1690-1736), y defendía la libertad de prensa bajo los mismos planteamientos que hiciera *Cato* al otro lado del Atlántico.¹⁰² El 17 de noviembre de 1734 Zenger es encarcelado bajo la acusación de libelo sedicioso contra el Gobernador Cosby por publicar «several seditious libels...tending to raise factions...among the people...inflaming their minds with contempt of His Majesty's government, and greatly disturbing the peace thereof». ¹⁰³ Los abogados defensores de Zenger, James Alexander y William Smith, solicitaron ante la Suprema Corte de Nueva York la recusación de dos de sus jueces, alegando que su nombramiento había sido irregular. Temeridad que les supondría la expulsión del caso, designándose a un joven letrado. Sin embargo,

Speech”, *op. cit.*, pgs. 295-333. El mismo planteamiento es defendido por Larry D. Eldridge, quien ha analizado más de un millar de procesos por expresiones sediciosas en *A Distant Heritage: The Growth of Free Speech in Early America*, New York University Press, New York, 1994; del mismo autor, *vid.* también, “Before Zenger: Truth and Seditious Speech in Colonial America, 1607.-1700”, *American Journal of Legal History*, vol. 39, July, 1995, pgs. 337-358.

⁹⁹ Sobre Zenger, *vid.* Westermann, Karen T., *John Peter Zenger: Free Press Advocate*, Chelsea House Publishers, Philadelphia, 2001; Putnam, William Lowell, *John Peter Zenger and the Fundamental Freedom*, McFarland & Co., Jefferson, N. C., 1997.

¹⁰⁰ La fuente principal del proceso de Zenger es, sin duda, el relato que publicase James Alexander en *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of the New York Weekly Journal* (1736), editado por Katz, Stanley N. (ed.), *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of the New York Weekly Journal*, 2nd ed., Harvard University Press, Cambridge, 1972. El escrito ha sido reproducido recientemente por la Historical Society of Courts of the State of New York (19 de mayo de 2003), que puede consultarse en <http://www.courts.state.ny.us/history/zenger.htm>. Para un estudio del proceso de Zenger, *vid.*, por todos, Rutherford, Livingston, *John Peter Zenger, His Press, His Trial and a Bibliography of Zenger Imprints. Also a Reprint of the Edition of the Trial*, Dodd Mead, New York, 1904; Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 37-45 y 124-135; también de Levy, *vid.* “Did the Zenger Case Really Matter? Freedom of the Press in Colonial New York”, *William and Mary Quarterly*, 3rd ser., vol. 17, 1960, pgs. 35-50; Finkelman, Paul, “The Zenger Case: Prototype of a Political Trial”, en *American Political Trials*, Michal R. Belknap (ed.), Greenwood, Westport, 1981, pgs. 21-42.

¹⁰¹ Sobre Alexander y el caso Zenger, *vid.* Buranelli, Vincent, *The Trial of Peter Zenger*, New York University Press, New York, 1957, pgs. 24-25, 30-32 y 68-70 y del mismo autor, “Peter Zenger’s Editor”, *American Quarterly*, vol. 7, Summer, 1955, pgs. 174-181.

¹⁰² *New York Weekly Journal*, 12 y 19 de noviembre de 1733, el ensayo es reeditado en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pgs. 27-32.

¹⁰³ *Vid.* Katz, . Katz, Stanley N. (ed.), *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of the New York Weekly Journal*, *op. cit.*, pg.45.

James Alexander consiguió que asumiera la defensa de Zenger un reputado defensor amigo suyo, el conocido *Speaker* de la Asamblea de Filadelfia, Andrew Hamilton (1676-1741).¹⁰⁴

El juicio de Zenger tuvo lugar el 4 de agosto de 1735. La defensa de Hamilton se inició reconociendo que Zenger había publicado los supuestos ensayos criminales, retomando las doctrinas de las *Cato's Letters* para atacar el Derecho del libelo sedicioso, alegando que el impresor tenía derecho a publicar la verdad, por lo que no había lugar a responsabilidad criminal, resonando los argumentos que *Cato* expusiera para justificar el criterio de la verdad como defensa frente a la acusación de libelo, «*while men keep within the bounds of truth, I hope they may with safety both speak and write their sentiments of the conduct of men in power*». ¹⁰⁵ Igualmente Hamilton afirmó, en contra de lo previsto en el *Common Law*, que el jurado tenía competencia para decidir tanto sobre los hechos como sobre la responsabilidad criminal de acusado, anticipándose así Hamilton en más de cinco décadas a la regulación inglesa prevista en la llamada *Fox's Libel Act* de 1792.¹⁰⁶ Para argumentar su defensa, a lo largo de su extensa y brillante exposición ante el jurado Hamilton apeló al principio genérico de la libertad frente a la tiranía, abogando por la libertad de expresión y por la virtualidad de la libre discusión de los actos del gobierno para limitar el ejercicio arbitrario del poder,

«... the question before de Court and you gentlemen of the jury is not of small nor private concern, it is not the cause of a poor printer, nor of New York alone, which you are now trying. No! It may in its consequences affect every freeman that lives under a British government on the main of America. It is the best cause. It is the cause of liberty; and I make no doubt but that your upright conduct this day will not only entitle you to the love and esteem of your fellow citizens; but every man who prefers freedom to a life of slavery will bless and honor you as men who have baffled the attempt of tyranny; and by an impartial and uncorrupt verdict, have laid a noble foundation for securing to ourselves, our posterity, and our neighbors that to which nature and the laws of our country have given us a right—the liberty—both of exposing and opposing arbitrary power by speaking and writing truth». ¹⁰⁷

Convencidos por la elocuencia de Hamilton y por la propia causa, el jurado pronunció un veredicto de “*not guilty*”, con la subsiguiente absolución y liberación de Zenger, representando el *Caso Zenger* el primer proceso por libelo criminal en la América colonial en el que no se aplicó el *Common Law* al admitir la veracidad

¹⁰⁴ Sobre Hamilton, *vid.* Konkle, Burton A., *The Life of Andrew Hamilton, 1676-1741*, National Publishing, Philadelphia, 1941.

¹⁰⁵ *Vid.* Katz, . Katz, Stanley N. (ed.), *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of the New York Weekly Journal*, *op. cit.*, pg. 87.

¹⁰⁶ «That, on every such trial, the jury sworn to try the issue may give a general verdict of guilty or not guilty upon the whole matter put in issue upon such indictment or information; and shall not be required or directed, by the court or judge before whom such indictment or information shall be tried, to find the defendant or defendants guilty, merely on the proof of the publication by such defendant or defendants of the paper charged to be a libel...», 32 George III, c. 60.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pg. 99.

de los presuntos hechos difamatorios como defensa frente a la acusación de libelo sedicioso. Realmente, como señala Arthur E. Sutherland, el *Caso Zenger* puso de relieve el creciente poderío político de la prensa, la ausencia de una efectiva censura previa y la incapacidad de un gobernador hostil para acallar un diario resuelto a hacer realidad la crítica política del gobernante.¹⁰⁸

Con todo, aunque el *Caso Zenger* no impidió que continuara vigente tanto en Nueva York como en el resto de las colonias el restrictivo régimen jurídico del libelo sedicioso del *Common Law*, sin embargo, contribuyó a la recepción de la tradición radical inglesa que exigía la libertad de expresión más allá del exclusivo privilegio parlamentario al libre debate, reclamando la libertad de expresión como derecho natural extensible a todos los miembros del cuerpo social. Tradición que se remontaba a la *Areopagítica* de John Milton y de la que eran un avanzado exponente las *Cato's Letters*, coadyuvando así el *Caso Zenger* a la emergencia en el período colonial de una línea de pensamiento que cristalizaría en las declaraciones de derechos del período revolucionario y que alcanzaría rango constitucional en la Primera Enmienda.

6. DE LA EMERGENCIA DE LA LIBERTAD DE PRENSA: EL LEGADO DE LA “GENERACIÓN ZENGER”

El *Caso Zenger* supuso la recepción en las colonias americanas de las doctrinas sobre libertad de prensa defendidas por John Trenchard y Thomas Gordon en las *Cato's Letters*, exponentes de toda una tradición radical inglesa defensora de la libertad de expresión que gracias al *Caso Zenger* arribó a las tierras americanas, resonando así en la literatura colonial y revolucionaria las precursoras doctrinas areopagíticas de John Milton y los alegatos a favor de la prensa libre de representantes *Whigs* como Matthew Tindal, Joseph Addison, Daniel Defoe, Anthony Collins y, especialmente, las doctrinas neorepublicanas que John Trenchard y Thomas Gordon defendieron en las *Cato's Letters*.

Uno de los pensadores más célebres del período colonial y revolucionario, *founding father* del proceso constituyente, Benjamin Franklin (1706-1790), fue el primer editor americano en publicar las *Cato's Letters* sobre libertad de expresión y

¹⁰⁸ Cfr. Sutherland, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, op. cit., pg. 152. Levy afirma que el *Caso Zenger* no atacó frontalmente el núcleo del *seditions libel*, se contentó con la garantía procesal del criterio de la verdad, «... Hamilton never conducted a frontal assault on the concept of *seditions libel*. He never argued that publications tending to damage the reputation of the government in the minds of the people should be free from prosecution. He extolled criticism of “bad administration” or an “arbitrary government” (Cosby of course), but he did not justify criticism of any government that he might think to be good or just... “Truth”, he insisted, “ought to govern the whole affair of libels”, vid. *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, op. cit., pg. xxxi.

el Derecho de libelo en el diario colonial *The New England Courant* (11 de septiembre de 1721 y 9 de julio de 1722, respectivamente). Influenciado probablemente por las *Cato's Letters*, Franklin reivindicó la libertad de prensa en uno de los escritos que mejor refleja el discurso de la libertad de expresión imperante en el período colonial,¹⁰⁹ su ensayo publicado en la *Pennsylvania Gazette* bajo el llamativo título de *An Apology for Printers* (10 de junio de 1731).¹¹⁰ En su artículo periodístico, Franklin parte de la diversidad antropológica que caracteriza a la especie humana para proclamar las bondades de la libertad de prensa al promover y enfrentar la diversidad de opiniones, embate en el que a buen seguro resurgirá la verdad, resonando las doctrinas de la *Areopagítica* miltoniana, «*Printers are educated in the Belief, that when Men differ in Opinion, both Sides ought equally to have the Advantage of being heard by the Publick; and that when Truth and Error have fair Play, the former is always an overmatch for the later.*»¹¹¹

Tres años más tarde, Lewis Timothy reproduce en la *South Carolina Gazette* (2 de febrero de 1734) las doctrinas de *Cato's Letters* sobre las bondades de la libertad de prensa para el control del gobierno y el desenmascaramiento de los tiranos y corruptos, aunque la libertad que está dispuesto a tolerar no alcanza a la blasfemia y la traición.¹¹² En similares términos se pronunció William Bradford, hijo del Bradford procesado por libelo sedicioso en 1692, en el *American Weekly Mercury* (Philadelphia, 25 de abril de 1734), proclamando la libertad de prensa como vehículo de denuncia de toda administración corrupta y como medio para presentar quejas y peticiones de reparación de agravio, por esto concluye que sobre la libertad de prensa descansan todas las demás libertades,

¹⁰⁹ Así se expresa Clinton Rossiter, «*it is an accurate representation of the principles of a free press which governed popular thinking in eighteenth-century America*», vid. *Seedtime of the Republic: The Origin of the American Tradition of Liberty*, op. cit., pg. 300. En el mismo sentido de alabanza, vid. Botein, Stephen, “‘Meer Mechanics’ and an Open Press: the Business and Political Strategies of Colonial American Printers”, en *Perspectives in American History*, 12 vols., Donald Flanning y Bernard Bailyn (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1967-1979, vol. 9, pgs. 127-228. Desde una perspectiva menos optimista, vid. Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, op. cit., pgs. 119-121, y también del mismo autor, *Freedom of the Press, From Zenger to Jefferson*, op. cit., pgs. 3-4.

¹¹⁰ El escrito es reproducido en *The Papers of Benjamin Franklin*, Leonard W. Labaree, et al. (eds.), Yale University Press, New Haven, 1959-1999, vol. I, pgs. 194-199, y también en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press, From Zenger to Jefferson*, op. cit., pgs. 3-10.

¹¹¹ Franklin, Benjamin, *An Apology for Printers*, vid. Levy, Leonard W., *Freedom of the Press, from Zenger to Jefferson*, op. cit., pg. 5.

¹¹² «*The Liberty of the Press, is the most unlucky Scourge that can hang over the Heads of a corrupt and wicked Ministry; and when this essential branch of our Liberties is either attack'd, abridged, or taken away from us, every Man...may certainly predict Slavery and Ruin to his Fellow-Citizens*», recogido en Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, op. cit., pg. 122.

«But by the Freedom of the Press,... I mean a Liberty of detecting the wicked and destructive Measures of certain Politicians; of dragging Villanny out if its obscure lurking Holes, and exposing in its full Deformity to open Day; of attacking Wickedness in high Places, of disintangling the intricate Folds of a wicked and corrupt Administration, and pleading freely for Redress of Grievances... This is the Liberty of the Press, the greatest Palladium of all our Liberties». ¹¹³

Aunque, quizás la mayor contribución de Benjamin Franklin al proceso de conceptualización de la libertad de expresión en el período colonial fue la publicación en la *Pennsylvania Gazette* de los ensayos que escribiese el sucesor de Trenchard y Gordon a raíz del *Caso Zenger*, James Alexander. En efecto, en respuesta a los ataques que estaba sufriendo la teoría libertaria del *Caso Zenger*, James Alexander escribió en la *Pennsylvania Gazette* una serie de ensayos bajo el sugerente título de *Free Speech is a Pilar of Free Government* (1737). Aunque inspirados en la doctrina neorepublicana de las *Cato's Letters*, los ensayos periodísticos de Alexander alcanzan una relevante significación al introducir el argumento constitucional en el discurso de la libertad de expresión. Realmente, Alexander había adelantado ya esta tesis en el ensayo que había publicado Peter Zenger en el *New York Weekly Journal* el 12 y 19 de noviembre de 1733. Tras comparar las diferencias existentes entre un gobierno de monarquía absoluta y uno de monarquía limitada para el ejercicio de la libertad de prensa, Alexander afirma que la libertad de prensa está incorporada y entrelazada a la Constitución, «...freedom of the press is incorporated and interwoven with our very Constitution». ¹¹⁴ Y en otro ensayo de unos meses más tarde (*New York Weekly Journal*, 4 de noviembre de 1734), resuenan las doctrinas iusnaturalistas de las *Cato's Letters* al definir Alexander la libertad de prensa, «the Liberty of the Press is a liberty for every man to communicate his sentiments freely to the public, upon political or religious points; it is either this or nothing». ¹¹⁵

Tres años más tarde, James Alexander expone con mayor claridad su teorización en los ensayos que publicase en la *Pennsylvania Gazette* bajo el título *Free Speech is a Pilar of Free Government* (del 17 de noviembre al 8 de diciembre de 1737). Identificando en la libertad de expresión el genuino pilar del gobierno constitucional, Alexander postula su recíproca dependencia, proclamando en mayúsculas que quien intente desconocer tal necesaria simbiosis es un enemigo de la libertad y de la Constitución,

«The Freedom of Speech is a principal Pillar in a free Government: when this Support is taken away the Constitution is dissolved, and Tyranny is erected on its ruins... But a Free Constitution and Freedom of Speech have such a reciprocal dependence on each other that they cannot subsist without consisting together... the fatal dangers that necessarily attend a Restraint on freedom of speech and

¹¹³ El escrito es reproducido en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press, From Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pgs. 37-43.

¹¹⁴ El ensayo de Alexander es reproducido en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pgs. 27-32.

¹¹⁵ Reproducido en *ibidem*, pgs. 35-27.

*the liberty of the press: Upon which the following Reflection naturally occurs, viz., THAT WHOEVER ATTEMPTS TO SUPPRESS EITHER OF THOSE, OUR NATURAL RIGHTS, OUGHT TO BE REGARDED AS AN ENEMY TO LIBERTY AND THE CONSTITUTION.*¹¹⁶

Argumentos que se adelantaban en más de cuatro décadas al discurso dominante en el proceso revolucionario y constituyente, al aunar los conceptos de libertad de expresión, derecho natural y Constitución.¹¹⁷ De ahí que los escritos de Alexander merezcan un lugar privilegiado en el proceso de conceptualización de la libertad de expresión en las colonias.¹¹⁸ Y aunque Alexander sostenga, al igual que hiciera Hamilton en el *Caso Zenger*, que la crítica política que adolece del manto de la veracidad cae en el ámbito punible del libelo sedicioso,¹¹⁹ sin embargo, no cabe duda, como reconoce el mismo Levy, que James Alexander fue el primer pensador colonial en formular «*a philosophy of freedom of speech and press*».¹²⁰

Los principios defendidos por Hamilton y Alexander en el *Caso Zenger* se manifiestan dos décadas más tarde en un artículo publicado en el *New York Mercury* (27 de enero de 1755), consolidándose así en la literatura colonial la doctrina contraria al *Common Law* de que la verdad de lo publicado debe de ser admitida como defensa en un proceso por libelo criminal. El ensayo de 1755 ataca al más puro estilo de las *Cato's Letters* el principal presupuesto del libelo sedicioso: la verdad de las expresiones publicadas agravan aún más la responsabilidad criminal del acusado por su tendencia a generar subversión. Afirmando hábilmente el autor del ensayo que tal regla general tiene una “excepción”, cuando la libre ex-

¹¹⁶ El ensayo de Alexander es reproducido en *ibidem*, pgs. 62-74, especialmente pgs. 62, 66 y 74.

¹¹⁷ Realmente, en la década de 1750 las avanzadas doctrinas de James Alexander encontrarían eco al otro lado del Atlántico en los escritos del eclesiástico inglés Thomas Hayter (1747-1799). En efecto, sirviéndose de la tradición iusnaturalista, Hayter hace derivar la libertad de prensa «*from the Natural Right and Faculty of Speech*», legitimando el derecho por su origen natural y su consagración constitucional, *vid. An Essay on the Liberty of the Press, Chiefly as It Respects Personal Slander* (London, sin fecha), pgs. 6-8, recogido en Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pgs. 141-143, por donde se cita. Como señala Levy, Hayter dota a su discurso de legitimidad al apelar al talismán de las libertades inglesas, la centenaria Carta Magna, «*Earlier writers had also elevated free speech to the status of a right reserved to persons in the formation of the social contract, but Hayter was the first to elaborate this notion and give it the appearance of legitimacy by association with the talismanic symbol of English freedom Magna Carta... it had the quality of mythmaking which characteristically transcends the grubbiness of facts*», *ibidem*, pg. 142.

¹¹⁸ En este sentido de alabanza hacia el escrito de Alexander se manifiesta Vincent Buranelli, «*It presents him as the most important theorist of freedom of the press this country has ever produced*», *vid. The Trial of Peter Zenger*, *op. cit.*, pg. 141.

¹¹⁹ «*To infuse into the minds of the people an ill opinion of a just administration is a crime that deserves no mercy*», Alexander, James, *Free Speech is a Pilar of Free Government*, *vid. Levy, Leonard W. (ed.), Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pgs. 66-67.

¹²⁰ *Vid. Levy, Leonard, Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 125.

presión permite desenmascarar aquellos que de continuar en el gobierno provocarían su ruina y destrucción. Hábilmente porque, como refleja el argumento en su última línea, la “excepción” ataca directamente la máxima sobre la que descansa la regla general, amparando un mínimo espacio de crítica política absolutamente negado en el *Common Law*,

«...by a variety of adjudged cases, in our law-books, the publication of any writing which charges a person in office, with the commission of a crime, or exposes him to popular odium and reflections, is not the less libellous for being true. Which piece of law is founded upon this reason, that tho a libel be true, yet it may tend to stir up sedition, or cause a breach of the peace; and therefore the law relating to libels, may sometimes be wholesome. But as very general rule admits of some exceptions, so in particular cases, a state may be ruined by the persons to whom the management is committed, for want of timely notice to those whose interest, were they apprized of the danger, would urge them to the utmost exertion of their abilities in its support. And if a people can be presumed to have a right in any instance to oppose the undue measures of an arbitrary ruler, when they strike at the very vitals of the constitution, they are certainly justifiable in opposing them not only with the pen, but even with the sword. And then, what becomes of the reason upon which the above law, relating to libels, is founded». ¹²¹

El *Caso Zenger* merece igualmente una especial consideración porque el proceso sensibilizó de tal manera a la opinión pública que gracias a él resurgió de su profundo letargo el ensayo fundacional del libre debate, el discurso que John Milton (1608-1674) dirigiese al Parlamento inglés en plena Revolución Puritana bajo el título de *Areopagítica* (24 de noviembre de 1644), el primer escrito de la modernidad que reivindicó la libertad de prensa como derecho personal no circunscrito al ámbito parlamentario.¹²² Realmente, el fundacional principio areopagítico a favor de la libertad de prensa, el libre encuentro entre la verdad y el error, estaban ya presentes en el citado ensayo de Benjamín Franklin de 1731 y en los argumentos que en 1735 Hamilton expusiera en el *Caso Zenger* para justificar el criterio de la verdad como defensa frente a la acusación de libelo sedicioso.¹²³

Tres años más tarde, editada por James Thomson en 1738, la *Areopagítica* encontraba, como señala Siebert, el caldo de cultivo adecuado para la propagación de la libertad de expresión en las colonias, alcanzando ahora la segunda edición del ensayo areopagítico en tierras americanas el objetivo que, paradójicamente, su

¹²¹ Recogido en *ibidem*, pg. 140.

¹²² Para un estudio reciente, *vid.* Saldaña Díaz, María Nieves, “En defensa de la libertad de prensa: la *Areopagítica* de John Milton”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, julio-septiembre, 2004, pgs. 277-324, y bibliografía allí consultada.

¹²³ En este sentido señala A. Aparisi Miralles, «en 1735 el abogado de John Peter Zenger volvía también a las “Cartas de Catón” para atacar las doctrinas de los libelos sediciosos, tema en el que, siguiendo a Milton, habían insistido también Trenchard y Gordon. También para estos autores, al igual que años antes había sostenido Milton, la verdad era la defensa más adecuada contra las doctrinas erróneas», *vid. La Revolución Norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pgs. 156-157.

primogénito inglés no había logrado, «*public support for the philosophical principles of freedom of the mind*». ¹²⁴ Incorporándose los pasajes areopagíticos más célebres a modo de epígrafe de monográficos y artículos periodísticos. Así, la edición de enero de 1741 del *American Magazine or A Monthly View of the Political State of the British Colonies* de Filadelfia citaba en la sección “*Plan of the Undertaking*” la traducción que de *Las Suplicantes* de Eurípides Milton había incorporado en el pórtico introductorio de la *Areopagítica*. ¹²⁵

Así, las doctrinas areopagíticas a favor del libre embate entre la verdad y el error se retomaban en los documentos que surcaron las colonias frente a la aplicación restrictiva del libelo sedicioso y en los escritos de aquellos que adoctrinaron la Revolución, resonando el embate areopagítico en los sermones del pastor bostoniano Jonathan Mayhew (1720-1766) ¹²⁶. En efecto, en dos de sus sermones sobre libertad religiosa, *The Right and Duty of Private Judgement Asserted y Objections Considered* (Boston, 1749) Mayhew sigue muy de cerca el texto areopagítico, parafraseando numerosos argumentos miltonianos y afirmando que el hombre fue dotado de razón y plena libertad para escoger las fuentes de información que le permitan el alcance de la verdad, retomando el argumento areopagítico aunque adaptado al revolucionario discurso iusnaturalista, demostrándose el carácter universal de la oratoria miltoniana, perfectamente equiparable, como señala Sensabaugh, ¹²⁷ a las doctrinas de los derechos naturales que tanto contribuyeron al adoctrinamiento de la ideología revolucionaria americana. ¹²⁸ Similitudes que vuelven a manifestarse en *Objections Considered*, aunque ahora es el argumento

¹²⁴ «*A new edition of Milton's Areopagitica, the first since the original publication in 1644, accomplished what the original failed to achieve —it aroused public support for the philosophical principles of freedom of the mind*», Siebert, Frederick S., *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control*, op. cit., pg. 383.

¹²⁵ Vid. Shawcross, John T. (ed.), *Milton, 1732-1801: The Critical Heritage*, Routledge & Kegan Paul, London, Boston, 1972, pg. 16.

¹²⁶ Sobre la notable influencia ejercida por la *Areopagítica* en los escritos de Mayhew, vid. Sensabaugh George F., *Milton in Early America*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1964, pgs. 55-58; Aparisi Miralles, Ángela, *La Revolución Norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, op. cit., pg. 164.

¹²⁷ «*To claim that these passages argue for freedom of inquiry on the same grounds would be false and misleading. Milton's structure is built on the Renaissance principle of temperance; Mayhew's on the eighteenth-century concept of natural right. But their arguments cluster in like patters, their words are tantalizingly similar, and their conclusions about the right and duty of man to use reason in the search for truth are identical*», Sensabaugh, George F., *Milton in Early America*, op. cit., pgs. 55-56.

¹²⁸ «*It appear then, that all who any ways discourage freedom of inquiry and judgment in religious matters, are encroachers upon the natural rights of mankind... because it is the natural right and priviledge of every man to make the best use he can of his own intellectual faculties*», vid. Mayhew, Jonathan, *Seven Sermons Upon the Following Subjects* (Boston, 1749), Sermón III, vid. Sensabaugh, George F., *Milton in Early America*, op. cit., pg. 55.

areopagítico más universal, el clásico encuentro entre la verdad y la falsía la principal preocupación de Mayhew, proclamando al más puro estilo areopagítico las bondades de la libre discusión para el alcance de la verdad,

*«Free examination, weighing arguments for, and against, with impartiality, is the way to find the truth... Error and imposture fry from the light, like the owl and bat: but truth and honesty, like the noble eagle, face the sun. The cause of error and superstition may suffer by a critical examination; its security is to lurk in the dark».*¹²⁹

Asimismo, las doctrinas utilitaristas de la teorización de *Cato* se reflejan en el escrito de San Adams publicado en la *Boston Gazette* el 14 de marzo de 1768, apelando a la libertad de prensa como vehículo de la libertad frente al ejercicio tiránico del poder, resonando las *Cato's Letters*,

*«THERE is nothing so fretting and vexation; nothing so justly TERRIBLE to tyrants, and their tools and abettors, as a FREE PRESS. The reason is obvious; namely, Because it is, as it has been very justly observ'd in a spirited answer to a spirited speech, "the bulwark of the People's Liberties". For this reason, it is ever watched by those who are forming plans for the destruction of the people's liberties, with an envious and malignant eye».*¹³⁰

Y unos cuantos años antes de la era revolucionaria, el Juez William Smith (1728-1793) de Nueva York reclama en el ensayo que publicase anónimamente en 1770 en el *New York Weekly Post-Boy* a raíz del mencionado procesamiento por libelo sedicioso de Alexander McDougall, la validez de los principios defendidos en el *Caso Zenger* frente a la doctrina del *Common Law* de que la verdad de los hechos agrava la ofensa,

*«But the Malignancy of the Crown Law, in the Decisions relative to Libels, respect the Mode and Power of bringing a Man to Trial, for what he writes or prints or publishes, and at the arbitrary Pleasure of an Attorney General, a dependent Will and Pleasure Officer, and the Practice of the Courts, first in over-ruling all Proof of the Truth of the Publication, then labouring to get the Jury to confine themselves merely to declare the Point of Fact by special Verdict, that the Defendant wrote or published the Paper; and last of all in pronouncing the horrid Judgement that the Truth of the Facts rather aggravates than mitigates the Offence».*¹³¹

Sin embargo, el *Caso Zenger* supuso mucho más que la simple incorporación al discurso de la libertad de expresión del criterio de la verdad como defensa en un proceso por libelo sedicioso, como defiende Levy, para quien el célebre caso dejó prácticamente intacto el núcleo conceptual de la tipificación criminal, la crítica política del gobernante.¹³² Realmente, no se trató de una simple cuestión

¹²⁹ *Ibidem*, Sermón IV, Sensabaugh, George F., *Milton in Early America*, op. cit., pgs. 57-58.

¹³⁰ *Vid.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, op. cit., pg. 67.

¹³¹ *New-York Weekly Post-Boy*, 19 de marzo de 1770, reimpresso en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, op. cit., pgs. 106-114.

¹³² «... Hamilton never conducted a frontal assault on the concept of seditious libel. He never argued that publications tending to damage the reputation of the government in the minds of the people should be free from prosecution. He extolled criticism of "bad administration" or an "arbitrary government" (Cosby of course),

procesal, de una modificación no formal del *Common Law*, era mucho más que eso. En efecto, el *Caso Zenger* contribuyó a ensanchar el ámbito de la libertad de expresión, abriendo las puertas a la crítica política del gobernante, aunque sólo fuese si estaba amparada por la verdad. Y esto es un paso importante en el angloamericano discurso de la libertad de expresión, si se tiene en cuenta que la tradición del *Common Law* del libelo sedicioso precisamente se basaba en la máxima de cuanto más verdad, más ofensa y perturbación del gobierno habría. Y aquí es donde reside la fuerza del *Caso Zenger*, porque la denuncia pública de la verdad sobre la gestión de los gobernantes se instituye en garantía del buen gobierno en un Estado regido por la célebre máxima lockena del gobierno por consentimiento de los gobernados. Fundamentándose así el criterio de la verdad sobre un evidente presupuesto pactista, la defensa del conjunto de la sociedad frente a los tiranos y usurpadores. Contribuyendo así el *Caso Zenger* a la recepción en las colonias de la tradición radical *Whig* inglesa de principios del siglo XVIII, tradición que superaba la concepción restringida del privilegio parlamentario al libre debate de finales del siglo XVII, reclamando la libertad de expresión como derecho natural extensible a todos los miembros del cuerpo social. Tradición en la que además se gestaba el discurso utilitarista de la libertad de expresión predominante en los siglos XIX y XX. Discurso que descansa sobre el mismo presupuesto pactista del *Caso Zenger*, la virtualidad de la libre expresión para el buen funcionamiento del Estado. Razones todas que demuestran la relevante contribución de la llamada “Generación Zenger” al diacrónico discurso de la libertad de expresión, exponente en el período colonial 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. LIBERTAD DE PRENSA Y LIBELO SEDICIOSO EN LA IDEOLOGÍA COLONIAL Y PRERREVOLUCIONARIA: LA PARADOJA DEL DISCURSO UTILITARISTA

Como anunciábamos al principio, Leonard W. Levy ha defendido básicamente en sus dos monografías sobre la libertad de prensa en la América colonial y revolucionaria que la tradición angloamericana de la libertad de expresión, desde Milton hasta la ratificación de la Primera Enmienda, había aceptado el derecho del Estado a perseguir y suprimir la crítica política mediante el 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 *Sedition Act* de 1798. Aunque no le faltan razones y

but he did not justify criticism of any government that he might think to be good or just...“Truth”, he insisted, “ought to govern the whole affair of libels”, vid. Emergence of a Free Press, op. cit., pg. 127.

evidencias históricas a Levy, sin embargo, el célebre *Caso Zenger* constituye un momento importante para el diacrónico proceso de conceptualización de la libertad de expresión en las colonias americanas porque contribuyó a la recepción en el pensamiento colonial de la doctrina *Whig* radical inglesa defensora de la libertad de expresión como derecho natural. Doctrina que descansaba sobre un evidente presupuesto pactista: el Estado como garante de la igual libertad. Presupuesto que coadyuva a la emergencia del moderno concepto de Estado que potencia la participación ciudadana en el proceso político, transformando el discurso de la libertad de expresión, definido ahora por su utilidad para el mantenimiento del buen gobierno en un Estado democrático.¹³³

Por esto, el discurso de la libertad de expresión en la tradición radical *Whig* de principios del siglo XVIII, que se recibe en las colonias americanas a través de la “Generación Zenger”, empieza a reflejar como principal eje el argumento utilitarista, esto es, la libertad de expresión es en todo caso necesaria para el progreso y mantenimiento del gobierno en un Estado democrático. Argumento utilitarista que presenta, sin embargo, una paradoja, la tensión siempre latente entre la fundamentación iusnatural del derecho y su instrumentalización política. Paradoja claramente manifiesta en los términos que empleara Francis L. Holt (1780-1844) a principios del siglo XIX, porque a pesar de definir la libertad de prensa como manifestación de la libertad de expresión y por esto parte integrante de la libertad natural, Holt acepta que la libertad de expresión sea sometida a los límites necesarios para mantener el poder establecido y para garantizar su ejercicio en todo Estado libre,

*«The liberty of the press is one of the forms of the liberty of speech and communication, and in every free state is considered as a part of our natural liberty, because though the instrument of it be of civil creation... the substance of it is in natural right... restricted within those limits which are necessary... to maintain the establishment... and are necessary to maintain its exercise».*¹³⁴

Paradoja que refleja, como señala Parry-Giles, la dialéctica tensión conceptual que presenta la base natural de la libertad de expresión y su instrumentalización política, porque a partir de ahora se fundamentará y limitará el derecho en aras de la garantía colectiva, esto es, se defenderá la libertad de expresión por su contribución al mantenimiento del Estado democrático, admitiéndose solamente la criminalidad de las “falsas” expresiones que puedan atentar a su preservación,

¹³³ Esta ha sido la principal tesis defendida por Vicent Blasi, afirmando que en el histórico discurso de la libertad de expresión ha primado el valor de su contribución al control del poder, *«In this article, I examine the sources and premises of the idea that free expression is valuable in part because of the function it performs in checking the abuse of official power, an idea I shall hereafter refer to as “the checking value”»,* vid. “The Checking Value in First Amendment Theory”, *American Bar Foundation Research Journal*, 1977, pgs. 521-649, especialmente pag. 521.

¹³⁴ Holt, Francis L., *The Law of Libel*, London, 1812, reimpreso por Garland Publishing, New York, 1978, pgs. 45-46.

pero no la de aquellas que por responder a la verdad contribuyen al necesario control político del gobierno.¹³⁵ Presupuesto pactista que condicionará el discurso de la libertad de expresión, paradigmáticamente reflejado en los artículos periodísticos de John Trenchard y Thomas Gordon, quienes fusionaron en las *Cato's Letters* la teoría iuscontractual lockeana que cristalizó en el proceso revolucionario de 1688¹³⁶ con el emergente énfasis que, como ha puesto de relieve Pocock, el republicanismo cívico de reminiscencia maquiavélica hizo recaer sobre la participación ciudadana en el proceso político.¹³⁷

Discurso que emerge en los escritos de la “Generación Zenger”, en las doctrinas libertarias de Benjamin Franklin y en la defensa hamiltoniana que del *Caso Zenger* preparase James Alexander. Así, ya en 1734 James Alexander afirmaba en el *New York Weekly Journal* «*That Abuses that dissolve Society, and sap the Foundations of Government, are not to be sheltered under the Umbrage of the Liberty of the Press.*»¹³⁸ Presupuesto pactista que también se refleja en 1753 en las doctrinas utilitaristas que expusiera en el magazín neoyorquino, *The Independent Reflector*, el editor y padre del proceso constituyente, William Livingston (1723-1790),

«*A Printer ought to publish every Thing that is offered to him; but what is conducive of general Utility, he should no refuse... Such Refusal is an immediate Abridgement of the Freedom of the Press. When on the other Hand, he prostitutes his Art by the Publication of any Thing injurious to his Country, it is criminal, —It is high Treason against the State... The Press neither has, nor can have such a Liberty, and whenever it is assumed, the Printer should be punished.*»¹³⁹

¹³⁵ «*The paradox in this commitment is located precisely in the tension that Holt identified between its natural basis and its civil instrumentality... This is, precisely because of the civil instrumentality of the commitment to free speech, it may be necessary and justified for government to restrict this otherwise natural freedom to the sake of its preservation*», Parry-Giles, Trevor, “Parliament, Puritans and Protestors: The Ideological Development of the British Commitment to ‘Free Speech’”, *op. cit.*, pg. 34.

¹³⁶ En este sentido, entre otros, *vid.* Zuckert, Michael P., *Natural Rights and the New Republicans*, *op. cit.*, pgs. 297-319; Mayer, David N., “The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 70, 1992, pgs. 189-196; Hamowy, Ronald, “*Cato's Letters*, John Locke, and the Republican Paradigm”, en *History of Political Thought*, 1990, vol. II, págs. 273-294; especialmente pg. 291.

¹³⁷ «*Civic humanism is a type of thought... in which it is contended that the development of an individual toward selffulfillment is possible only when the individual acts as a citizen; that is, as a conscious and autonomous participant in an autonomous decision-taking community, the polis or republic*», Pocock, J. G. A., *Politics, Language and Time*, Methuen, London, 1979, pg. 85. *Vid.* también de Pocock, J. G. A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 1975, pg. 468; *vid.* también, Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1969, pg. 16.

¹³⁸ *New York Weekly Journal*, 4 de noviembre de 1734, *vid.* Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pg. xl.

¹³⁹ Livingston, William, *Of the Use, Abuse, and Liberty of the Press*, *vid.* *The Independent Reflector*, 30 de agosto de 1753, el escrito es reimpresso en Livingston, William, *et al.* *The Independent*

Discurso que igualmente traspasaría la América colonial para implementarse en los escritos de aquellos que libraron la batalla de la libertad de expresión en la era prerrevolucionaria, como paradigmáticamente reflejan los resonados ecos libertarios que de *Cato* publicase en la *Boston Gazette* en 1767 el autoproclamado “Freeborn America”,

«Man, in a state of nature, has undoubtedly a right to speak and act without controul. In a state of civil society, that right is limited by law. Political liberty consists in freedom of speech and action, so far as the laws of a community will permit, and no further: all beyond is criminal and tends to the destruction of Liberty itself». ¹⁴⁰

Por todo, la tradición de la “Generación Zenger” viene a demostrar que no es cierta la estática homogenización que, según Levy, vino caracterizando desde mediados del siglo XVII al histórico discurso angloamericano de libertad de expresión. Discurso fundado, afirma Levy, en la creencia arraigada de que la figura del *seditionous libel* era un tipo penal legítimo que sólo requería de la consagración de ciertas garantías procesales.¹⁴¹ Sin embargo, el estudio que precede viene a demostrar que el *Caso Zenger* contribuyó a ensanchar el ámbito de la libertad de expresión, abriendo las puertas a la crítica política del gobernante, porque la denuncia pública de la verdad sobre la gestión de los gobernantes se instituye en garantía del buen gobierno en un Estado regido por la célebre máxima lockena del gobierno por consentimiento de los gobernados. Fundamentándose así el criterio de la verdad sobre un evidente presupuesto pactista, la defensa del conjunto de la sociedad frente a los tiranos y usurpadores. Presupuesto pactista que definió el discurso de la libertad de expresión en el siglo XVIII, integrado en el genérico proceso de gestación del nuevo modelo contractual de Estado, depositario de la soberanía del pueblo y garante de la igual libertad. Por esto, la “Generación Zenger” representó en el período colonial una línea de pensamiento que cristalizaría en las declaraciones de derechos del período revolucionario y que alcanzaría rango constitucional en la Primera Enmienda. Positivación constitucional que contribuiría a la emergencia de una nueva fase en el diacrónico proce-

Reflector or Weekly Essays on Sundry Important Subjects, Milton M. Klein (ed.), The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1963, pgs. 336-344, y también en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pgs. 74-82.

¹⁴⁰ *Boston Gazette*, 9 de marzo de 1767, reimpresso en Levy, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pgs. 95-97.

¹⁴¹ «The history of Anglo-American thought on freedom of speech and press from the early seventeenth century to the American Revolution had been remarkably uniform until the eve of the Revolution... No one had ever explicitly disavowed the concept of seditious libel even to the point of supporting a right to advocate the peaceable abolition of the monarchy, the House of Lords, or the constitution... Excepting the few who endorsed the overt acts test, all, expressly or by clear and necessary implication, had accepted in principle the notion that the state might be criminally assaulted merely by words, even by words which had no consequence other than producing contempt for the government in the minds of the people», Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 168.

so de conceptualización de la libertad de expresión que coadyuvaría al ensanchamiento del ámbito de la expresión política, como refleja el episodio de la *Sedition Act* norteamericana de 1798,¹⁴² frente a la que reaccionaría Thomas Jefferson (1743-1826) en las llamadas *Kentucky Resolutions*.¹⁴³ Demostrándose así, como ha señalado el mismo Levy, que la teoría de la expresión política como derecho natural y el concepto del libelo sedicioso «*could not forever coexist*».¹⁴⁴

RESUMEN: La recepción de la tradición republicana y Whig inglesa desde Milton hasta las *Cato's Letters* en la América colonial y prerrevolucionaria, contribuiría a la emergencia de la libertad de prensa y a su reconocimiento en las declaraciones de derechos del período revolucionario y en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana.

ABSTRACT: The reception of the English republican and Whig tradition from Milton to the *Cato's Letters* in the colonial and pre-revolutionary America would contribute to the emergency of freedom of the press and to his acknowledgment in the Bill of Rights of the revolutionary period and the First Amendment of the American Constitution.

¹⁴² Para su estudio, entre otros, *vid.* Berns, Walter, "Freedom of the Press and the Alien and Sedition Laws: A Reappraisal", *Supreme Court Review*, Philip B. Kurland (ed.), University of Chicago Press, Chicago, 1970; Smith, James Morton, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, *op. cit.*, *passim*; Miller, John C., *Crisis in Freedom: The Alien and Sedition Acts*, Little Brown, Boston, 1952; Carroll, Thomas F., "Freedom of Speech and of the Press in The Federalist Period: the Sedition Act", *Michigan Law Review*, vol. 18, 1920, pgs. 615-651.

¹⁴³ El documento de las *Kentucky Resolutions* es reproducido en Levy, Leonard (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pgs. 350-352.

¹⁴⁴ «...a few advanced ideas that in time World fashion a new theory of intellectual liberty and freedom of political expression. Tindal, Asgill, and Collins deserve credit for describing free speech and even freedom of the press as natural rights, that is, as rights belonging to humanity in a state of nature before people contracted for government to preserve law and order. In half a century Americans would be the first people in the history of the world to give written constitutional recognition to natural rights, on the theory that the people reserved those rights to themselves and instituted governments to protect them. The theory of political expression as a natural right and the concept of seditious libel could not forever coexist» *vid.*, Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pg. 117.