

Areopagítica y su influencia en la Primera Enmienda Norteamericana. Un estudio a través de la jurisprudencia

AMPARO MARTÍNEZ GUERRA

RESUMEN

El presente artículo trata de exponer la influencia que tuvo la conocida obra de John Milton en la redacción de la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana, optando para ello por el análisis de la jurisprudencia más significativa del Tribunal Supremo. Los casos seleccionados son el reflejo, a nuestro entender, de la flexibilidad de una norma, que contando con más de dos siglos de antigüedad, ha sabido adaptarse a los cambios sociales, políticos y económicos más importantes y que, en definitiva, ha sido el punto de partida de la regulación europea en este campo.

ABSTRACT

The following article tries to explain the influence that John's Milton Areopagitic had on American First Amendment, opting for the analysis of the most significant jurisprudence in the American Supreme Court. In our opinion, the selected cases are the reflection of the flexibility of that Law, that dating back to more than two centuries, it has know how to adapt itself to the most important social, political and economics changes, and definitely, it has been the starting point of the European Law in this field.

EL AUTOR Y SU ENTORNO

John Milton nació en 1608 en Londres, lugar donde moriría sesenta y seis años después. Personaje perteneciente a una familia burguesa y puritana, realizó sus primeros estudios en la *Saint Paul's School* e ingresó posteriormente en el *Christ's College de Cambridge*. Obtuvo el título de *Bachelor of Arts* y tres años más tarde el de *Master of Arts*. Renunció a su carrera eclesiástica y se retiró a casa de sus padres completando su formación con la lectura de los clásicos más sobresalientes. La amenaza de guerra civil le hizo volver de Italia, donde se entrevistó con Galileo.

Su vida está marcada por tres matrimonios y un abandono: el de su primera mujer con la que, tras una reconciliación, tendría tres hijas, y que moriría el mismo año en que el autor se quedó completamente ciego. La segunda fallecería en durante el parto un año después de casarse. En 1663 contrajo matrimonio por tercera vez con una joven de veinticinco años, Elizabeth Mins-hull.

Milton es fundamentalmente conocido por su faceta poética, dentro de la que destacan obras como *Muerte de un niño hermoso* (1626), *Himno en la mañana de Navidad* (1629), *Sobre Shakespeare* (1630) y por encima de todas ellas, *El paraíso perdido* (1667).

La vida de Milton transcurre en un periodo de gran agitación política en Inglaterra, algo que sin duda influirá en gran parte de su obra. La muerte de Carlos I en 1649, la consiguiente instauración de la *Commonwealth* puritana de Cromwell y finalmente la restauración de los Estuardo en 1660 que cristalizaría en la Gloriosa de 1688, determina el estilo literario de esta época, del que Milton es su máximo representante. Así, como bien apunta el profesor Truyol y Serra ¹ «*explica la índole predominantemente polémica, y en gran parte circunstancial, de su expresión literaria, que por lo general adopta la forma de panfletos o consideraciones sobre temas políticos completos. Escasean en este periodo los tratados sistemáticos*».

De sus ensayos mencionaremos *The tenure of Kings and Magistrates* (1649), *De defensio pro populo Anglicano* (1651) y *the Easy way to establish a free Commonwealth* (1660).

Tras años de persecución, los puritanos parecen haber alcanzado una posición relevante de la sociedad inglesa y el papel que jugarán será decisivo en la ejecución de Carlos I, hecho que Milton defendió fervientemente como símbolo del derecho del pueblo a revelarse contra todo aquello que pueda menoscabar o destruir el derecho natural más importante en el individuo: la libertad.

Milton, al igual que Harrington, defiende un republicanismo aristocrático que choca frontalmente con el absolutismo de los Estuardo. Y es que según este autor los hombres nacen libres y constituyen gobiernos para defenderse mutuamente. El gobernante debe proporcionar esa seguridad y el poder lo posee en fideicomiso. Por ello el pueblo está legitimado para deponer a aquellos gobernantes tiranos que no cumplan con la función que les ha sido encomendada. Observamos así cómo se intenta romper con la fórmula tradicionalmente utilizada para dotar de legitimidad al gobernante: de Dios al pueblo. Son los individuos los que entregan sus derechos individuales a la autoridad pública y la ley que ha de establecerse, debe limitar y controlar a la autoridad.

Pero esta teoría política no puede entenderse sin atender al puritanismo que determinó al autor. Y es que esta doctrina religiosa será completamente acogida en Nueva Inglaterra por los primeros pensadores americanos.

¹ Truyol y Serra, A.: en *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Del Renacimiento a Kant*, Alianza Universidad Textos, 1995, p. 239.

El puritanismo parte del principio protestante de que la Escritura es el canon en materia de fe. La interpretación de la Biblia la debe realizar el individuo por sí, ya que es un ser dotado de razón. Por ende, ni los magistrados ni la Iglesia están legitimados para imponer una determinada interpretación, y tampoco pueden «ilustrar a la fuerza²». Quien juzga en última instancia es la conciencia del hombre. Si la religión es algo que pertenece a la conciencia individual del hombre, Estado e Iglesia son instituciones distintas, con labores y cometidos diferentes que no deben ni mezclarse ni sobreponerse.

Esta doctrina viajaría con los *Pilgrim Fathers* a bordo del *Mayflower* en 1620. Su influencia y desarrollo alcanzaría límites que Milton y otros puritanos jamás imaginaron y menos en Inglaterra, donde la amenaza de restauración de los Estuardo aniquilaba cualquier esperanza.

Sin embargo, la cosa era bien distinta en *Plymouth*: si al principio la doctrina puritana se radicalizó hasta extremos insospechados, a finales del siglo XVII tendrían que aceptar una cierta laicización del estado, hasta llegar al punto de la absorción de la colonia de *Plymouth* por la de *Massachussets*. Pero los puritanos destacaron sobre todo por ese sentimiento gregario que les permitía ser fuertes ante la Metrópoli y en definitiva ante la Iglesia Anglicana, alzándose en 1750 contra aquélla, acusándola de haber roto ese contrato fundamental que le ligaba con los súbditos norteamericanos. Su papel sería fundamental en la Revolución de 1776.

Aún así no debemos olvidar que el puritanismo como doctrina o corriente religiosa arrastra o determina una estructura social y económica concreta. Así propugna la austeridad de vida, interiorismo y exaltación del trabajo, cuyo fiel reflejo sería la creciente clase burguesa dedicada a los negocios y el comercio, que encontrará en Nueva Inglaterra un universo de posibilidades por explotar. De ahí que sea en esta zona de los actuales Estados Unidos donde se genere mayor riqueza que despierte las ansias de independencia frente a Inglaterra y que aspire a regirse por normas que elaboren ellos mismos, inspiradas en el Derecho Natural y los principios que defienden y no en los impuestos por la Iglesia Anglicana. Sin duda alguna, el protagonismo de la Revolución Norteamericana será suyo.

LA APORTACIÓN DE MILTON

La influencia de Milton en la defensa de la libertad de prensa y de expresión en los Estados Unidos fue muy superior a la que tuvo en Inglaterra. El nacimiento de un estado pretendidamente libre de poderes feudales y de una tradición monárquica, resentida del poder de la Metrópoli, favoreció que este pensamiento alcanzara su máxima expresión años después en la Primera Enmienda de la Constitución Americana, no sin problemas en su interpretación, como veremos a continuación.

² Sabine, G.C.: *A History of Political Theory*, Calcutta, Oxford & IBH, 1968.

En Inglaterra la situación fue muy distinta: el peso de la Corona, de la Iglesia Anglicana, las revueltas sociales y, en definitiva el clima de inestabilidad, impulsaba a los poderes a ejercer un mayor control sobre cualquier conato de crítica o disidencia.

Areopagítica fue elaborada como réplica al Decreto de 1643 que imponía la previa revisión de todos los escritos con el fin de determinar la aptitud de los mismos para ser publicados. Aunque pudiera parecer que esta fue la primera medida tomada en este campo, en 1530 Enrique VIII prohibió la publicación de libros en lengua inglesa hasta que hubiesen sido examinados y aprobados por la diócesis correspondiente. Esta orden también exigía que figurase el nombre del autor de la misma. En 1538 se amplió la extensión de dicha orden a cualquier tipo de libro. La autorización se concedería bajo la forma del «*imprimatur*». Además ya no sería la Iglesia la encargada de realizar ese control sino el *Privy Council*.

Monarcas posteriores como Eduardo, María e Isabel continuarían con el mismo sistema de autorización. El rey Juan lo confirmó en 1611 y 1613 y durante el reinado de Carlos I la Cámara Estrellada elaboró el Decreto de 11 de julio de 1637 que se convirtió en trámite necesario y previo a la impresión, publicación y venta de cualquier libro o panfleto, y que propició la destrucción de muchos de ellos considerados sediciosos u ofensivos. Pero además, aquellos libros que pretendiesen ser reeditados tendrían que ser revisados. Junto a la autorización debían figurar el nombre del autor y del librero. Los libreros necesitarían licencia para el desarrollo de actividad y trabajar si ella constituiría un delito.

Este Decreto fue abolido en junio de 1641, dejando a la prensa en principio, libre de cualquier tipo de regulación. Cinco meses más tarde la Cámara de los Comunes volvería a exigir que en toda obra publicada o reeditada figurase el nombre y el consentimiento del autor. Esta Orden sería conocida como *Signature Order* y criticada en *Areopagítica* como una original medida de control sobre la prensa. La Orden de 1643 sería el detonante³.

El propio texto justificaría su existencia por la necesidad de «frenar ese proceso de difamación del que estaban siendo víctimas tanto la Iglesia como el Gobierno a través de libros, panfletos y todo tipo de publicaciones». La Cámara sería la encargada de designar a aquellas personas encargadas de revisar los escritos.

³ Milton, J.: *Areopagítica*, traducción y prólogo de José Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 2000. «Análisis de la orden del Parlamento (14 de julio de 1643) contra la cual va enderezada la *Areopagítica*

1. *Especifica el Preámbulo haber venido siendo publicadas recientemente muchas obras falsas... escandalosas, subversivas y difamatorias, con gran desdoro de la Religión y del gobierno; y haberse establecido hartas prensas particulares, e imputarse a diversos (miembros) de la Compañía de los Libreros infracciones de los derechos de ésta.*

2. *Disponen por tanto los Lores y los Comunes en Parlamento: 1) que no se imprimirá ninguna Orden de las Cámaras o de cualquiera de las dos salvo por su mandato; 2) que ningún libro... será en lo sucesivo impreso o dado a la venta sin haber de antemano conseguido aprobación y licencia de la*

La obra de John Milton no tendría ninguna repercusión en esta medida parlamentaria. Es más, en los años siguientes las dos medidas de control criticadas en la obra serían establecidas en Órdenes distintas.

Por un periodo de quince meses el Gobierno no exigió la revisión de los escritos antes de su publicación, pero el sistema de control a través de la licencia se implantaría de nuevo en 1653.

En su obra, el autor no vacilará en atribuir la creación de semejante medida a la Santa Inquisición Española y al mismo tiempo, señalando que Inglaterra debe ser diferente al resto de los estados europeos. Los poderes públicos no pueden atribuirse esta facultad: el hombre debe ser tratado conforme a lo que es, un animal racional, y por ello constituye un aberración limitar su derecho a conocer, discernir y diferenciar. El hombre con la ayuda de Dios sabrá distinguir entre lo bueno y lo perjudicial y es ésta la prueba impuesta por Dios.

Areopagítica es, en palabras del historiador George Sabine «la más bella argumentación que se haya escrito jamás contra las estupideces y futilidades de la censura»⁴. Su nombre proviene de la colina ateniense llamada *Areopagus* en la que estaba situada el más alto tribunal de Atenas y el discurso ante éste recibía el nombre de *Areopagitic*, que pone de manifiesto la admiración que Milton sentía por el mundo clásico, y en especial por Grecia.

Pero la importancia de *Areopagítica* se dejó sentir en los siglos siguientes y todavía hoy, constituye a través de su materialización en la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana, uno de los pilares fundamentales de la sociedad norteamericana. Los juicios más famosos de la Historia de los Estados Unidos referentes a libertad de prensa y expresión, se convierten en verdaderos espectáculos públicos donde los medios de comunicación recuerdan el valor de un derecho consagrado en la Constitución cuya importancia destaca sobre el resto como símbolo de libertad, no sólo frente a los poderes públicos, sino también el viejo continente. Y todo esto sin olvidar que esta obra ensalza de la li-

persona o personas que ambas Cámaras o cualquiera de las dos designaren para la expedición de tales permisos; 3) que ningún libro cuyo derecho exclusivo hubiere sido otorgado a la Compañía para su alivio y el mantenimiento de sus menesterosos será estampado por persona o personas algunas sin licencia y consentimiento del Maestro, Celador y adjutores de dicha Compañía ; 4) que ningún libro ya impreso en esta nación, vendrá importado de allende de los mares bajo pérdida de tal beneficio del poseedor del derecho exclusivo y otras sanciones que fueren estimadas convenientes.

3. La Compañía de Libreros y los funcionarios de ambas Cámaras quedan autorizados para la busca de las no autorizadas prensas, y destrucción de ellas; para la búsqueda de libros no autorizados y su confiscación; y para la aprehensión de todos los autores, impresores y otros tales relacionados con la publicación de libros no permitidos, y cuidando de su comparecencia ante las Cámaras o la junta examinadora, a fin de ulteriores castigos, no debiendo tales personas recobrar su libertad hasta haber dado satisfacción, como asimismo fianza bastante en prenda de que no habrán de conducirse de aquélla suerte en lo venidero».

4. Todos los Jueces de Paz, Capitanes, Alguaciles y demás funcionarios prestarán su concurso a la ejecución de lo arriba dicho.

⁴ Sabine, G.: en *ob. cit.*, p. 3.

bertad de prensa y expresión frente a la Iglesia, no frente a otro tipo de poderes (el mismo autor fue censor durante años).

Y es que como derecho fundamental, la libertad de prensa y expresión reúne esa cualidad de concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido es necesario delimitar a través de la creación jurisprudencial. Por ello creemos que es obligada la exposición de los casos más significativos de la jurisprudencia norteamericana no sólo del siglo actual sino también de los precedente porque es a través de la evolución histórica como mejor se puede observar la evolución en el contenido de este derecho y también del pensamiento jurisprudencial.

Sin embargo, si bien la Primera Enmienda abarca tanto la libertad de prensa como la de expresión, podemos observar un cambio significativo según las épocas. Así en sus orígenes lo que se pretende garantizar es la libertad de prensa frente al llamado *imprimatur* (ésta fue una de las técnicas de las que usó tanto la Corona Británica como la Inquisición y de la que también hizo uso el gobierno de las Colonias). Entre las demás medidas destacan la fuerte carga impositiva a la que eran sometidas las publicaciones. De este modo la primera técnica suponía un control *ex post* y la segunda actuaba como desincentivo a la creación de obras. A todo ello hay que añadir las sanciones económicas que podían imponerse tras la publicación de las mismas.

Más tarde la atención se centrará en garantizar el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos y en el llamado *Right to Know*, que se materializa en la posibilidad de exigir explicaciones y responsabilidades a los poderes por las decisiones tomadas en el desarrollo de su actividad como garantía de transparencia y claridad y sobre todo como forma de participación de los ciudadanos en la vida política y garantía de control sobre los representantes democráticamente elegidos por el pueblo.

Todo ello está íntimamente ligado al cambio de competencias atribuidas en el Estado, al desarrollo de las sociedades y sobre todo al nuevo papel del individuo: ya no es súbdito sino ciudadano, y como tal revestido de derechos exigibles frente a los gobernantes, cuya única misión es procurar el bien común de la Sociedad y velar por el mantenimiento de las condiciones necesarias para que se produzca un perfecto intercambio de bienes y servicios en los mercados ya que el fin del hombre es alcanzar la felicidad, algo que sólo es posible a través del trabajo y de la acumulación de propiedades. Con el paso de los años el análisis de los fallos de mercados que impiden una correcta distribución de los bienes y que echan por tierra las teorías Adam Smith, desplazará la preocupación a garantizar el acierto en la toma de decisiones de las administraciones en temas como concursos, oposiciones, contratos de las administraciones, exigencia de responsabilidades a los gobernantes por su gestión..., todo ello ligado al cambio en la conciencia sobre lo que debe ser y representar el Estado. Cuanto más competencias tenga en la política social y económica, mayor será el interés de los ciudadanos por garantizar la transparencia en la toma de decisiones.

LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA Y SUS PRINCIPIOS. LA PRIMERA ENMIENDA: SIGNIFICADO Y VALOR

La Revolución Americana fue una revolución política, no social y hasta cierto punto es lógico, si tenemos en cuenta que la mayoría de sus precursores fueron gentes huidas de la metrópoli cuyo máximo deseo era encontrar esa ansiada libertad religiosa y también, y por encima de todo, la posibilidad de asentar y desarrollar sus negocios con la finalidad de acumular propiedades, símbolo máximo de esa felicidad que debe perseguir el hombre. De ahí la importancia que tuvo el derecho de propiedad en la regulación de la Constitución, y que todavía hoy sigue teniendo en los Estados Unidos, mientras que en los países europeos este derecho ha sido matizado, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial y la llamada «función social de la propiedad».

La Constitución Norteamérica ha sido considerada en numerosas ocasiones uno de los primeros textos constitucionales de la Historia porque refleja los principios fundamentales que posteriormente recogerían las cartas magnas de estados como Francia. Pero sin lugar a dudas, podemos señalar la existencia de unos principios cuando menos originales, entre los que destaca la configuración del futuro estado americano.

Por encima de todo la implantación de una república es algo que, si bien había sido propugnada por muchos escritores, pensadores y filósofos europeos, nunca tuvo en el viejo Continente la importancia que adquiriría en el Nuevo, amén de los breves periodos que vivió Inglaterra durante la época de Cromwell y mucho antes Italia tras los sucesivos derrocamientos de los Medicis.

La constitución de estados federales con representación en el gobierno de la nación se considera el primer logro. La ley debe ser cercana a los ciudadanos y el hecho de dotar a cada estado de poder legislativo lo consigue. La existencia de dos campos que no se superponen sino que se complementan, permite la articulación e interacción de los mismos.

La segunda nota característica junto con la separación de poderes que lleva implícito, fue el papel que se le concedió al poder judicial (*judicial review*), y concretamente a la Corte Suprema como órgano encargado de velar por el respeto de la Constitución, cuya figura más significativa sería John Marshall.

Frente a esta supuesta perfección encontramos un primer inconveniente: la Corte Suprema nace con la responsabilidad de hacer cumplir la Constitución, garantizar la constitucionalidad de las leyes de los estados federados y las federales, además de asegurar los derechos de los ciudadanos pero los padres fundadores omitieron regularlos en este texto.

Sin embargo ese olvido fue consciente como Hamilton expondría en *The Federalist*: la existencia misma de la Constitución garantiza la libertad de prensa y expresión; esta libertad es el mecanismo que a través de su ejercicio asegura el pluralismo y por tanto el control del ejecutivo por el legislativo.

Pero tras esta apariencia pervive el temor a la prensa como cuarto poder de la sociedad. La prensa juega el papel de árbitro en un momento muy especial: el nacimiento de una forma de gobierno y aunque los teóricos del momento defendieron los principios del puritanismo, el Derecho Natural y la fe en la naturaleza racional del Hombre, son conscientes de los peligros que entraña la concesión de este tipo de derechos en una sociedad que comienza a andar y que tiene demostrar al resto de las potencias y en especial a Europa, que es capaz de desarrollar y mantener esa libertad e independencia por la que luchó contra la Metrópoli.

No debemos pasar por alto que los padres de la Constitución Americana eran partidarios de una democracia pero aristocrática y por esta razón, dotar a la prensa y a los gobernados de una potestad que les permita conocer y exigir responsabilidades a sus gobernantes habría sido, en su opinión, dotar al pueblo de un arma demasiado poderosa que impediría al gobierno actuar con un amplio margen de libertad.

La redacción de la primera Enmienda según los pensadores del momento no estaba garantizando directamente este derecho de los individuos, sino prohibiendo al legislativo elaborar leyes que restringiesen la libertad de prensa, de expresión, de religión y manifestación. Podríamos apuntar que es una forma indirecta de garantizar estas manifestaciones de la libertad.

Aunque pudiera parecer lo contrario las colonias no optaron por implantar en su territorio el sistema de libertades que tanto reclamaban frente a la metrópoli ni siquiera cuando consiguieron la independencia de ésta.

El problema no es tan sencillo como en un principio pudiera parecer: el derecho consuetudinario inglés sería la fuente que alimentaría la producción jurídica norteamericana antes y después, porque no debemos olvidar que una cosa es luchar contra la metrópoli opresora y otra muy distinta gobernar y dirigir una nación dando plenas libertades a la prensa.

La introducción de las imprentas en Massachussets fue acompañada del nombramiento de dos funcionarios encargados de otorgar las correspondientes licencias y lo que es más curioso, la licencia previa se exigió en este estado hasta 1719 cuando en Inglaterra había desaparecido en 1695.

Con todo ello no sería aventurado afirmar que como tantos, la Constitución Norteamericana es un texto abierto, elaborado para ser adaptado en el tiempo mediante la correspondiente interpretación. El problema surge cuando la misma interpretación ha de fijar el bien jurídico protegido en cada caso y en cada momento histórico, y esta interpretación será determinada por factores sociales, políticos y económicos e impregnada de valores de la misma índole.

Muchos juristas y pensadores americanos no han dudado en relacionar las enmiendas Primera, Quinta y Decimocuarta para tratar de dibujar las fronteras de lo que es objeto de protección y de lo punible. Para poder restringir este tipo de libertad debería desarrollarse previamente el correspondiente proceso judicial que desemboque en una resolución favorable a la adopción de esta medida.

EL LIBELO SEDICIOSO

A nuestro juicio la clave se encuentra en una institución exportada de Inglaterra: *el libelo sedicioso*. De la interpretación de este término dependería la autorización de su publicación y su castigo cuando el proceso de publicación hubiera omitido este trámite. Se aplicaría a periódicos, panfletos, libros y también a las octavillas que pudieran ser repartidas en discursos públicos, sin olvidar por supuesto, el contenido de estos últimos. Cuando el gobierno se vea incapaz de supervisar una cantidad tan ingente de escritos es cuando actuará a través de una segunda técnica: el encarcelamiento de sus responsables y las sanciones.

Para explicar el significado del término «*libelo sedicioso*» o «*palabras sediciosas*» debemos tener muy presente el bien jurídico objeto de protección por parte de los poderes a través de este tipo de control: cualquier tipo de crítica al monarca, porque constituye un agravio público y fomenta el desorden del país. Esto se desprende de la promulgación de *De Scandalis Magatum* de 1275, cuyo ámbito de aplicación sería ampliado en los siglos XVI y XVII y plasmado en el uso que de ella haría la Cámara Estrellada, llegando a su máxima expresión durante el reinado de Isabel I.

Los principios elaborados por la Cámara Estrellada se recogerán en *De Libellis Famosis*: éste será el derecho consuetudinario que adoptarán las Colonias y que recogerán en su legislación.

No deja de ser sorprendente que esta regulación distinga entre el libelo dirigido contra el particular y el dirigido contra el monarca, los funcionarios y sus magistrados⁵.

Un ejemplo de su aplicación lo encontramos en el caso de William Prynne, condenado a una multa de 10.000 libras, a cadena perpetua, a ser marcado en la frente, a que le rajaran la nariz y le cortaran las orejas⁶.

En sus orígenes el término libelo presentaba caracteres muy difusos y no es posible afirmar que un determinado contenido constituyese por sí mismo un acto de difamación. Más bien, libelo podía considerarse cualquier tipo de escrito que fuera dirigido contra la Administración, la Corona... o que, dirigido al público en general a través de su imprenta, fuese crítico con éstos. Por ello de-

⁵ «*Si es contra un individuo particular merece un castigo muy severo, pues aunque el libelo vaya contra una sola persona, incita a la venganza a esa familia, parentela o sociedad, por lo cual tiende a fomentar riñas y a corromper la paz, y hasta puede ser causa de derramamiento de sangre y de gran desorden: pero si es contra un magistrado o una persona pública, la ofensa es mayor; porque no se limita únicamente al rompimiento de la paz, sino que produce escándalo para el gobierno: porque, ¿qué mayor escándalo para el gobierno puede haber que tener en sí magistrados corruptos o perversos que hayan sido designados por el Rey para gobernar a sus súbditos? Y no puede haber mayor acusación contra el gobierno, que permitir que esos hombres corruptos ocupen el sagrado sitio de la justicia o que de algún modo intervengan o estén relacionados con la administración de justicia*» *De Libellis Famosis*, 3 Coke's Reports 254, 255 (1605).

⁶ O'Brien, D.: *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A y la Primera Enmienda Constitucional*, Traducción Agustín Bécena, Publicgrafics SA, México, 1983.

nunciar injusticias, actuaciones poco claras y abusos, suponía difamar. La veracidad o falsedad de los hechos que se denunciaban no era lo que determinaba el carácter difamatorio del escrito. Este punto fue muy criticado por Milton ya que consideraba que el hombre debía tener la posibilidad de conocer porque su raciocinio le permitiría distinguir el bien del mal. Pero si no tenía la oportunidad de comparar sólo vería aquello que el interés del momento aconsejase y no podría desarrollarse conforme a lo que es y que lo diferencia del resto de los animales. Esta idea sería plasmada por Madison en *El Federalista*: el bien debe prevalecer sobre el mal y del mismo modo el Saber sobre la ignorancia. Un hombre será ignorante toda su vida si se limita su capacidad de saber, emitir, transmitir y recibir información acerca de cualquier tema y aquí se incluye la actuación de los poderes. Porque como hemos señalado, de este modo se dan cumplimiento a dos exigencias: por un lado se respeta una de las libertades básicas de todo ser humano y por otro se le permite participar en los asuntos públicos. La libertad de información garantiza la existencia de un gobierno y de una sociedad libres porque unida a la libertad de expresión constituye el examen del pueblo a los poderes públicos. La importancia de este ideal se recogerá en textos como la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

De lo expuesto hasta ahora podemos deducir que se estaba abogando por una libertad de expresión y de prensa sin ningún tipo de restricción previa ni posterior. En un primer momento ésta fue la idea que se extendió y las razones tan evidentes como la constante lucha contra la metrópoli. Pero una vez que las Colonias alcanzan la independencia, los dirigentes se darán cuenta de que la censura es un modo muy eficaz para abortar cualquier amago de crítica que pueda poner en entredicho la actividad de la Administración. Por esta razón a lo largo de los dos siglos siguientes se seguirán produciendo incidentes significativos sobre la libertad de prensa y expresión y una posible limitación atendiendo a los intereses afectados en cada momento.

Los mecanismos utilizados para limitar estos derechos también variarán con el paso del tiempo: de la licencia previa se pasará al castigo posterior; de los impuestos, a la responsabilidad por acusación falsa... hasta llegar a un punto que permite reconocer las líneas maestras de la regulación actual de estos derechos en los países occidentales. Como figuras significativas destacaremos a John Mansfiel y de William Blackstone. El primero mantendrá que la libertad de prensa consiste en imprimir sin ninguna licencia previa. El segundo, que el hombre tiene libertad para publicar lo que le plazca, porque es una libertad inherente a su naturaleza pero que también tendrá que responsabilizarse cuando el contenido de esas publicaciones va contra las leyes establecidas, sea impropio o malicioso. El problema lo encontramos cuando esas leyes encargadas de fijar los criterios que deben actuar como límites, reflejan ya no los criterios dominantes en una época o sociedad concreta, sino intereses partidistas y finalidades torticeras. La autoridad para establecer qué es legal o no, malicioso o malintencionado, se remite a leyes pero ¿son los propios indi-

viduos los que elaboran esas leyes a través de sus representantes o son la impuestas por Inglaterra?

Un libelo es un escrito denigratorio pero ¿es denigratorio decir la verdad? ¿se admite ésta como defensa en los procesos judiciales por difamación? De ser así, decir la verdad no es difamar. Sin embargo los tribunales norteamericanos han tardado prácticamente dos siglos en llegar a esta conclusión. Hablaremos de los Tribunales de los Estados Unidos porque fueron los pioneros en elaborar este tipo de doctrinas y estándares, en su celo por convertirse los guardianes y protectores de esas libertades individuales que se han instaurado en su sociedad y que fielmente regulan distintos sectores de su ordenamiento jurídico.

A través de este análisis podemos observar cómo los intereses dignos de protección según los tribunales y particularmente el Tribunal Supremo varían según el momento histórico en el que nos encontremos y también de las características que reúnan los sujetos que solicitan tutela judicial en ese momento concreto.

Se ha escrito mucho sobre la Primera Enmienda y todos los autores parecen estar de acuerdo en que es un texto que por sus características permite ser interpretado y reinterpretado una y otra vez para elaborar doctrinas que resuelvan litigios cada vez más complejos, limitar unos derechos fundamentales en beneficio de otros y en definitiva ofrecer una tutela judicial a los ciudadanos que no siempre es la esperada y que muchas veces no deja de sorprender.

Hemos considerado oportuno seleccionar algunos de los casos más significativos de la que jurisprudencia de este país porque los principios que de ella se extraen se exportan al resto de países del mundo, entre ellos España y porque en definitiva, como tema de interpretación jurídica, muestra de nuevo esa elasticidad característica de mayoría de las normas jurídicas que muchas veces ante las soluciones tan dispares a las que se llega con un mismo enunciado jurídico, hace que los ciudadanos nos preguntemos si el legislador ha ideado un mecanismo que prevea la adaptación automática a futuros cambios o realmente se trata de olvidos que tienen como consecuencia, construcciones jurídicas deficientes y como resultado final situaciones muy dispares.

EL LIBELO. EVOLUCIÓN DE SU CONTENIDO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

Entre los problemas que se presentaron desde un primer momento destaca además de la propia consideración de libelo a la que hemos aludido anteriormente, el definir con precisión las personas que gozan de esa protección de su intimidad en sentido absoluto y aquéllas otras que por diversas razones no tienen más remedio que aceptar intromisiones en su vida privada. Cuando hablamos de personas no nos referimos exclusivamente a las naturales sino también a las jurídicas, aspecto en el que nos centraremos porque aunque en sus inicios la libertad de prensa tenía como sujetos activos protagonistas a pensa-

dores, políticos y filósofos que dirigían sus críticas contra los abusos gobierno y administración, desde comienzos del siglo xx los periódicos y agencias de publicidad serán las encargadas de satisfacer el *right to know* de la sociedad.

ZENGER Y EL LIBELO *PER SE*

El primer caso que pasamos a analizar es quizá el más famoso de la Historia de los Estados Unidos: el juicio de Peter Zenger; no sólo porque fue uno de los primeros en esta materia sino porque su resultado fue inesperado teniendo en cuenta que en 1735 todavía no existían ni Constitución ni Enmiendas que garantizaran la libertad de expresión.

Peter Zenger, editor del *The New York Weekly Journal* a principios del siglo XVIII, comenzó a publicar artículos sobre las prácticas corruptas del Gobierno de la Metrópoli y en especial sobre las actividades del gobernador de Nueva York, William Crosby, algo que por aquél entonces era constitutivo de delito contra su Majestad y contra aquéllos en quien ésta había depositado su confianza.

La publicación de dichos artículos tuvo lugar en 1734 pero Zenger fue procesado y encarcelado un año más tarde debido a la alta fianza que se estableció. Durante el proceso Zenger afirmó conocer lo que publicaba y ser consciente de que acusaba al gobernador de corrupción, pero también admitió que su deber moral y espiritual le obligaba a hacer públicas estas prácticas y a permitir que la ciudadanía las valorase.

Tras la expulsión de los abogados de Zenger, James Alexander y William Smith, la defensa fue asumida por abogado cuáquero, Andrew Hamilton. El argumento central de su alegato fueron los principios consuetudinarios derivados de *De Libellis Famosis*, pero desplazando la discusión al concepto de libelo. Efectivamente Hamilton no podía aceptar sin más la tesis del libelo sedicioso *per se* que impedía entrar a valorar el contenido del mismo. En su alegato, Hamilton puso énfasis en la indefensión que sufría su defendido porque al no permitírsele probar que sus acusaciones eran ciertas, estaría condenado desde el comienzo del proceso. Pero sin lugar a dudas el principal acierto de este abogado poner en duda la legitimidad de la ley del libelo y el propio contenido del término libelo. Porque según él, decir la verdad no podía ser no era difamar; los hechos que Zenger había publicado eran conocidos por todos y la ciudadanía conocía muy bien los abusos del gobernador. Entonces según Hamilton ¿por qué se estaba enjuiciando a su defendido? ¿por atreverse a publicar actuaciones y hechos conocidos por todos? De ser así Hamilton se planteaba el papel de la prensa en la sociedad?

En la defensa de Zenger podemos destacar unos puntos fundamentales:

- Hamilton estaba de acuerdo con el abogado de la acusación, Richard Bradley, en que el gobierno era una institución sagrada pero no en que

- denunciar la opresión a la que son sometidos los administrados fuese difamar.
- La ley no puede reprimir la libertad de expresión de los individuos y ni castigarlos por denunciar abusos notorios y por tanto, conocidos por todos.
 - El papel de la sociedad en general, y de la prensa en particular era denunciar estos hechos porque la experiencia demuestra que los abusos permitidos se reproducen como enfermedades en los gobernantes futuros, limitando y acotando cada vez más el espacio en el que el individuo puede desarrollar sus derechos naturales e inalienables llegando incluso a la prohibición total de su ejercicio.

El éxito de la actuación de Hamilton estuvo propiciado por varios factores: el primero de ellos fue que el órgano que debía tomar la decisión era un jurado popular, lo que probablemente influyó en la decisión porque los miembros del jurado, pese a conocer la ley de libelo al igual que el resto de la población, conocía de primera mano los abusos del gobernador. Seguramente el resultado hubiera sido distinto si un juez hubiese sido el encargado de dictar el fallo. Ésta fue una de las medidas que en los años siguientes se intentaría implantar, es decir, impedir que los jurados populares conociesen de casos relativos a las libertades públicas y concretamente referidas a la libertad de expresión.

El segundo de los aspectos que influyó decisivamente el momento histórico en el que se produjo: plena efervescencia del proceso de independencia y la negativa de las colonias a soportar cualquier abuso de Inglaterra. Por último y relacionado con el anterior, el llamamiento que Hamilton hizo a la responsabilidad de los individuos de combatir cualquier tipo de opresión y a la amenaza de poder fomentar con su fallos el desarrollo de corrupción y nuevos abusos de la metrópoli. La Historia mostraría tras la independencia de las Colonias, la lucha que mantendrán los gobernantes tratando de establecer un margen de inmunidad excluido de cualquier tipo de control alegando que es necesario para el perfecto desarrollo de la Nación.

CONTENIDOS IDEOLÓGICOS DEL LIBELO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX: GILTOW, WHITNEY Y HERNDON

La idea del libelo sedicioso *per se* no acaba de desaparecer con la entrada del siglo actual sino que se amplía cobijando valores cuya defensa se considera primordial y la nueva cláusula que habrá de interpretar será el «peligro para el Nación o sus intereses», fórmula acogida por la Administración Norteamericana para volver a actuar contra la prensa y sobre todo contra asociaciones sindicales. Junto a este criterio, el Tribunal Supremo manejará los de «razonabilidad de la legislación», «prueba de la mala tendencia» y «peligro claro e inminente».

Pero muy a su pesar Estados Unidos no pudo evitar la recepción de las ideas comunistas; los movimientos sindicales y organizaciones sociales se hacen eco de principios poco o nada arraigados en esta parte del planeta. De nuevo el intento de evitar la difusión de cualquier pensamiento o corriente ideológica que «ponga en peligro los valores americanos» colisiona con la protección de un derecho tan importante como es el de libertad de expresión y de prensa. Por esta razón la jurisprudencia de los años treinta, cuarenta y cincuenta fundamentalmente, se caracteriza por búsqueda de argumentos jurídicos que justifiquen medidas como las tomadas en aplicación de la Ley de Espionaje, la Ley de Registro de Extranjeros más conocida como Ley *Smith* de 1940 o la Ley *Mc Carran* de 1950 que obligaba a todos los miembros de Partido comunista a registrarse.

Con la aprobación de estas leyes la primera labor de los magistrados fue examinar su constitucionalidad porque a primera vista parecían ser contrarias a la Primera Enmienda y fue llegados a este punto donde la jurisprudencia elaboró el nuevo criterio de interpretación que hemos mencionado anteriormente y posteriormente los demás.

El caso más significativo en esta materia fue *Gitlow v. New York*⁷, en el que la discusión se centró en si el hecho de apoyar la idea de la revolución del proletariado y a favor de las doctrinas comunistas a través de publicaciones de panfletos y revistas sindicales atentaba contra el interés nacional. De ser así, la Ley de Espionaje sería perfectamente constitucional y la condena ajustada a Derecho. Los puntos debatidos fueron los mismos que en *Whitney v. California*⁸ dos años más tarde. La sentencia fue absolutoria en ambos casos. El Tribunal ponderó si la defensa de estos principios a pesar de contraria a los intereses y valores americanos, podía provocar revueltas sociales y políticas que atentaran contra la paz social. La interpretación del concepto «peligro inminente» se convirtió en el centro de toda atención. Ambos fallos vinieron a mantener que era imposible probar la causalidad entre este tipo de declaraciones y la posible producción de un resultado. En realidad, no se habían producido desórdenes públicos de este tipo más allá de lo normal y no se podía restringir previamente ni la libertad de expresión ni de prensa por razones muy claras: la Primera Enmienda no permite la restricción de este derecho sino en ocasiones de *peligro inminente*, término que debe ser interpretado de manera restrictiva y que se refiere sólo a aquellos supuestos en los que la nación se encuentre ante una situación de emergencia; en segundo lugar era imposible probar que tales publicaciones fueran a provocar esa situación de emergencia y por ello su restricción constituiría una censura previa que la Carta Magna no protegía.

A la misma conclusión se llegó en 1937 en *Herndon v. Lowry*⁹ que revocaba en apelación la condena de 18 a 20 años de prisión de Angelo Herndon,

⁷ *Gitlow v. New York* (1925) 268 US 652.

⁸ *Whitney v. California* (1927) 274 US 357.

⁹ *Herndon v. Lowry* (1937) US 242, 264.

miembro del Partido Comunista de Atlanta por la posesión de un panfleto en el que se pedía la autodeterminación de la Región Negra de Atlanta. La acusación esgrimía el argumento de la razonabilidad de la legislación y de la mala tendencia, mientras que la defensa fundamentaba su petición de absolución en la inexistencia de peligro claro e inmediato. El fallo fue revocado por mayoría.

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: SULLIVAN

Cuando se aborda el tema de la protección del honor y la intimidad de las personas jurídicas la primera pregunta que surge es si éstas tienen un honor y una intimidad que proteger del mismo modo que las físicas. Parece que la explicación la encontramos en la repercusión económica que pueden tener acusaciones falsas o atentados contra la intimidad en su actividad económica. Cuando una persona jurídica es difamada se atenta contra su prestigio y su fama y de estas dos variables parece depende en cierta medida algo tan esencial como es su imagen y por ello, la supervivencia en el mercado. Si excluimos del ámbito de aplicación de las leyes de protección contra el libelo a estos sujetos jurídicos estaríamos permitiendo el uso de mecanismos de competencia desleal o cualquier otro comportamiento, que con un fin ilegítimo se acabase con la vida de la persona jurídica¹⁰ al conseguir expulsarla del mercado. El problema se plantea en términos similares en el caso de personajes públicos o semipúblicos acerca de si deben soportar o no un grado de intromisión en su privacidad.

Nos parece interesante poner de manifiesto que en las corrientes jurisprudenciales norteamericanas se puede observar la existencia de periodos en los que destacan las denuncias de personajes políticos o públicos contra la prensa especialmente alegando que determinadas publicaciones lesionan su honor y otros en los que son los particulares los que se ven salpicados por declaraciones, artículos o informaciones que dañan su buen nombre, que lesionan su intimidad y que en definitiva les produce un daño económico en expectativas laborales o profesionales que sí se puede calcular y otro moral que manifiesta serias dificultades para ser cuantificado en términos monetarios.

Pero la libertad de expresión como principio íntimamente unido a la libertad de prensa ha sido un foco de no pocas discusiones que ha tenido en el punto de mira a colectivos profesionales y a partidos políticos. Tal es la protección de la que supuestamente gozan estos sujetos en los Estados Unidos que las causas de difamación contra ellos son resultas por vía penal, no por civil. La consecuencia más importante es la sanción punitiva y no sólo reparadora del daño causado.

Según Prosser y Keaton¹¹ existen dos formas de difamación en el sistema americano: el *slander* o difamación oral y el *libel* (libelo), la escrita. La doctrina

¹⁰ Para un estudio completo de la materia vid Salvador Coderch, P., *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Editorial Civitas, Madrid 1987.

¹¹ Vid Salvador Coderch, P.: en *ob. cit.*, p. 19.

entiende que deben distinguirse por la permanencia que tiene el mensaje expuesto al público porque en definitiva lo que importa es que hechos (hablamos de hechos, no de opiniones) sean comunicados a una colectividad ya que si no trascienden de la esfera privada difícilmente podría pensarse que constituyen un libelo. La permanencia del mensaje será algo tenido en cuenta para la posible y futura compensación e indemnización. Aunque podríamos pensar por ejemplo qué ocurriría si una persona le comunica a otra un hecho falso acerca de un tercero con el que está manteniendo unos contactos previos que pueden desembocar en el establecimiento de unas relaciones comerciales y a raíz de eso la persona decide rechazar la negociación. ¿Podría el tercero en discordia alegar que su empresa o él personalmente ha sido difamado, y su honor, reputación y prestigio social dañados por esa acción? La respuesta no sería del todo clara a la vista de la regulación existente.

Pero volviendo a la idea de libelo, debemos distinguir conceptos no del todo precisos a pesar del paso del tiempo, que muestran como la antigua doctrina del libelo *per se* no termina de superarse completamente. ¿Qué castigan las leyes, mentir o equivocarse? ¿Qué amparan? ¿decir la verdad siempre y en todos los casos o sólo cuando lo que la prensa tenga que contar revista tal interés público que entonces se pueda ver recortado el derecho a la intimidad de determinados individuos? Descartamos en primer lugar que se proteja la difusión de hechos falsos, por lo menos cuando el sujeto lo haga conscientemente, porque la ley no ampara el ejercicio fraudulento de este derecho. Este problema pareció vislumbrar solución antes que el primero, sin embargo de nuevo planteó conflictos el momento de fijar las indemnizaciones correspondientes según los hechos cometidos. La imputación de los hechos a título de dolo o de culpa limita peligros con la aspiración de instaurar un mecanismo de responsabilidad objetiva: mientras que en los casos de acciones dolosas, la clave está en probar el *animus iniurandi* o ánimo de injuriar del sujeto, en las culposas o negligentes debemos tratar de definir conceptos muy abstractos, y de esta operación dependerá que estemos ante una acción castigada o permitida.

En el sistema de responsabilidad objetiva el sujeto sería responsable siempre y en todo, caso cuando sus afirmaciones fuesen difamatorias. No haría falta probar que se ha producido un daño. Problemas: concepto de difamación y replanteamiento del papel que en todo esto juega los tribunales, ya que si su labor es restituir el daño causado y no ha habido oportunidad de probar si ese daño se ha producido o no, ¿qué restituye? En palabras de Coderch, estaríamos ante un mecanismo de autocensura de la prensa que sólo podría ser subsanado por el llamado «Mercado de las Ideas»: como en cualquier otro mercado el consumidor racional depositaría su confianza en aquellos medios que actuaran con mayor rigor y seriedad en sus publicaciones y de esta forma, sería el propio mecanismo el que expulsase del mercado a los competidores «no aptos». Hay que apuntar que efectivamente este mecanismo actuaría como autocensura porque algunos de los oferentes no dispondrían de los recursos necesarios para tomar este tipo de precauciones y tampoco para hacer frente a las posibles in-

demnizaciones por condena en procesos de este tipo decidiendo así no entrar en este mercado; a mayor cantidad de recursos destinados a la investigación y a la confirmación de noticias mayor cantidad de publicaciones. Por el contrario, si un medio de comunicación cuenta con un presupuesto muy reducido, el coste de oportunidad de publicar noticias que no se encuentren totalmente confirmadas será muy elevado y la indemnización que se puede acordar en un proceso por difamación con un sistema de responsabilidad objetiva tan elevada que los responsables decidan no publicar cuando exista la más mínima duda.

Pero los mayores problemas del sistema de responsabilidad por culpa los encontramos en los casos de error vencible (reflejado en un caso que exponemos a continuación) y sobre todo en diferenciarlo del dolo. Se discute si el medio informativo, el periodista o las agencias de prensa tienen la obligación de comprobar la veracidad de la información que reciben y que posteriormente venden a otros medios, que a su vez podrían estar también obligados a realizar dicha operación. La doctrina del *gist rule* acogida durante decenios por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos mantuvo que no se debía responder por errores o falsedades contenidos en un relato sustancialmente cierto. La «*actual malice*» esa intención punible, ese ánimo de injuriar, cuya definición es la que sigue y ha sido plenamente acogida por nuestro ordenamiento: «*convincing clarity with knowledge that it was false of with reckless disregard of whether it was false or not*» (*sting*). En los procesos más controvertidos es la *actual malice* lo que debe probarse.

El caso que mejor ejemplifica la responsabilidad por daños, el límite entre el derecho a la libertad de expresión, de prensa y el derecho a la intimidad de los cargos públicos, a lo que hay que añadir la posibilidad de amparar futuras expectativas de derechos, es sin duda el más conocido en Estados Unidos y también en España, ya que sus razonamientos han sido acogidos por nuestro Tribunal Supremo más o menos literalmente en sentencias como 6/1988 de 21 de enero, 40/1992 de 30 de marzo, 219/1992 de 3 de diciembre y 240/1992 de 21 de diciembre: el caso Sullivan¹².

Muy resumidamente, los hechos fueron los siguientes:

En pleno apogeo de lucha por los derechos civiles en el estado de Alabama, el demandante L.B Sullivan (alto Comisionado de Montgomery en este Estado) basaba su acusación en la publicación de un artículo del New York Times de 2 marzo de 1960 en el que se denunciaban prácticas policiales abusivas para reprimir manifestaciones pacíficas de estudiantes negros a favor del derecho de sufragio para esta comunidad bajo el lema «*Heed their raising voices*». El artículo lo firmaba el Comité en pro de la defensa de Martín Lutero King, que había sido acusado de perjurio ante un tribunal de Montgomery. Los demandados eran cuatro clérigos negros y el periódico. El demandante se consideró aludido en las acusaciones porque las fuerzas de seguridad estaban bajo sus órdenes. Aún así se reconocía que se habían producido inexactitudes en la publi-

¹² *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 1964.

cación y el demandante argumentó que el periódico tenía el deber de consultar sus propios archivos antes de publicar informaciones falsas. Estamos ante el problema apuntado anteriormente acerca de error en los hechos y la responsabilidad del medio por su publicación.

El jurado del Tribunal del Distrito en Montgomery concedió a Sullivan una indemnización de 500.000 dólares y este fallo fue corroborado por el Tribunal Supremo de Alabama en base a que, según la ley de difamación de este Estado, la mera existencia de libelo difamatorio suponía una lesión y por tanto generaba derecho a indemnización. Sorprendentemente no era necesario probar la existencia de tal daño. La malicia se presumía ya que esas declaraciones afectaban a la reputación y buen nombre del demandado.

Pero el Tribunal Supremo de los Estados Unidos casó esta sentencia y declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Estado de Alabama por ser contraria a la I y XIV Enmienda ya que vulneraba abiertamente la libertad de expresión. El fallo atendía a la veracidad de hechos publicados pese a tener en cuenta que existían inexactitudes menores en la narración de algunos hechos e introducía en la doctrina jurisprudencial valores como el *convincing clarity* y la *actual malice*, a la vez que consideraba que los servidores públicos tienen derecho a acudir a los tribunales cuando se consideren difamados y difamar es mentir, no publicar noticias acerca de los actos cometidos por una persona que por la posición o cargo que ocupa ve recortada su parcela de intimidad, cuando además, en este caso en concreto no se había publicado nada acerca de la intimidad del demandante sino que se habían denunciado prácticas abusivas en el desarrollo de su cargo como *public servant*. Y es más, la difamación exigía dolo tal y se conoce entiende, si no se requiere intención directamente, sí una actuación tan imprudente y desconsiderada que se pueda presumir que el autor conocía la alta probabilidad que existía de esos hechos fueran falsos y aún así actuó. En este caso, el Tribunal Supremo entendió que existían pequeñas inexactitudes pero que eran difamatorias porque en lo esencial, el relato era cierto. Por otro lado, el demandante tenía la posibilidad de pedir una rectificación de aquellos términos que considerase erróneos.

La idea del *Common law* hunde sus raíces en los conceptos anteriormente expuestos y en la idea que quien demanda lo hace a su riesgo y por tanto tiene la carga de probar de que lo publicado es cierto, y mantendrá plena vigencia durante todo el siglo XX porque es la que recoge los principios de derecho consuetudinario que la Corte Suprema se niega a desechar, pero aun así observamos una cierta flexibilidad en la interpretación de global o conjunta de la manifestación o publicación que suscita la controversia.

LA OBSCENIDAD Y LARRY FLYNT

En último lugar se impone el estudio de una materia que ha generado una ingente cantidad de litigios en Estados Unidos y que en la mayoría de los casos

puede resultar difícil de entender desde el paradigma europeo: los procesos judiciales contra publicaciones, grabaciones o emisión imágenes que pueden calificadas de obscenas.

Como ya hemos señalado, un amplio sector de la doctrina se plantea si realmente el Derecho debe entrar a regular este tipo de actividades, sobre todo porque la falta de unanimidad acerca de lo que ha de considerarse obsceno dificulta enormemente el establecimiento de límites entre lo que puede ser calificado de obsceno o no en momento determinado, y corra el riesgo de confundirse con los valores de una moral determinada, ideas propias del partido político de turno que se encuentra en el poder, o las religiosas de la comunidad mayoritaria. Dejando a un lado la primera cuestión (si el Derecho debe regular y sancionar las infracciones en esta materia) los algunos magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos no dejaron de manifestar las dificultades que encontraban en estos casos para trazar la línea divisoria entre lo potencialmente sancionable y lo legalmente amparado por la Primera Enmienda.

El quid de la cuestión en todo esto lo encontramos en la definición obscenidad. Así, según el Black's Law Dictionary ¹³ «*obseciny is the quality of being obscenous; conduct tending to corrupt the public morals by its indencecy or lewdness. Material is obscene if, taken as a whole, its predominant appeal its to prurient interest, that is, a shameful or morbid interest, in nudity, sex or excretion, and in addition it goes to substantially beyond customary limits of candor in describing or representing such matters*».

Los casos de condena por escritos considerados obscenos en Norteamérica son probablemente tan antiguos como los difamatorios. Como en los anteriores, en la limitación de este derecho de libertad de prensa también están implicados otros como la libertad de expresión, la libertad de recibir información por parte de los ciudadanos y la libertad de estos a leer lo que les plazca. Un escrito difamatorio cuenta algo falso sobre alguien o que imputa la comisión de un delito, ciertamente tiene efectos frente a terceros y puede perjudicarles. Por ello sí se considera acertado que los existan restricciones en este sentido pero, en el tema de la obscenidad la solución ha sido muy discutida. Por todos es sabido que autores como James Joyce vieron cómo a sus escritos, en especial *Ulises*, se les colgaba la etiqueta de obsceno en *United States v. One book called Ulyses* en 1933 porque en opinión del tribunal, el contenido de esta obra tendía a despertar los instintos sexuales del ciudadano medio americano y se tenían en cuenta para llegar a esta conclusión principios que se utilizaron para fundamentar ulteriores decisiones como la intención del autor al escribir el libro, los efectos que podía tener en las personas normales (sin considerar a personas que pudiesen tener sus facultades mentales trastornadas ni menores) y el porcentaje de contenido obsceno en comparación con el volumen de la obra.

¹³ Cambell Black, Henry; coauthors R. Nolan; Joseph and M. Nolan, Jackeline, *Black's Law Dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English Jurisprudence ancient and modern*, 6th edition by the publisher's editorial staff. ST Paul, Minnesota: West 1990.

La sentencia de este caso tan conocido tiene fecha de 24 de febrero de 1988¹⁴. La vida de este peculiar personaje es tan conocida como sus problemas con los tribunales norteamericanos durante una década, así que por ello, nos centraremos únicamente en éstos últimos.

Desde su creación, al revista *Hustler* se convirtió en centro de todas las miradas y acusaciones de la sociedad norteamericana. Su descarado contenido pornográfico y la escasez de reportajes y entrevistas la separaba mucho del resto de revistas de este tipo como *Playboy*. Pronto, el director y editor (el propio Flynt) comenzó una cruzada contra todos aquellos que le acusaban de degenerado, pervertido y de querer acabar con los valores más arraigados, pero que a su vez, eran los principales consumidores de su producto y gracias a los cuales pudo amasar su inmensa fortuna.

La idea de ofrecer un millón de dólares a aquella persona que proporcionase fotos acerca del asesinato de JFK fue desechada de inmediato por sus colaboradores más cercanos, pero poco más tarde no dejó pasar la oportunidad de publicar unas fotos de la que fuera la primera dama, Jacquelin Kennedy Onassis, completamente desnuda en una isla griega. Resultado: unas ventas de dos millones de ejemplares. El primer escándalo estaba servido. Lo que nadie podía imaginar es que hasta el mismísimo Gobernador de Ohio fuese sorprendido comprado la revista.

La respuesta a todo esto no se hizo esperar. En 1977 Flynt fue acusado de propagar la obscenidad en Cincinnati y pertenecer al crimen organizado. El abogado que le representaría en éste y en los demás procesos sería Alan Isaacman, joven abogado de 27 años dedicado a la causa de los derechos civiles. Su defensa ante el Tribunal del Condado de Hamilton se basó en argumentar se encontraba ante un juicio selectivo, ya que existían 27 revistas más con el mismo contenido que la de su defensivo y ninguna de ellas había sido procesada por esos cargos. Los ciudadanos debían tener capacidad de decisión para comprar o no la publicación, y en el primer caso, emitir su opinión sobre el contenido de la misma y que el resultado de estimar esos cargos supondría una censura previa, un atentado contra la libertad de expresión y por tanto una violación de la Primera Enmienda. Aun con todo esto, el acusado fue hallado culpable por el jurado y condenado por el juez a 25 años de prisión en la penitenciaría de Ohio. Tribunal de Apelación revocó la sentencia y puso a Flynt en libertad.

Poco tiempo después los fue acusado de vender pornografía (su propia revista) en el estado de Georgia en repuesta a las medidas que habían sido tomadas contra un grupo de kioskeros en dicho estado. A pesar de la acusación del Fiscal del distrito de Georgia, fue absuelto por el Tribunal de Condado de Gwinnet. A la salida de la sede judicial fue tiroteado, lo que le provocó la parálisis de las extremidades inferiores (todavía hoy le obliga a usar silla de ruedas). En 1983 fue sometido a una operación quirúrgica y también ese año las ventas de *Hustler* cayeron un tercio.

¹⁴ *Hustler Magazine and Flynt v. Falwell* 485 US 46 (1988).

Los años ochenta, durante la llamada *Administración Reagan*, Flynt volvió a considerar la idea de publicar artículos escandalosos que pusieran de manifiesto la hipocresía de la sociedad norteamericana. Así la publicación de un video en el que se podía observar como unos agentes del FBI participaban activamente en un delito de tráfico de drogas le costó de nuevo una condena por el Tribunal del Distrito de los EE.UU en Los Ángeles de 10.000 dólares al día por delito de desacato, hasta que revelase su fuente de información. Ante la negativa de Flynt y debido también a los diferentes insultos que profirió contra el juez, fue condenado a una multa de 15 meses de internamiento en una prisión psiquiátrica federal (anteriormente había tenido que pagar una fianza de 50.000 dólares por profanar la bandera norteamericana y haber incumplido la orden de no abandonar el estado de California).

La publicación en *Hustler* de un anuncio del conocido licor *Campari* y la sátira que en ella se empleaba tuvo como protagonista a Jerry Falwell, un predicador de la extrema derecha americana, que en sus sermones televisivos arremetía contra todo aquello que consideraba pecaminoso, al que se parodiaba en el anuncio, ya que aparecía con otros personajes públicos, hablando de «su primera vez». En una entrevista supuesta, el propio Falwell reconocía haber mantenido relaciones sexuales con su madre en una letrina y completamente borracho. Falwell demandó a Flynt por difamación, pidiendo una indemnización de 40 millones de dólares; éste a su vez, le demandó a aquél por violación de sus derechos de autor ya que para recaudar fondos había fotocopiado el anuncio y lo había mandado por correo a sus feligreses.

Durante la vista en Tribunal del Distrito de EE.UU de *Roanoke* (Virginia) en 1984, la defensa de Flynt argumentó que el anuncio se basaba en juego de palabras, que se trataba de una parodia y que cualquier persona norteamericana en su sano juicio lo entendía con lo cual en nada lesionaba la reputación de Jerry Falwell, y por tanto, debía desestimarse la demanda. El demandado fue absuelto del cargo de difamación pero tuvo que pagar indemnización por daños morales.

Larry Flynt recurrió el fallo al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que en 1987 estimó el recurso. El 24 de febrero de 1988 esta tribunal revocó la sentencia del tribunal del distrito porque entendió que el anuncio parodiaba de tal manera al reverendo que era imposible que cualquier persona llegase a creer que esos eran ciertos, que la popularidad de Falwell, con cinco millones de feligreses, no había sido dañada en ningún momento. Es más, al pie de la página de la publicación, aparecía la siguiente nota «*ad parody – no to be taken seriously. The magazine's table of contents also lists the ad as «Fiction; Ad and Personality Parody».*

El fallo de este caso recopila todos los criterios elaborados por la jurisprudencia norteamericana en los casos de difamación por libelo: el ánimo de injuriar, la *actual malice*, la posibilidad de dañar la reputación de un personaje público, lo permitido y lo prohibido por la Primera Enmienda y sobre todo la racionalidad del sujeto para saber distinguir entre la realidad y la ficción.

CONCLUSIONES

A lo largo de toda esta exposición hemos intentado mostrar la influencia que tuvo la obra de John Milton en la redacción y la aplicación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Somos conscientes de que es precisamente a *Areopagítica*, al texto que menos tiempo y líneas hemos dedicado, pero ha sido porque desde nuestro punto de vista, hemos considerado más oportuno centrar nuestra atención en el uso e interpretación de las ideas recogidas en esta obra a lo largo de más de dos siglos.

La evolución en la determinación del contenido del contenido sedicioso se muestra como una forma de censura encubierta. Ese contenido viene dado por los intereses que prevalecen en un momento concreto pero sobre todo nos importa hacer notar la gran flexibilidad que ha tenido a lo largo de algo más de siglos la Primera Enmienda, un cajón de sastre que ha dado cabida a las argumentaciones más perversas y que sin ser modificada lo más mínimo, permite la publicación y la exposición de materiales que años antes condenaba.

Conviene llamar la atención sobre las diversas interpretaciones que de este texto se han realizado porque como hemos apuntado anteriormente, los criterios y en especial lo referente a la construcción de la responsabilidad por daños, se han exportado al resto de países europeos entre ellos España. Aquí no contamos con una jurisprudencia tan abundante quizá porque en comparación con la suya nuestra Constitución todavía es joven. Pero también puede ser porque en España existe un sentimiento distinto al americano en lo referente a la libertad de expresión y las cantidades de dinero que se mueven en los litigios por este tipo de causas, no alcanzan las cifras astronómicas de aquél. La razón es muy simple: la doble moral puritana condena ese tipo de actividades pero al mismo tiempo es quien alimenta una industria multimillonaria y demandas por daños morales y psíquicos es algo que está a la orden del día.

Los casos elegidos demuestran a nuestro juicio, los problemas más significativos que desde el punto de vista jurídico han surgido: la censura y libertad de prensa y expresión, el concepto de difamación, la protección de personas físicas y jurídicas ante ella, el sistema de responsabilidad objetiva por daños y sus efectos, la protección de la intimidad de los personajes públicos y el límite entre lo socialmente permitido y lo moralmente reprobado.

Especialmente significativos se consideran el caso Sullivan y el caso Flynt. En ambos se recoge toda esa doctrina que hoy aplican los tribunales de medio mundo en los casos por difamación. Pero es más, en éste último se intenta separar dos esferas que tradicionalmente han estado unidas: el Derecho y el sentimiento religioso. El Tribunal Supremo entendió que la actividad de Hustler puede gustar o no, puede ser moralmente reprochable o no, pero que ese juicio pertenece al ciudadano entendido en su individualidad y que las leyes no deben regular las inclinaciones morales y religiosas de los ciudadanos, ya que eso es algo que pertenece a la esfera privada de cada cual.

Dejando a un lado por razones obvias temas de utilización de menores en este tipo de actividades, cuya falta de protección está plenamente justificada, de la definición dada anteriormente de obscenidad podemos extraer varias consecuencias: el concepto de obscenidad y la calificación como tales de hecho, está íntimamente ligada a los valores dominantes en una sociedad concreta, en este la americana, y en un momento concreto. De ahí la dificultad para recoger en una norma las actividades consideradas obscenas por sí mismas sin la consiguiente petrificación de valores que con el paso de los tiempos cambian. Si regulamos lo que es considerado obsceno hoy aquí, mañana puede aplicarse a prácticas totalmente aprobadas por la sociedad. Porque matar es matar y se puede hacer de muchas maneras ya que el resultado siempre es el mismo, pero en la decisión de establecer la frontera entre lo obscenamente prohibido y lo moralmente permitido es una labor muy delicada y compleja porque se intenta sus defensores intenta castigar una acción que produce según ellos, resultados no deseados. El problema surge cuando se trata de establecer la conexión entre esa acción y el resultado, si es que aparece. No es posible probar la relación de causalidad. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la tipificación de conductas obscenas conllevaría no pocos problemas de interpretación, por no hablar de la posible inconstitucionalidad de medida. Y es que los tribunales de justicia no están para amparar la pretensión de un individuo concreto o de un grupo social y religioso de imponer sus creencias o valores sobre el resto. El mercado de las ideas permite a través de sus mecanismos, marcar las pautas dominantes, respetar las minorías y sobre todo lo que es más importante, tratar el hombre como lo que es, un ser humano adulto que tiene la posibilidad de elegir y la capacidad de decidir. Si la primera se coarta, se restringe o se suprime, la segunda no tiene posibilidad de existir, con lo cual el Estado se convertiría en el tutor de una sociedad menor de edad.

La jurisprudencia refleja la idiosincrasia de un país y los valores dominantes en un momento social, histórico y político determinado. Por ello aunque sea una fuente no pocas veces menospreciada por personas ajenas al mundo del Derecho y desgraciadamente también por una gran parte de juristas, a nuestro entender es la imagen perfecta de los aciertos y de los errores que todos, como ciudadanos sufrimos en la aplicación del Derecho. y éste no puede ser entendido sin la elaboración jurisprudencial.

Pero la jurisprudencia estudiada también nos muestra la evolución de un derecho tan fundamental en un país como Estados Unidos, donde, debido a la peculiaridad de su sistema jurídico, especialmente el Penal, con fuerte arraigo de instituciones como los jurados populares, actualmente ha optado por no una libertad absoluta de prensa en la información de los procedimientos judiciales, sin atenten a la incidencia que pueden tener en los ciudadanos obligados a decidir la inocencia o culpabilidad de otros, no poniendo límites desde un principio a los llamados «juicios paralelos», y prefiriendo revocar la sentencia en instancias superiores, al contrario que en otros países como Gran Bretaña, con el *Contempt of Court* de 1981 donde se han creado mecanismos que restringen la

libertad de prensa en aras de preservar derechos tan fundamentales como el derecho a un juicio justo con todas las garantías procesales.

BIBLIOGRAFÍA

- Altschull, H. J.: *From Milton to Mc Luhan, The ideas behind the journalism*, New York; London, Longman 1990.
- Dzelzainis, M.: translated by Gruzelier, Claire. *Political Writings. J. Milton*, Edited by Cambridge University Press, 1991.
- Cambell Black, H.: coauthors Nolan, J.M., Nolan, J., *Black's Law Dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English Jurisprudence ancient and modern*. 6th edition by the publisher's editorial staff., ST Paul, Minnesota, West 1990.
- Canavan, F.: *Freedom of the speech and press: for what purpose?*, American Journal of Jurisprudence, University of Notre Dame, Law School, Natural Law School, Western, Volumen 16, 1971.
- Emery, E.: *The Press and America*, by Minnesota University and Ladd, H., Wisconsin University New York, Prentice-Hall INC, 1954.
- Fish, S.: *There is not such a thing as a free speech... and this is a good thing too*, Oxford Paperbacks, Oxford University Press, 1994
- Foerstel, H. N.: *Freedom of information and the right to know: the origins and the application of the freedom of inform*, Westport /Greenwood Press, cop 1999.
- Harris Francis, F.: *The Intellectual Development of J. Milton. The institution to 1625: from the beginning through grammar school*, University of Illinois Press, Vol. 1, 1956.
- Hemmer Joseph: *Free Speech. Communication under law*, Scarecrow Press 1979.
- Jebb, R.C.: *Areopagítica a commentary with supplementary material*, New York, AMS Press, 1971.
- Lewis, A.: *Now Law*, Random House, Inc, New York 1991.
- Loveland, Ian. *Importing the first Amendment: freedom of expression in American, English and European Law*, Oxford Hart, 1998.
- Mc Coy, R. E, with a foreword by Down, R. B. *Freedom of the Press: an annotated bibliography*, Southern Illinois University Press. London / Feffer & Simons, 1968.
- Meiklejohn, D.: *Freedom and the public. Public and private morality in America*, Syracuse University Press, New York 1965.
- Milton, J.: *Areopagítica*, traducción y prólogo de José Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Nelson, H. L. and T., Dwight L.: *Law of mass communication: freedom and control print and broadcast media*, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc. 1982
- O'Brien , D.: *El Derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A y la Primera Enmienda Constitucional*, Traducción de Agustín Bárcena, Publigráficos S.A, México ,1983.
- Owen, B. M. *Economics and freedom of expression: media structure and the First Amendment*, Cambridge (Mass), Ballinger, Cop 1975.
- Paine, T.: *Common Sense* (1776). 1737-1809, Edited with an introduction by Kramnick, I.: Middlesex Penguin Books, 1981.

- Posner, R.A.: *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México 1998.
- River, W. L.: *Back talk: press councils in America*. San Francisco Canfield Press, cop 1972.
- Sabine, G. H.: *Areopagitica and of Education*, New York Appleton Century 1951.
- Babine, G.C.: *A history of Political Theory*, Calcutta, Oxford & IBH, 1968.
- Salvador Coderch, P.: *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.
- Salvador Coderch, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid 1987.
- Schram, G. N.: *The First Amendment and the educative function of the Law*, American Journal of Jurisprudence, University of Notre Dame, Law School, Natural Law School, Western, Vol 20, 1975.
- Seaton Siebert, F.: *Freedom of the Press in England 1476-1776. The rise and decline of government control*, Urbana, University of Illinois Press, 1965.
- S. Allen, D. and J. R.: *Freeing the first amendment: critical perspectives on freedom of expression*, Edited New York University Press cop 1955.
- Stimson, S. C. *The American Revolution in the Law*, Macmillan, Hampshire 1990.
- Taylor, J.: *New views of the Constitution of the United States*, Da Capo Press, New York 1971.