

ANÁLISIS DE LOS ORÍGENES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN  
COMO EXPLICACIÓN DE SU ACTUAL CONFIGURACIÓN  
COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

*ANALYSIS OF THE ORIGINS OF FREEDOM OF EXPRESSION  
AS AN EXPLANATION OF ITS CURRENT CONFIGURATION AS AN  
INSTITUTIONAL GUARANTEE*

*Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 236-253*



Jorge Antonio  
CLIMENT  
GALLART

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de marzo de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** La actual configuración de la libertad de expresión como garantía institucional de la democracia tiene su origen doctrinal en la Inglaterra del siglo XVII, aun cuando la consolidación de la misma tendrá lugar en la Primera Enmienda norteamericana. Precisamente las tesis que, sobre la libertad de expresión en general y sobre la libertad de prensa en particular, mantuvieron los Padres Fundadores de EEUU, serán luego plenamente acogidas por la Corte Suprema norteamericana. El TEDH acabará aplicando las tesis de dicha Corte, para resolver los conflictos en que esté en juego dicha libertad.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad de expresión, libertad de prensa, democracia, verdad.

**ABSTRACT:** The current configuration of freedom of expression as an institutional guarantee of the democracy has its doctrinal origin in the seventeenth-century England, even though its consolidation was in the US First Amendment. Precisely the theses about freedom of expression in general and on freedom of the press in particular kept by the Founding Fathers of the United States, will then be fully embraced by the US Supreme Court. The ECHR has ended applying the thesis of this American Court to resolve those conflicts in which that freedom is at stake.

**KEY WORDS:** Freedom of expression, freedom of the press, democracy, truth.

**SUMARIO.-** I. Introducción.- II. Inglaterra.- III.- Estados Unidos.- IV.- De nuevo Inglaterra.- V. De nuevo EEUU.-

---

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día nadie duda sobre la doble naturaleza de la libertad de expresión, como derecho subjetivo y como garantía institucional de una opinión pública libre, sin la cual, la democracia devendría en pura quimera. Es precisamente esta última concepción, la que determina que la jurisprudencia y la doctrina le hayan reconocido el estatuto de "libertad preferente". No significa ello que jerárquicamente se sitúe en una posición superior, pero sí que deberá ser tomada muy en cuenta su naturaleza en caso de conflicto con cualquier otro derecho, pues aquella se encuentra en la esencia misma del sistema democrático.<sup>1</sup>

A través del presente artículo vamos a analizar, siquiera someramente, los orígenes de esta libertad, pues solo comprendiendo cuáles fueron sus gérmenes se comprenderá por qué la jurisprudencia del TEDH y de nuestro TC le han reconocido dicho estatuto de libertad preferente. En concreto, nos ajustaremos, en cuanto a sus

---

I MARTÍNEZ SOSPEDRA, M: *Libertades públicas*. Valencia (1993): Fundación Universitaria San Pablo CEU, pp. 66-68: "(...) la característica de la posición preferente radica en la mayor importancia de determinadas libertades y derechos en el conjunto del sistema de derechos fundamentales (...) Esa mayor importancia se fundamenta en la mayor presencia de los valores constitucionales en tales derechos, lo que acarrea su mayor fundamentalidad, en su superior capacidad configuradora del orden político de la comunidad constitucionalmente prescrito. Si determinados derechos gozan de una mayor pretensión de validez se debe a que su importancia en la definición del orden de la comunidad es mayor que la de otros, a que su capacidad de configurar el "orden público" indisponible y vinculante para ciudadanos y poderes públicos es mayor. De ello se sigue: Primero. La presunción de la exclusión de antijuricidad del ejercicio (...) de los derechos que gozan de esa posición preferente. El ejercicio de tales derechos se conceptúa, en principio, como justificado y, por tanto, plenamente conforme a Derecho. En consecuencia, el recto ejercicio de los mismos no puede ser antijurídico, y por ende, no puede generar responsabilidad administrativa, civil o penal. La afirmación de la ilicitud del ejercicio del derecho debe ser probada, y no podrá serlo fuera de los casos en los que dicho ejercicio sea desviante. (...) Tercero. La preponderancia en el "balancing". En caso de concurso entre derechos fundamentales, la posición de los derechos dotados de mayor validez es más fuerte que la de los demás, y, en consecuencia, en igualdad de intereses en conflicto, la decisión debe inclinarse, la ponderación de tales intereses debe hacerse, en favor del derecho preferente. Cuarto. Lo que en buena lógica exige que, para prevalecer los intereses no protegidos por el derecho preferente, los mismos deben tener una presencia más intensa, una posición preponderante en el conflicto de derechos planteado. Los derechos no preferentes solo pueden prevalecer en la ponderación de intereses en el caso de que la presencia de los derechos preferentes sea secundaria, periférica o marginal al conflicto mismo."

• **Jorge Antonio Climent Gallart**

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

Profesor Asociado del Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia.

Abogado. Correo electrónico: jorge.climent@uv.es

orígenes, a dos de sus manifestaciones: la libertad de imprenta (y prensa) y la libertad en el discurso parlamentario.

Nuestro estudio se va a centrar especialmente en el mundo anglosajón, y más concretamente en el estadounidense, dado que el TEDH primero y nuestro TC después han seguido los criterios interpretativos que, en su momento, marcó el Tribunal Supremo norteamericano, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, con fundamento en la Primera Enmienda.

Con carácter previo al desarrollo de este artículo, merece destacarse que para su redacción hemos seguido, fundamentalmente, a los profesores ANSUÁTEGUI ROIG<sup>2</sup> y MUÑOZ MACHADO,<sup>3</sup> que, sin desmerecer al resto de autores que también nos han ilustrado,<sup>4</sup> cabe destacarlos por la excelsa labor de compilación documental llevada a cabo para la redacción de sus obras.

Empezaremos citando a ANSUÁTEGUI ROIG, para el cual, acertadamente, “el conocimiento y comprensión de la historia de los derechos ayuda a entender los valores que ellos materializan y su sentido actual”.<sup>5</sup> Si ello es evidente respecto de cualquier derecho, lo es aún más en el caso de la libertad de expresión, pues solo entendiendo de dónde viene, cómo surge este derecho, podremos entender la importancia mayúscula que le otorga la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Estados Unidos, como del TEDH, como fundamento mismo del sistema democrático.<sup>6</sup> Dicho estatuto jurídico reforzado es el resultado de un rechazo hacia lo que antaño, y hasta hace poco en nuestro país, era habitual, la censura. Su existencia, como veremos, es totalmente incompatible con cualquier sistema que se precie de ser verdaderamente democrático. Quienes han detentado el Poder siempre han visto con muchas reticencias, cuando no se han opuesto abiertamente a que la ciudadanía pudiera tener libre acceso a una información que le permitiese empoderarse y pusiese en riesgo un statu quo claramente favorecedor de los intereses de la clase dirigente. Al fin y al cabo, el libre fluir de la información permite tomar conciencia sobre todos aquellos temas de interés público y posicionarse

2 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*. Madrid (1994): Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el BOE.

3 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios de la libertad de la palabra. Discurso leído el día 26 de mayo de 2013 en su recepción pública en la Real Academia Española*. Madrid (2013).

4 También han resultado de una ayuda extraordinaria los estudios llevado a cabo por los profesores SANTIAGO SÁNCHEZ GONZÁLEZ, sobre la libertad de expresión, y MARC CARRILLO, por sus comentarios a la obra de John Milton, *Aerogpágica*.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad de expresión*. Madrid (1992): Marcial Pons,  
CARRILLO, M.: *Aerogpágica*. Madrid (2011): Tecnos.

5 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 24.

6 *Ibidem*, p. 25: la libertad de expresión “(...) es considerada como un tronco común del que parten determinadas y concretas libertades, como las de palabra, imprenta o prensa, pudiéndose hablar en el siglo XX, también de libertad de información. Todas estas libertades serían concreciones de un enunciado genérico, y vendrían determinadas por los canales, sobre todo, de naturaleza técnica, empleados para llevar a cabo un efectivo ejercicio de la libertad de expresión. Son manifestaciones de una necesidad vital del individuo y de un requisito ineludible del sistema democrático”.

respecto de los mismos. Solo así se puede ejercer un control efectivo sobre quienes gestionan la res pública y sobre el modo en que lo hacen. Con una información dirigida desde el Poder, ello es imposible. Como muy acertadamente señala SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “La historia de la humanidad puede describirse como la historia de la represión de la expresión”.<sup>7</sup>

Habiendo quedado claro, por tanto, la mayúscula importancia de la libertad de expresión, vamos a centrar el estudio en los diferentes episodios y personajes que han sido fundamentales en el nacimiento y consolidación de la misma. Para ser rigurosos, debemos reconocer que, obviamente, con los nombres y episodios históricos que aquí se citan, no se agota el estudio de la historia de la libertad de expresión, pero tampoco es nuestra pretensión. Simplemente hemos querido destacar aquellos personajes y acontecimientos que han sido, a nuestro parecer, especialmente relevantes en la afirmación y defensa de esta libertad.

Tres países son fundamentales en el estudio de los orígenes de la libertad de expresión: Inglaterra, EEUU, y Francia. El modelo de reconocimiento de derechos fundamentales inglés es totalmente distinto al norteamericano o al francés. Así pues, mientras estos últimos, que nacen en procesos revolucionarios, buscan su fundamento en el iusnaturalismo racionalista y en el pensamiento ilustrado,<sup>8</sup> aquel,

7 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad*, cit., pp. 14-16: “la libertad de expresión es la piedra de toque de todo régimen político. Su existencia o ausencia, sus límites legales, su uso en forma de libertad de información, su abuso, su entendimiento, su regulación, su alcance, su interpretación por los ciudadanos, por los medios de comunicación, por la clase política y por el gobierno, sus pretendidas bases teóricas, revelan cada uno de ellos y todos globalmente considerados, la naturaleza más o menos liberal, más o menos democrática, de la estructura del poder vigente, en una sociedad en un momento determinado. El grado de libertad de expresión, las fluctuaciones de la misma, nos indican igualmente el estadio del progreso social alcanzado y las perspectivas – si es que existen – de cambio político. Las manifestaciones de la libertad de expresión sirven, además, de pauta para averiguar el sistema de valores vigente o predominante (...)

La historia de la humanidad puede describirse como una historia de la represión de la expresión. Desde instancias religiosas primero, políticas después y sociales, ahora y siempre, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos, y experiencias, se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y peregrinos (...)

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

8 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: *Orígenes doctrinales*, cit.: “La Iglesia va a ser el gran enemigo de la Ilustración. Las ideas de dogma, superstición, privilegio, son los objetivos de la filosofía ilustrada; constituyen los más importantes elementos a derribar en la tarea de la conquista de la libertad y en la autoafirmación del individuo” (p. 293). “Frente a la presión de la religión tradicional y, más matizadamente, frente a las estructuras sociales que impiden su desarrollo pleno e independiente, levanta el individuo ilustrado su voz crítica. La libertad de crítica y la libertad de expresión van a ser los grandes baluartes en manos del proyecto ilustrado para llevar a cabo su labor de reforma. La actividad del individuo se lleva a cabo guiada por el dictamen de la razón. Frente a explicaciones supranaturales o basadas en prejuicios no sometidos a una evaluación racional, la razón se presenta como la gran herramienta intelectual, susceptible de uso por parte de todos los ciudadanos. Esta herramienta solo opera en la comunidad a través de su libre exposición y desarrollo, con lo cual, volvemos a recalcar la importancia que tiene la libertad de expresión en el proyecto ilustrado” (p. 300).

aunque no abandona la base filosófica, sí que es más pragmático, siendo que cada reconocimiento de derechos responde, en realidad, a la pretensión de dar solución a un conflicto previo.<sup>9</sup> No obstante, como indicamos anteriormente, este estudio se va a centrar en el mundo anglosajón, especialmente el norteamericano, pues sus planteamientos son los que luego serán acogidos tanto por la Corte Suprema de EEUU como por el TEDH.<sup>10</sup>

Para respetar la cronología, acudiremos en cada ocasión al país correspondiente, pues el desarrollo de esta libertad se va dando en paralelo, aunque de un modo asincrónico, tanto en Inglaterra como en EEUU.

## II.- INGLATERRA

El primer país en el que hubo manifestaciones claras a favor de esa libertad de expresión fue Inglaterra. Tres son los textos fundamentales en la historia del constitucionalismo inglés: la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628 y la Declaración de Derechos de 1689. Pues bien, de estos tres textos, solo en la tercera se hace alguna manifestación al respecto de la libertad de expresión, siendo que la recoge exclusivamente referida a los debates habidos en el Parlamento.<sup>11</sup> Así pues, en su artículo noveno se afirma "que la libertad de palabra y los debates y procedimientos en el Parlamento no deben impedirse o indagarse en ningún tribunal o lugar fuera del Parlamento". No es una cuestión menor; habida cuenta que este es el origen de la posterior inviolabilidad parlamentaria, es decir, que los miembros del Parlamento están exentos de total responsabilidad por sus opiniones vertidas en su calidad de representantes, no pudiendo, por tanto, ser procesados por ello. Es lógico si entendemos que las decisiones de las Asambleas vienen precedidas de debates, a veces muy agrios, que deben ser ejercidos en libertad. No es posible, por tanto, procesar a los parlamentarios por las opiniones vertidas, ni por los votos emitidos. Ello resultaría un método coactivo, pues, de ser así, se desnaturalizaría la razón de ser del Parlamento. No obstante, merece ser destacado que ya antes había habido algunos pronunciamientos a favor de la libertad de expresión de los parlamentarios, pero no de un modo tan claro y palmario, como con la Declaración de Derechos de 1689.<sup>12</sup>

9 *Ibidem*, pp. 226-227.

10 En el caso francés, la libertad de expresión fue sometida a múltiples restricciones legislativas.

11 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 233.

12 *Ibidem*, pp. 236-238: "Tradicionalmente, la libertad de expresión y debate había sido, junto con la prohibición del arresto por las opiniones vertidas en las Cámaras, uno de los privilegios reclamados por el Parlamento frente a la Corona. La historia de la pugna entre el Parlamento y la Corona es, en buena parte, la de los sucesivos intentos de, principalmente, los Comunes, para tratar y debatir lo que quisieran, sin que el monarca pudiera decretar como reservada ninguna cuestión, y sin que pudieran ser arrestados por las opiniones emitidas. La exigencia de reconocimiento de dicho privilegio es muy anterior al Bill of Rights de 1689 (...) En 1376, el speaker Peter de la Mare fue encarcelado por Eduardo III debido a ciertas opiniones expuestas en el Parlamento, En 1397, Thomas Haxey fue condenado a muerte por presentar al Parlamento un documento en el que se atacaba duramente a Ricardo II. A la muerte de este, en 1399, la Sentencia fue anulada, a petición de la Cámara

La llegada de la imprenta a Inglaterra supuso otro episodio fundamental en la historia de la libertad de expresión, habida cuenta del poderoso instrumento ante el que nos encontramos para la transmisión de las opiniones de los librepensadores por medio de los libros o de la prensa. Tan fue así, que desde el primer momento se impuso la censura previa.

La intervención en Inglaterra sobre las obras escritas lo describe magistralmente MUÑOZ MACHADO: “los autores o impresores tenían que someter sus obras a un control previo que, dependiendo de la materia sobre la que versaba el libro o impreso, correspondía evaluar a diferentes instituciones; si era un libro sobre derecho, se examinaba por magistrados designados para tal fin; si de historia, por la Secretaría de Estado competente; si de religión, física o filosofía o semejantes, por autoridades religiosas o universitarias. La opinión que daban los censores se refería a originales que guardaban en sus oficinas para que, una vez editada la obra, pudiesen comprobar que no se habían producido añadidos o modificaciones. Las obras editadas se inscribían en un registro que llevaba la Compañía de Libreros (Company of Stationers)”<sup>13</sup>.

Podemos concluir por tanto, y sin lugar a dudas, que el siglo XVII se caracteriza por la implantación de diferentes normativas que tenían un objetivo claro: el control de todo lo que se pudiera leer.<sup>14</sup>

---

de los Comunes, como contraria a sus libertades tradicionales. También en 1453, el también speaker Thomas Thorpe fue encarcelado por expresar sus opiniones, contrarias al duque de York, en la Cámara. Sin embargo, es a raíz del caso Strode (1512), cuando hay un primer reconocimiento formal de esta libertad del Parlamento. Como consecuencia del encarcelamiento de Strode, por proponer la adopción de una declaración que reconociera los derechos de los mineros, el Parlamento declaró reglamentariamente la libertad de debate y la nulidad de las acciones, pasadas o futuras, contra los miembros del Parlamento por las ideas contenidas en sus discursos. Posteriormente, en 1629, a raíz de otros encarcelamientos (los de J. Eliot, Holles y Valentine), y, sobre todo, en 1667, se reconoció, por parte del Parlamento que el documento formalizado con ocasión del asunto Strode tenía un valor general y declarativo (esto es, obligaba en todas las circunstancias) de los antiguos y necesarios derechos y privilegios del Parlamento.

Junto al caso Strode, existen otros casos que jalonan la conquista del debate en el Parlamento. El encarcelamiento de Peter Wentworth en la Torre de Londres en 1587 por defender la capacidad del Parlamento para discutir temas relacionados con la reforma religiosa, y los incidentes de 1621, entre Jacobo I y la Cámara de los Comunes, que terminaron con la disolución de esta, no han de ser olvidados. En 1621, el Rey intentó limitar la libertad de debate en el Parlamento (...) Frente al intento real, la Cámara aprobó el 18 de diciembre de 1621 una protesta (...) El Parlamento se resistía a ser privado de su derecho a criticar al gobierno y a hacer oír su voz efectivamente.

Por último, hay que aludir al arresto de un miembro de la Cámara de los lores (lord Kimbolton) y de cinco integrantes de la de los Comunes (Denzil Holles, Arthur Haslerigg, John Pym, John Hampden y William Strode) en 1641 acusados de alta traición y de atentado contra las leyes fundamentales y el gobierno de Inglaterra. Dicha acusación provocó una declaración de los Comunes declarando la violación de sus privilegios y libertades tradicionales, entre las que se incluía también la libertad frente a arrestos como consecuencia de actos parlamentarios”.

MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 79, cita a Tomás Moro, que fue speaker en el Parlamento, como el promotor del primer reconocimiento de esta libertad de expresión parlamentaria, reconocida por Enrique VIII: “La de hablar; la libertad de discurso, se planteó, en primer lugar, como una libertad parlamentaria que debía proteger a los miembros de las cámaras de cualquier responsabilidad por las opiniones vertidas en los debates. Tomás Moro, siendo speaker de la Cámara de los Comunes, planteó en 1521 al Rey Enrique VIII una petición en este sentido, que ha sido considerada el primer documento en el que es reconocida la libertad de discusión”.

13 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 81.

14 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit.: “Como punto inicial de referencia, podemos fijar el “Decree of Star – Chamber Concerning Printing” emitido por la Cámara Estrellada el 11 de julio de 1637 (...) Dicho órgano,

El primer personaje histórico que tenemos que citar en la lucha contra la censura y a favor de la libertad de expresión fue JOHN MILTON. Este autor, es conocido, por ser un apologeta de la libertad.<sup>15</sup> Sentará las bases doctrinales sobre las que se irá desarrollando el concepto de libertad de expresión, como fundamento de la democracia liberal. Su obra paradigmática fue *Aeropagítica*.<sup>16</sup> Esta publicación,

fácticamente dominado por los obispos, a las órdenes del arzobispo Laud, ejerció una censura muy severa y restrictiva (...) El sistema de represión censora que se prevé en este decreto va dirigido contra los escritos (...) peligrosos para la religión, la Iglesia o el gobierno. Para imponer efectivamente la prohibición de tales obras se establecen penas corporales y de prisión para sus autores y colaboradores de estos, junto a la inscripción obligatoria en el libro de Registro de la Compañía de Libreros ("Company of Stationers")" (pp. 239-240).

"La Ordenanza de 14 de junio de 1643 constituye una actualización del Decreto de 11 de julio de 1637 (...)

Dicha norma tiene dos finalidades principales: por una parte, está pensada para la "regulación de la imprenta y supresión de los grandes y recientes abusos y frecuentes desórdenes derivados de la impresión de numerosos panfletos escandalosos, sediciosos, calumniosos y no autorizados, para gran difamación de la religión y del gobierno; por otra parte, autoriza a los responsables de la compañía de libreros a efectuar "diligentes registros, incautaciones y secuestros de todos los libros que encuentren impresos o reimpresos por alguien ilícitamente. La situación que se denuncia es la de proliferación de escritos impresos atentatorios contra la religión y el gobierno. Por otra parte, muchas personas, cuya actividad debía estar sometida al control de la Compañía de libreros, actuaban libremente y sin su supervisión. Proliferan las imprentas particulares, las publicaciones y ventas no inspeccionadas por la Compañía.

Para intentar atajar este estado de cosas, se establece que todos los libros, panfletos y documentos han de ser aprobados por las personas designadas para ello, y, además, inscritos en el libro de la Compañía, en el que ha de figurar el nombre del impresor. La Compañía monopoliza la impresión de determinados libros, a no ser que se cuente con su licencia y consentimiento. Del mismo modo, se prohíben las importaciones de libros e impresos a Inglaterra. También se autoriza a determinadas autoridades a intervenir y destruir todos los libros y documentos que no dispongan de las licencias correspondientes; se pueden registrar las imprentas, almacenes, librerías, etc., que se consideren sospechosas de albergar obras no permitidas y no registradas, al tiempo que se permite destruir las imprentas y materiales utilizados de impresión. Se prevé la detención de autores, impresores y otros implicados, así como la posibilidad de imponerles determinadas penas.

Así pues, la orden instaura un sistema de censura previa que guarda ciertas semejanzas con el ya analizado decreto de la Cámara Estrellada de 1637. Se establece, en todo caso un control previo de la publicación encaminado a lograr una vigilancia efectiva del tráfico de ideas, tanto desde el punto de vista del soporte material de las mismas, como desde el de su contenido (...)

Pero las cotas más altas de persecución de la libertad de imprenta se alcanzan con la "Licensing Act" de 1662, que constituye una actualización de las anteriores normas sobre la imprenta, con una potenciación y endurecimiento de los mecanismos censores. En la norma se establecía la prohibición genérica de imprimir, publicar e importar libros, documentos y panfletos contrarios a la fe, a la doctrina y disciplina de la Iglesia de Inglaterra y al Gobierno de la Commonwealth. Se configura un sistema de autorización previa (...) como en regulaciones anteriores. Se obliga a depositar copias de las impresiones y reimpressiones, con todas sus variaciones, en los Registros de los órganos censores, de tal modo que se asegure a estos la posibilidad de controlar y perseguir las posibles enmiendas o modificaciones producidas en los escritos a sus espaldas. Lo referido a las importaciones y el tráfico de libros y documentos también está estrictamente regulado hasta el extremo, por ejemplo, de no permitir abrir embalajes en los que se transportan libros, si no es en presencia de personas autorizadas por la "Company of Stationers", y de limitar el número y localización de las librerías. Se establece la necesidad de premisos para instalar imprentas (...) y la prohibición de que los impresores tengan más de dos máquinas cada uno, y más de dos trabajadores o aprendices. Las autoridades pueden registrar aquellos establecimientos en los que se sospeche que se imprime o encuaderna ilegalmente, examinando las otras que allí se encuentren, para comprobar su licencia. Se prevé, también, el encarcelamiento y punición de los acusados (...)

La "Licensing Act", con un período inicial de vigencia de dos años, fue fruto de diversas renovaciones, hasta su derogación definitiva en 1695. A partir de 1695, todos los ingleses ya pueden imprimir o publicar lo que quieran, sin necesidad de un permiso de autoridad alguna, civil o eclesiástica (...). Para intentar controlar todo este rápido desarrollo, se expiden leyes que crean impuestos sobre el timbre (1712) gravando los anuncios y las publicaciones. Son las conocidas "Taxes on knowledge" (tasas sobre el conocimiento o sobre el saber), denominadas así pues gravaban las publicaciones populares, que eran el único medio del que disponían amplias capas de población para acceder a la cultura, y la formación de un opinión libre". (pp. 244-246).

- 15 *Ibidem.*, p. 247: "Destaca como una de las principales figuras del pensamiento radical inglés del siglo XVII (...) Su extensa obra, tanto en cantidad, como en variedad de temas tratados, es la de un espíritu libre y reformador, estrechamente conectado e influido por las circunstancias concretas de su época".
- 16 De las diferentes obras que tratan sobre la obra de JOHN MILTON, merece ser destacada la de CARRILLO, M: *Aeropagítica*, cit. Así pues, nos encontramos ante la reproducción del escrito del MILTON (tanto en inglés, como su traducción al castellano), que además, incluye un estudio preliminar llevado a cabo por el profesor CARRILLO, en el que desgana pormenorizadamente la obra del anglosajón.

aparecida en 1644, sin licencia de impresión y sin haber sido previamente registrada, supone el alegato más contundente contra la censura de la época.

La idea principal en la obra de MILTON es que el libre intercambio de ideas y opiniones es un requisito ineludible para el progreso del conocimiento y para la búsqueda de la verdad. Ello requiere que dichas ideas puedan fluir libremente, sin ningún tipo de cortapisas. Así, el ser humano, en tanto que sujeto racional y consciente, es autosuficiente para seleccionar las ideas que le suministra su entorno. De esta manera, se realiza como ser racional y consciente, ejerciendo su autonomía. Imponer restricciones a dicho libre mercado de las ideas supone convertir al individuo en un menor de edad o en un incapaz. Además, de esa contrastación libre de opiniones con sus semejantes surge la verdad, la cual nunca puede ser el resultado de lo que decidan quienes ocupan el Poder.<sup>17</sup> Como recoge MUÑOZ MACHADO, en referencia a la obra de MILTON, “La verdad no puede ser impuesta ni ser objeto de censura (...) La búsqueda de la verdad no debe limitarse de ninguna manera”.<sup>18</sup>

De lo antedicho, podemos concluir que la obra de MILTON no solo es una defensa de la libertad de expresión (a través de la libertad de imprenta), sino también, como reconoce el profesor CARRILLO, una defensa de “la libertad de conciencia y de la libertad intelectual en general”.<sup>19</sup>

Podemos finalizar el análisis de la obra de MILTON, trayendo a colación las conclusiones efectuadas por el profesor CARRILLO: “En el discurso de MILTON destaca lo siguiente: La libertad para conocer y expresar lo conocido es una libertad preeminente. La verdad reclama su difusión y, por ello, ha de fluir sin cortapisas en el debate, a fin de no encorsetarse en la versión que marque la tradición. En el ejercicio de dicha libertad, lo verdadero y lo falso, lo bueno y lo malo, son, a priori, conceptos que aparecen como inescindibles. Y ambos se han de conocer, sin cortapisas.

La libertad de pensamiento y la difusión de opiniones, sin criterios restrictivos o control previo en razón a su contenido, ayudan a alcanzar la verdad. Por ello, la imposición de límites al libre tráfico de las ideas convierte al individuo en un menor de edad en la medida en que se le niega la capacidad racional para decidir.

Si el Gobierno y la Iglesia, como expresión del poder que representan, interfieren en el libre tráfico de las ideas que conduce a la construcción de la verdad, estarán introduciendo un elemento que vicia y deforma el proceso”.<sup>20</sup>

17 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: *Orígenes doctrinales*, cit., pp. 263-264.

18 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 84.

19 CARRILLO, M.: *Aeropagítica*, cit., p. XLV.

20 *Ibidem*, p. LXIII y LXIV.

MILTON se trasciende a sí mismo, y “aparece como un primer referente tangible de la teoría liberal de la libertad de expresión en el mundo anglosajón. Una teoría que sería desarrollada después con las aportaciones, entre otros, de THOMAS JEFFERON, y, sobre todo de JOHN STUART MILL. Y ya en el siglo XX pueden encontrarse algunos émulos de su pensamiento, entre los que podrían incluirse las aportaciones en la sede jurisdiccional del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, del Juez OLIVER WENDELL HOLMES en sus célebres votos particulares. Especialmente sobre el mercado de las ideas, como test interpretativo para enjuiciar la verdad”.<sup>21</sup>

Junto a MILTON, también JOHN LOCKE se manifestó contra el posible el control previo de las publicaciones pero, a diferencia de aquel, este lo hizo basándose en razones más pragmáticas. Así pues, más que centrarse en los derechos a la libertad de conciencia y de expresión como fundamento de su argumentación, intenta hacer comprender lo inconveniente e inútil que resulta seguir manteniendo este régimen. Para ello, señala que si lo que se persigue, mediante el control previo, es el riesgo de peligrosidad que supone la extensión de ideas contrarias al dogmatismo, ello conllevaría que debamos controlar cualquier actuación que lleva a cabo el ser humano, pues todas ellas pueden ser potencialmente peligrosas. Además, y esta es una razón más pragmática, la imprenta, en aquella época, era una industria floreciente. La censura, lo único que conlleva es la disminución del mercado nacional, y, por tanto, el favorecimiento de los mercados extranjeros, en aquellos países, como Holanda, en los que sí que se permite el libre comercio de libros.<sup>22</sup> Tal pragmatismo fue determinante en la derogación de la censura previa.

No obstante, esta derogación no supuso la asunción de una libertad de expresión (a través de la imprenta) sin límites. De hecho, se aplicará el common law que regula los libelos, para corregir los excesos de la prensa. Conforme a dicha normativa, el libelo contra el Gobierno (o sus oficiales), se comete con independencia de que lo dicho sea verdad o no. En el caso de las personas privadas, la verdad determinará que no quepa sanción alguna. Por tanto, la “exceptio veritatis” sí que podrá ser alegada en caso de que el libelo afecte a una persona privada, pero no si afecta al Gobierno. En consecuencia, ya no cabrá hablar de controles previos, pero sí de asunción de responsabilidades en caso de libelos, con las especificidades que acabamos de indicar. Esta será la concepción que llegue a las colonias de América del Norte.<sup>23</sup>

Precisamente, contra la consideración de libelo respecto de aquello que, afectando al Gobierno, se demuestre ser verdad, se manifestaron las famosas cartas de Catón.<sup>24</sup> Por medio de ellas, publicadas en diversos periódicos londinenses, JOHAN

---

21 *Ibidem*, p. LXV.

22 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 282-284.

23 MUÑOZ MACHADO, S: *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pp. 98-100.

24 *Ibidem*, p. 92-93: “En el plano más pragmático de la lucha política, la libertad de impresión recibió un extraordinario impulso, a principios del siglo XVII, tanto en Inglaterra como en las colonias americanas, gracias

TRENCHARD y THOMAS GORDON reflexionaban sobre el gobierno y los derechos de los ingleses. Sus escritos, favorables a la libertad de expresión,<sup>25</sup> tuvieron una gran repercusión, tanto en Inglaterra como en las colonias americanas. Quizá la más importante, respecto a la libertad de expresión fue la que se tituló "Reflecting upon libelling" (Reflexionando sobre la difamación). Así pues, en la misma se indica que no existe razón alguna que nos impide revelar la verdad sobre los asuntos públicos: "La denuncia de la verdad es un deber de cualquiera que la conozca. No solo no puede sostenerse que sea libelo un escrito de contenido verdadero sino que, al contrario, su represión por las autoridades puede considerarse un libelo contra el pueblo. El pueblo desea conocer la verdad, y publicarla, y juzgar si las actuaciones de los gobernantes son buenas o malas. Reprimir la publicación de la verdad es actuar contra el pueblo".<sup>26</sup>

Esta concepción, que obligaría a reconsiderar la configuración de los libelos frente al poder, cuando aquello que se está denunciando sea verdad, tendrá una gran acogida en los intelectuales norteamericanos, especialmente, en JEFFERSON, uno de los padres fundadores de la nación norteamericana.

### III.- ESTADOS UNIDOS

Dos episodios históricos marcarán la evolución de Occidente, a finales del siglo XVIII: La revolución independentista estadounidense y la revolución francesa,<sup>27</sup> con su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,<sup>28</sup> como texto paradigmático. Ambos episodios suponen el inicio del fin de las caducas estructuras

---

a los escritos de Johan Trenchard y Thomas Gordon. El primero era un acomodado gentleman bien conocido en la sociedad londinense. De Gordon, en cambio, apenas se sabía nada hasta que se unió a Trenchard para formar juntos una pareja de editores y periodistas que llegó a disfrutar de grandísima influencia. Colaboraron primero en su periódico *The Independent Whig*, que defendía el libre ejercicio de la religión. Pero su fama les vino de la publicación de una larga serie de ensayos (ciento treinta y ocho en total) en los periódicos londinenses, bajo el lema "Cato's Letters". Estas "Cartas de Catón" fueron apareciendo entre 1720 y 1723, y fueron editadas también en cuatro volúmenes que conocieron hasta seis ediciones entre 1723 y 1726. Su temática era muy variada, aunque siempre alrededor del gobierno constitucional y los derechos de los ingleses. Las Cartas de Catón y los escritos de Locke fueron las primeras fuentes de ideas políticas y textos más influyentes en las colonias norteamericanas"

25 *Ibidem*, p. 93: "Una de aquellas cartas, titulada "Of freedom of speech", se refería a la libertad de pensamiento y expresión considerándola un derecho tan fuerte e imprescindible como la seguridad y la propiedad, que eran los derechos fundantes de cualquier sociedad organizada (...) Incluían el derecho, o el riesgo de libelo, como inherente a aquella libertad, lo cual no implicaba que aceptasen que la libertad de expresión pudiera usarse para calumniar al Gobierno".

26 *Ibidem*, p. 94.

27 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 341: "Con los procesos revolucionarios americano y francés asistimos a lo que se ha considerado como la efectiva instauración de un *novus ordo saeculorum*, un nuevo orden político que se desarrolla a partir de la remoción de las caducas estructuras políticas propias del Antiguo Régimen. Los centros de referencia de dicha conmovición van a estar situados en las colonias inglesas de América del Norte y en Francia, respectivamente".

28 En la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea revolucionaria el 26 de agosto de 1789, se recogía expresamente, en sus artículos 10 y 11, la libertad de expresión, como uno de los derechos reconocidos. Así, el artículo 10 señala que "Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden establecido por la ley". Y el artículo 11 indica que "la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos

políticas del Antiguo Régimen. De hecho, a este fenómeno revolucionario liberal acaecido a ambos lados del Atlántico, se le conocerá como “revolución atlántica”.<sup>29</sup>

Tan solo nos vamos a centrar en la primera, pues, como podremos comprobar, la trascendencia que ha tenido el pensamiento estadounidense en el desarrollo de la libertad de expresión, no tiene parangón. De hecho, serán las vanguardistas ideas sobre la libertad de expresión de los norteamericanos la que tendrán luego pleno acogimiento por el TEDH. Además, cabe señalar que la libertad de expresión, aun cuando recogida en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, siempre se verá sometida a las limitaciones impuestas por el legislativo, quedando, por tanto, su contenido al albur de lo que dictase en cada momento el poder político. Las restricciones fueron múltiples y la libertad de prensa en Francia sufrió enormes vaivenes.<sup>30</sup>

Ya centrándonos en EEUU, con carácter previo al estallido revolucionario e independentista, debemos recordar que las colonias británicas se regían por el common law inglés. Esto significa que, por lo que a nosotros importa, regía el régimen de libelos, al cual ya hemos hecho referencia.

JEFFERSON,<sup>31</sup> desde el primer momento, consideró que este régimen de libelos, referido al poder público, debía modificarse. No en balde, fue el máximo defensor de las libertades de pensamiento y expresión, y muy singularmente de la de prensa. Los periódicos eran, para JEFFERSON, el mejor instrumento de la libertad de expresión. La opinión del pueblo es capital para mantener bajo vigilancia a los Gobiernos, orientarlos o censurarlos, y dicha opinión no puede formarse si no existe libertad

---

más preciosos del hombre; todo ciudadano puede pues, hablar, escribir e imprimir sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por ley”.

Como recoge MUÑOZ MACHADO: *Los itinerarios de la libertad de palabra*, cit., pp. 115 y 116, entre el texto francés y la Primera Enmienda estadounidense, que veremos a continuación, hay una diferencia no menor: “en la Declaración francesa las libertades de palabra e impresión, como las demás que se especificaban en los artículos 10 y 11, pueden ser limitadas por las leyes para salvaguardar otros intereses; las libertades de la Primera Enmienda son, en cambio, ilegibles (...) Esta diferencia tuvo importantes consecuencias para la historia de la libertad de palabra en Francia porque, desde el inicio de la Revolución y durante todo el siglo XIX, se legisló sin parar sobre la imprenta. La cultura política y jurídica francesa, en relación con la publicación de libros e impresos, había sido distinta desde siglos atrás a la inglesa (que, como hemos visto, fue imitada en América). La intervención política y administrativa en la impresión y difusión de escritos duró relativamente poco tiempo en el mundo anglosajón (...) En Francia, por el contrario, la intervención administrativa previa para supervisar el contenido de los libros, folletos, periódicos y hojas impresas de cualquier clase formó parte de su tradición desde que se introdujo la imprenta. Ciertamente la Declaración de 1789 estableció las bases para aliviar la opresión y fundar un régimen más favorable a la libertad de palabra, pero no forzó a la desaparición de la censura previa para siempre, ni menos, desde luego, los procesamientos y sanciones administrativas por los abusos en el ejercicio de aquella libertad”.

29 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales*, cit., p. 341.

30 Respecto del reconocimiento de la libertad de prensa en la Francia revolucionaria, resulta imprescindible la lectura de MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., pp. 115-135.

31 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 105. THOMAS JEFFERSON era “el miembro de la generación revolucionaria mejor informado, por sus hábitos de erudito y sus estancias en Europa, del desarrollo del pensamiento ilustrado, del que él mismo fue el mejor exponente en la América británica”.

de prensa. Gracias a ella, el pueblo se ilustra, y se dota de la información precisa para corregir las desviaciones y errores de los gobernantes.

Para que esta relación entre el pueblo, la prensa y los gobernantes pueda producir los efectos deseados es necesario que se desenvuelva en un ámbito de libertad. El libre intercambio de ideas es imprescindible para adquirir la formación suficiente y conocer la etiología de los problemas. También para poder alcanzar la verdad.

JEFFERSON se mostró muy flexible al tratar de los límites de la libertad de prensa (...). No dejó de ser consciente de que, ya en su tiempo, muchas quejas contra los abusos de la prensa eran completamente ciertas, como también lo era la corrupción existente en su entorno. Pero creyó que estos riesgos eran asumibles. En los casos de abuso, por ejemplo, mediante la difusión de falsedades, sostuvo que el debate y la libre circulación de las ideas terminaban reponiendo la verdad en su sitio. De ningún modo aceptó la imposición de censuras o restricciones previas<sup>32</sup>.

Por tanto, para JEFFERSON la libertad de prensa es fundamental, primero porque ilustra al pueblo, lo cual es útil para tener una opinión pública formada, y, en segundo lugar porque sirve de control a la actuación del gobierno,<sup>33</sup> lo cual siempre va a favorecer el mejor funcionamiento del mismo.<sup>34</sup> JEFFERSON parte de la concepción miltoniana de que a la verdad solo puede accederse a través del libre fluir de las ideas, y es, precisamente, esa libertad de prensa la que mejor puede garantizarlo.<sup>35</sup> Para conseguir ese fin, no solo se muestra en contra de las limitaciones a la libertad de información y expresión, sino que se muestra a favor de que el propio Gobierno facilite al pueblo los más amplios canales informativos. Para él, el mantenimiento de los secretos oficiales es inconcebible, ya que la transparencia del Poder es un requisito inexcusable del sistema democrático.<sup>36</sup>

De los distintos textos jurídicos de la época, solo algunos de ellos hacen referencia a la libertad de expresión. Así pues, el primero y, quizá, por su trascendencia mundial, el más importante, fue la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776. En su artículo XII, podemos leer que “la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos”.<sup>37</sup> De ello se deduce la gran importancia que se le concedía a dicha libertad, pudiendo la misma servir como elemento para evaluar el

---

32 *Ibidem*, pp. 105-107.

33 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: *Orígenes doctrinales*, cit., pp. 366-367.

34 *Ibidem*, pp. 369-370.

35 *Ibidem*, p. 367.

36 *Ibidem*, p. 370.

37 Conforme indicábamos previamente, pocos años después se aprobó, consecuencia de la Revolución Francesa, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

carácter democrático o despótico de un gobierno. Otras colonias fueron adoptando textos constituyentes y declaraciones de derechos que recogían este derecho.

Sin embargo, ni en el contenido de la Declaración de Independencia, fechada en 4 de julio de 1776, ni en el de la Constitución posterior, aprobada en 1787, podemos observar una declaración de derechos en la que se incluyese la libertad de expresión.<sup>38</sup>

Ello dio lugar a que, con carácter posterior, el 15 de diciembre de 1791, se aprobara la Declaración de Derechos (Bill of Rights), consistente en 10 Enmiendas,<sup>39</sup> en las cuales se recogía un listado de derechos, entre los que se incluía la libertad de expresión. Así pues, en la Primera Enmienda, se indica que “El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios”.

A pesar de la contundencia de la Primera Enmienda, debemos reconocer que la misma no tuvo una efectividad plena hasta el siglo XX, y ello, fundamentalmente, porque el common law, que regía los libelos, iba a continuar siendo aplicado por los distintos Estados de la Federación, al considerar estos que la Primera Enmienda no les vinculaba a ellos, sino solo a las instituciones federales.<sup>40</sup>

Podemos afirmar que durante el siglo XIX realmente no se produjo un verdadero avance ni legal ni jurisprudencial, de la libertad de expresión en EEUU.<sup>41</sup> Sin embargo, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, se producirá un desarrollo jurisprudencial, por parte del Tribunal Supremo de los EEUU, en favor de la interpretación expansiva de la Primera Enmienda, basándose precisamente en todos estos autores a los que hemos hecho mención. Dicha interpretación será posteriormente asumida por el TEDH.

#### IV.- DE NUEVO INGLATERRA

El último autor al que tenemos que hacer referencia, por su enorme importancia en la defensa de la libertad de expresión es JOHN STUART MILL, el cual (respecto de esta cuestión) es tributario del pensamiento liberal, cuya génesis la encontramos precisamente en MILTON.<sup>42</sup> Así pues, hemos querido respetar el eje cronológico de

38 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., pp. 110-111.

39 Con carácter posterior, se ha ido ampliando el número de enmiendas, llegando hasta un total de diecisiete.

40 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., pp. 112-113.

41 A lo largo del siglo XIX, el Tribunal Supremo norteamericano conoció solo de doce asuntos relacionados con la Primera Enmienda.

42 CARRILLO, M.: *Aeropagógica*, cit., p. LXVII.

los acontecimientos, y por ello tenemos que volver, de nuevo a la Inglaterra, en este caso, del siglo XIX.

JOHN STUART MILL, en su obra más conocida, "On Liberty" (Sobre la libertad),<sup>43</sup> trata esta cuestión en el capítulo denominado "De la libertad del pensamiento y discusión". Parte este autor de una idea básica y es la de la falibilidad de las ideas, es decir, que no existen las verdades absolutas, lo que hoy tenemos por cierto mañana puede dejar de serlo, y a la inversa. Ello conlleva que no puede reducirse al silencio ninguna opinión ni idea, por más desacertada que nos pueda parecer en un momento dado, puesto que en el futuro quizá se convierta en verdad, y nuestras certezas devengan en incertezas, amén de que casi ninguna manifestación suele ser absolutamente verdadera o falsa.<sup>44</sup> Además, al limitar el derecho de exposición pública de las opiniones de cada cual, estaríamos negando el derecho de los demás a conocer la misma, y poderla contrastar con sus propias ideas.<sup>45</sup>

Como vemos, para MILL, al igual que para MILTON y para JEFFERSON, solo en un régimen que se garantice el libre flujo y contraste de las ideas, el ser humano podrá aspirar a conocer la verdad. Como señala SÁNCHEZ GONZÁLEZ, refiriéndose precisamente de manera muy castiza a la doctrina de MILL, "de la discusión sale la luz".<sup>46</sup>

## V.- DE NUEVO ESTADOS UNIDOS

Y ya, por último, y situándonos en el siglo XX, debemos volver a los Estados Unidos. El Tribunal Supremo norteamericano, primero por medio de votos particulares de algunos de sus Magistrados, y luego ya por el apoyo mayoritario de sus miembros, llevará a cabo la interpretación más expansiva de la libertad de expresión conocida hasta la época. De hecho, podemos decir, sin riesgo a equívoco, que la Corte Suprema norteamericana sienta las bases de la concepción actual

43 MILL, J. S.: *Sobre la libertad*. Madrid (2013): Alianza Editorial.

44 *Ibidem*, p. 144: "Primero, una opinión, aunque reducida al silencio, puede ser verdadera. Negar esto es aceptar nuestra propia infalibilidad.

En segundo lugar, aunque la opinión reducida a silencio sea un error, puede contener, y con frecuencia contiene, una porción de verdad; y como la opinión general o prevaleciente sobre cualquier otro asunto rara vez o nunca es toda la verdad, solo por la colisión de opiniones adversas, tiene alguna probabilidad de ser reconocida la verdad entera".

45 *Ibidem*, p. 91: "Si toda la Humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la Humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la Humanidad. Si fuera la opinión una posesión personal que solo tuviera valor para su dueño; si el impedir su disfrute fuera simplemente un perjuicio particular, habría alguna diferencia entre que el perjuicio se infligiera a pocas o a muchas personas. Pero la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posterioridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esta opinión más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera, se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error".

46 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad*, cit., p. 24.

de la libertad de expresión sobre las cuales se ha ido desarrollando también la jurisprudencia del TEDH.

El Magistrado que primero se manifestó a favor de la interpretación miltoniana (recogida y ampliada por MILL)<sup>47</sup> del libre fluir de las ideas fue el juez OLIVER WENDELL HOLMES. Este Magistrado formuló distintos votos particulares (algunos de ellos firmados también por el Sr. BRANDEIS) por los que es reconocido como “uno de los indiscutiblemente más grandes de la historia jurídica norteamericana”.<sup>48</sup> De hecho, su gran aportación jurisprudencial al tema que nos ocupa fue el concepto del “libre mercado de las ideas”,<sup>49</sup> conforme el cual, la mejor manera de alcanzar la verdad es a través de la libre contraposición de ideas, en un mercado en el que todas puedan concurrir libremente. Esta máxima fue luego ampliamente utilizada por los Magistrados que le sucedieron.<sup>50</sup>

También resulta imprescindible traer a colación el voto particular del juez BRANDEIS, al caso *Withney v. California*, en el cual, conforme indica SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “con una brillantez solo comparable a su brevedad, BRANDEIS expone varias razones en apoyo a la práctica de la libertad de expresión: el desarrollo y la felicidad del individuo, el hecho de constituir un medio para descubrir la verdad política, su naturaleza de instrumento de la democracia y su condición de factor de estabilidad político-social”.<sup>51</sup>

47 CARRILLO, M.: *Aeropagítica*, cit., p. LXXIII.

48 ARJONA SEBASTIÀ, C.: “*Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*”, Iustel, Madrid, 2006, p. 12.

Ibidem, pág. 38: “Los votos de Holmes (...) no solo anunciaron el futuro de la teoría jurídica norteamericana, sino que influyeron decisivamente en el rumbo del Derecho entero de aquel país”.

49 Voto particular del Sr. Holmes al que se adhirió el Sr. Brandeis, a la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano que resuelve el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): “El Congreso no puede prohibir cualquier intento de cambiar la mentalidad de la nación (...)

Cuando el hombre se ha percatado de que el tiempo ha alterado muchas creencias enfrentadas (...); de que el ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre mercado de las ideas; de que la mejor prueba de la verdad es la capacidad del pensamiento para hacerse aceptar en un mercado en el que entre en competencia con ideas contrarias; y de que la verdad es el único fundamento sobre el que sus aspiraciones se pueden alcanzar de forma segura. Esta es, en todo caso, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, toda nuestra vida es un experimento. Todos los años, todos los días, para conseguir nuestra salvación, tenemos que apostar por profecías y creencias que se basan en un conocimiento imperfecto. Mientras este experimento sea una parte de nuestro sistema de vida, creo que tendremos que estar siempre vigilantes contra quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte –salvo que supongan una amenaza tan directa para los legítimos objetivos del Derecho que sea necesario controlarlas inmediatamente para así, salvar la nación.

Estoy en total desacuerdo con el argumento del Gobierno según el cual, la Primera Enmienda dejó vigente el libelo relativo a la sedición, previsto en el common law. Me parece que la Historia desmiente esta idea. Creo que los Estados Unidos, al devolver las multas impuestas en aplicación de la Ley de Sedición de 1798, han mostrado su arrepentimiento por esta ley. Únicamente una situación de emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar que sea el tiempo el que haga rectificar los malos consejos, justificaría las excepciones al mandato imperativo conforme al cual “el Congreso no aprobará leyes que limiten la libertad de expresión”. Por supuesto, me refiero solo a la manifestación pública de opiniones y exhortaciones, que son las que eran objeto de este caso, pero lamento no poder expresar con mayor contundencia mi convicción de que los recurrentes, al ser condenados, se han visto privados de los derechos que les otorga la Constitución de los Estados Unidos”. La Sentencia completa original, con el voto particular, está disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=250&invol=616>

50 ARJONA SEBASTIÀ, C.: *Los votos*, cit., p. 38.

51 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad*, cit., p. 24.

El voto particular del Magistrado BRANDEIS reza como sigue: “Los que conquistaron nuestra independencia creían que la meta final del Estado era hacer hombre libres para desarrollar sus facultades, y que las fuerzas de la deliberación prevalecerían sobre la arbitrariedad en su gobierno. Valoraron la libertad como fin y como medio. Creyeron que la libertad era el secreto de la felicidad (...) Creyeron que la libertad de pensar como se quiera y de hablar como se piense son medios indispensables para descubrir y difundir la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión la discusión sería vana; que con ellas, la discusión proporciona normalmente protección adecuada frente a la diseminación de ideas nocivas; que la mayor amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que este debería ser un principio fundamental del gobierno americano. Los que conquistaron nuestra independencia reconocieron los riesgos a que están sometidas todas las instituciones humanas. Pero sabían que no es posible asegurar el orden por el mero temor al castigo de su infracción; que es arriesgado desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo alimenta la represión; que la represión alimenta el odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino hacia la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente las pretendidas afrentas y los remedios que se propongan; y que el tratamiento adecuado para los malos consejos es (dar o recibir) buenos consejos. Su confianza en el poder de la razón en la discusión pública les llevó a eludir el silencio impuesto por la ley —el argumento de la fuerza en su peor forma—. Reconociendo las tiranías ocasionales de las mayorías en el gobierno, reformaron la Constitución a fin de garantizar las libertades de expresión y de reunión”.<sup>52</sup> Como vemos, este voto particular resume perfectamente toda la doctrina en defensa de la libertad de expresión a la que hemos hecho referencia en las páginas anteriores.

En resumen, como indica MUÑOZ MACHADO, “HOLMES y BRANDEIS, con sus votos particulares, consiguieron que, poco a poco, fuera madurando una nueva concepción de la libertad de palabra según la cual, fuera de los supuestos de peligro inminente para la seguridad pública, las regulaciones restrictivas debían considerarse siempre contrarias a la Primera Enmienda”.<sup>53</sup>

Estos votos particulares fueron el germen de una jurisprudencia posterior; en la que se amplía, sin parangón, la concepción de la libertad de expresión, especialmente aquella en la que es ponente el juez BRENNAN. De las diferentes sentencias dictadas por la Corte Suprema Norteamericana, dictadas en la segunda mitad del siglo XX, cabe destacar como *leading case* la que resuelve el caso *New York Times vs. Sullivan*,<sup>54</sup> mediante la cual se establece la doctrina la “actual malice”. El Ilustre Magistrado BRENNAN parte de una idea básica: en democracia, es absolutamente imprescindible

52 Este voto particular viene traducido por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad*, cit., p. 25.

El original lo podemos encontrar en la Sentencia que resuelve el caso *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=274&invol=357>

53 MUÑOZ MACHADO, S: *Los itinerarios*, cit., pp. 166-167.

54 Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano, por la que se resuelve el caso *New York Times Co. V. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=376&invol=254>

que haya una libre circulación de ideas, pudiendo ser las mismas expresadas, en ocasiones, de manera exagerada. Cuando, además, se refiere a asuntos públicos, este debate libre debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y puede incluir vehementes, cáusticos y, a veces, desagradables y afilados ataques contra el Gobierno o los servidores públicos.<sup>55</sup> Ello supone asumir como inevitable que, en ocasiones, consecuencia de ese debate libre, nos encontremos ante la formulación de enunciados erróneos.

Basándose en lo anterior, el ponente fija la doctrina de la malicia real (“actual malice”) como requisito necesario para que se pueda condenar por difamación, es decir, que se debe probar que la noticia se publicó con conocimiento de su falsedad (“with knowledge of its falsity”) o con temerario desprecio hacia su falsedad o certeza (“or with reckless disregard of whether it was false or not”). Por tanto, lo relevante no será si la noticia es falsa o no, sino la actitud del periodista hacia la verdad. Esta doctrina será acogida por la jurisprudencia del TEDH y por la española, siendo aquí conocida con el nombre de “veracidad”, conforme la cual, y como señala MUÑOZ MACHADO, “basta que el informador pruebe que ha tenido toda la diligencia necesaria al investigar, usando las fuentes adecuadas y verificando hasta el límite de lo razonable”.<sup>56</sup>

Otras sentencias de la Corte Suprema norteamericana también resultarán fundamentales por su trascendencia y recepción por parte del TEDH, por ejemplo, respecto del “lenguaje simbólico”,<sup>57</sup> pero ello daría lugar a otro estudio, entendiendo ya cumplido el objetivo último del presente artículo, cual era explorar los orígenes de esta libertad y cómo los mismos explican la actual configuración jurisprudencial y doctrinal de la libertad de expresión como garantía institucional de la democracia.

En resumen, todas aquellas ideas y planteamientos que mantuvieron los diferentes autores durante más de tres siglos en favor de la libertad de expresión, fueron luego utilizados por los Magistrados del Tribunal Supremo norteamericano como fundamento de sus sentencias. Y esa concepción favorable a dicha libertad, no solo como derecho subjetivo, sino como sostén de la democracia, fue posteriormente acogida por el TEDH.<sup>58</sup>

55 Esta afirmación, expresada con otras palabras, la encontramos recogida, entre muchas otras, en la STEDH 7 diciembre 1976, caso *Handyside* contra Reino Unido (TEDH 1976/6), apartado 49: “El artículo 10 es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una “sociedad democrática”. Ello demuestra, una vez más, la influencia que, para los Magistrados del TEDH, ha tenido la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema norteamericana.

56 MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios*, cit., p. 182.

57 Cabe destacar que es la doctrina sobre el lenguaje o discurso simbólico no han tenido el acogimiento esperable por parte de la jurisprudencia española, pero ello ya sería objeto de otro estudio.

58 La jurisprudencia del TEDH, reconociendo esta doble naturaleza de la libertad de expresión, ha sido constante. Merece citarse, entre otras muchas, la STEDH 8 julio 1986, caso *Lingens* contra Austria (TEDH 1986/8), apartado 41: “A este respecto, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada por el ap. 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”.