

LA LIBERTAD DE IMPRENTA EN EL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO Y EN EL MEXICANO

Guillermo Floris MARGADANT

SUMARIO: I. *Generalidades*. 1. *Historia del problema*. 2. *La imposibilidad de una vigencia "absoluta" de los derechos humanos*. 3. *Una graduación de expresiones, según contenido y forma*. II. *La libertad de prensa en el constitucionalismo norteamericano*. 1. *La primera Enmienda*. 2. *¿Una libertad privilegiada?* 3. *¿A quién se dirige la mencionada prohibición?* 4. *Reconocimiento claro de que la libertad de expresión no puede ser absoluta*. 5. *Las señaladas categorías de limitaciones a la libertad de expresión*. III. *La libertad de prensa en la Constitución federal mexicana*. 1. *Historia de la libertad de prensa en México*. 2. *La realidad detrás de estas normas constitucionales, hasta 1929*. 3. *México como "Estado autoritario"*. 4. *Las diversas categorías de posibles restricciones, arriba mencionadas, en México desde 1917*.

El destacado papel del homenajado en la defensa de los derechos individuales, garantizados por la Constitución y por prestigiados instrumentos internacionales, además de la dedicación del doctor Fix al derecho comparado, me sugirieron elaborar para esta *Festschrift* un estudio sobre la forma en que se ha manifestado, en el constitucionalismo estadounidense y en el mexicano, el principio fundamental de la libertad de expresión mediante la imprenta.

I. GENERALIDADES

1. *Historia del problema*

Desde el Renacimiento la creciente avalancha de material impreso había provocado en las autoridades eclesiásticas católicas la tendencia de controlar las ideas manifestadas a través de la imprenta.¹ Es verdad que dentro de la iglesia misma ya pronto algunos intelectuales perspicaces, como Erasmo, trataron de minimizar las diferencias entre las diversas actitudes religiosas, con el fin de crear un ambiente ecuménico,

¹ Véase mi libro *La segunda vida del derecho romano*, México, 1986, cap. XXV sobre "La literatura jurídica y la censura eclesiástica", pp. 285-291.

de tolerancia; pero esta loable corriente, que hubiera disminuido la tendencia hacia la censura eclesiástica, no tuvo mucha resonancia.

Luego observamos dos fuerzas opuestas: por una parte, la reforma-
ción, disminuyendo la robustez del catolicismo parecía presentarse como
factor favorable para el debilitamiento de la censura,² pero, por otra, la
contrarreforma³ pronto insistió en la práctica de la censura con una
energía renovada que precisamente había sido provocada por aquella
reformación.

Afortunadamente, la reformación y, pronto después, la Edad de la
Razón provocaron una erosión del poder eclesiástico-católico que, con
el tiempo, quitaría mucho brío a esta censura; además, desde el Rena-
cimiento la crítica de los textos tradicionales,⁴ en general, que nos ha
legado la Antigüedad (como el *Corpus Iuris Civilis*, los escritos de
Aristóteles, Homero, etcétera) se había convertido en un deporte inte-
lectual muy difundido, y los protagonistas de esta tendencia comenzaron
a ver también la *Biblia* como un documento histórico entre muchos,⁵
también esto contribuyó a la decadencia del fanatismo dogmático-cris-
tiano y —con el tiempo— ayudó a debilitar la virulencia de la censura
oficial católica.

Estas circunstancias favorables, empero, no trajeron automáticamente
la libertad de la imprenta; no sólo la iglesia, sino también el *Estado* ya
se habían convertido en un peligro para dicha libertad. No olvidemos
que al Renacimiento debemos, no sólo la imprenta y la reformación,
sino también el surgimiento de los Estados centralizados, y éstos
también, al ejemplo de la Iglesia (a veces en forma parcialmente coin-
cidente con ella, como en el caso de España; pero a menudo desde

² Sin embargo, en teocracias protestantes, como en la Ginebra calvinista, el am-
biente político no era más favorable para la libertad de la imprenta que en regiones
católicas.

³ En la actualidad, dentro del Vaticano, pero bajo presión de corrientes mundia-
les extraeclesiásticas, esta tendencia conoce nuevos triunfos, que, al mismo tiempo,
son triunfos de la libertad de escribir: ecumenismo es compatible con la crítica,
pero no con la prohibición de ideas teológicas ajenas.

⁴ Tal crítica de textos consiste en la busca de diversos niveles de antigüedad
dentro de una misma obra, de las interpolaciones, de lapsos en la transcripción,
errores de traducción, y en la verificación de la atribución de ciertos textos a deter-
minados autores (como en relación con la autenticidad o inautenticidad de las
Cartas de S. Pablo).

⁵ *La historia crítica del antiguo testamento*, por el erudito renacentista Ricardo
Simón, publicada en Holanda, es una obra pionera al respecto. Luego, el *Diccionario
Histórico y Crítico* de Bayle representa un punto culminante en la evolución
respectiva, e influyó, a su vez, en Voltaire.

otros ángulos), se interesaron por el control ideológico de los materiales impresos.

Así, cuando durante los siglos siguientes en casi todo el mundo noratlántico la censura por parte de las iglesias ya iba perdiendo su eficacia práctica, fueron los intereses estatales que continuaron los intentos, a menudo un poco velados, de controlar las ideas que libros, periódicos, revistas y volantes ofrecieron al público.

Afortunadamente, también desde el Renacimiento ya observamos una contracorriente a estos intentos de represión de ideas políticas: destacados autores defendieron elocuentemente la idea de que, si por una parte una comunidad fuerte y sana necesita cierta unidad ideológica fundamental, por otra parte sobre esta base común conviene una gama amplia de sugerencias innovadoras y de críticas, por parte de individuos y grupos, componentes de aquella comunidad.

En cuanto al valor robustecedor de la crítica es interesante la iniciativa de Tomás Moro, en Inglaterra. Este jurista-filósofo propuso la inmunidad de los miembros del Parlamento por las opiniones allí pronunciadas. Aunque esta proposición todavía se refería sólo a la palabra *hablada*, de todos modos ya manifestaba la fe en el valor creativo de la crítica libre.

Otro autor que contribuyó al nuevo ambiente de libertad de investigación y de crítica, fue Bacon,⁶ quien quería sustituir, en las ciencias, la tradicional autoridad libresca por los hechos de la naturaleza y el razonamiento lógico. Y unas generaciones después encontramos la elocuente defensa que hace Milton de la libre competencia entre la verdad y el error,⁷ una lucha en la que, según él, la verdad para nada necesita del apoyo burocrático para triunfar. Esta defensa ya favorecía la libertad de la palabra impresa al igual de la hablada.

A los méritos ingleses para la causa de la libertad de expresión debemos añadir las ideas de John Locke,⁸ luego popularizadas en el continente por Voltaire.

En aquella época, los nuevos campeones de la razón y de la libertad de expresión, si todavía querían quedarse fieles a la religión tradicional, podían servirse del subterfugio de que Dios había dado al hombre la razón, de manera que el hecho de seguir ésta, aunque fuera por caminos

⁶ En su *Novum Organum*.

⁷ Se trata de su *Areopagitica*, una obra (oficialmente no autorizada) escrita para criticar la censura previa de todos los libros, decretada por el *Long Parliament*. Existe una traducción española, publicada por el Fondo de Cultura Económica.

⁸ Por ejemplo, su *Letter concerning Toleration*.

que parecieran alejarse de las afirmaciones bíblicas, no *podía* ser una obra impía.

Observamos que durante los siglos anteriores a la revolución francesa, para la erosión de la censura, tanto eclesiástica cuanto estatal, ha sido importante la labor de los editores de Amsterdam. Éstos inundaron Europa con libros que en otros países no pudieron ver la luz, a causa de restricciones por parte de la Iglesia y del Estado. Además de esta contribución editorial a la libertad de las ideas, la República de las Siete Provincias (o sea Holanda) fomentó la causa de la libertad de expresión por su propio ejemplo práctico (un hecho que no queda anulado por ocasionales recaídas en la intolerancia, ilustradas por la agitada vida de Hugo Grocio y la dramática muerte de Johan van Oldebarneveld): con razón, Descartes,⁹ al comienzo del siglo XVII, alaba la libertad proporcionada por aquella Holanda que dio albergue a Espinoza y otros refugiados judíos, a John Locke, a puritanos y personas de otras ideologías, y cuya población meridional pudo seguir practicando su catolicismo, aunque la independencia nacional había sido obtenida bajo la bandera del protestantismo.¹⁰

El ambiente preparado por Milton, Locke y otros, luego fue confirmado por la *Glorious Revolution* de Inglaterra (1688), seguida por el *Toleration Act*. (1689) en materia religiosa¹¹ y por un consciente relajamiento de la censura política. Esta evolución gradualmente acabó con los intentos heredados de la Reina Virgen, los Estuardos¹² y Cromwell¹³ de controlar la prensa,¹⁴ y en 1695 comenzó formalmente, en Inglaterra, la fase de libertad de imprenta.¹⁵

Este triunfo no se limitó al ambiente inglés: los autores progresistas

⁹ Aquel antepasado de la intelectualidad moderna, a pesar de su piedad personal, contribuyó mediante su "duda sistemática" a la nueva libertad respecto de autoridades tradicionales.

¹⁰ Para una penetrante apreciación de la libertad en la Holanda renacentista, véase Muller, Herbert J., *Freedom in the Western World*, Nueva York, 1964, pp. 225-233.

¹¹ Su texto huele todavía a compromiso, pero bajo su régimen se desarrolló una práctica loablemente tolerante.

¹² Un Decreto de 1637 estuvo muy duro, a este respecto.

¹³ El Decreto de 1643 restablece la censura, que por un periodo corto había sido suavizado. Después del intervalo cromwelliano en 1662 la censura fue confirmada; pero en 1695 pudo iniciarse la fase de libertad de imprenta, en Inglaterra.

¹⁴ Sin embargo, hubo algunas recaídas, como el *Sedition Act* de 1798.

¹⁵ Sin embargo, en las colonias norteamericanas de Inglaterra la relativa libertad de imprenta llegó con unos treinta años de retraso. Véase Castaño, Luis, *La libertad de pensamiento y de imprenta*, en Jorge Pinto M. (ed.) *Régimen legal de los medios de comunicación colectiva*, UNAM, 1977, p. 70.

de Francia se inspiraron en la evolución británica para hacer triunfar, finalmente, en su propia patria la libertad de expresión ideológica. Voltaire, el educador de su siglo, hizo una contribución al respecto,¹⁶ cuyo efecto fue multiplicado por el enorme prestigio internacional que tuvo aquel autor.

También en Inglaterra misma, aunque allí la libertad de la imprenta ya había triunfado básicamente, autores liberales seguían aportando materiales para la consolidación de la misma (pensemos, sobre todo, en las opiniones de un autor de tanto peso como era Blackstone).¹⁷

Cuando luego (más de una década antes de la revolución francesa) la revolución norteamericana (1776) desencadenó la corriente del constitucionalismo, encontramos, desde la Constitución de Virginia (1776), diversas formulaciones oficiales, tendientes hacia la libertad de imprenta y la revolución francesa aportó una fórmula interesante al respecto en el artículo 17 de la famosa *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*,¹⁸ el artículo 10 de la Constitución (todavía monárquica) de 1791¹⁹ y el artículo 122 de la Constitución ya republicana de 1793.

Observemos que a este respecto los países oficialmente ligados a determinada religión (como España) desde luego no pudieron presentar soluciones tan absolutas como los países que oficialmente se habían declarado neutros ante la polémica religiosa (como los EE. UU.).

En el seno de las diversas asambleas constituyentes, la discusión sobre la libertad de la expresión mediante la imprenta desde luego contribuyó a cierta clarificación, que luego pasó hacia el gabinete de

¹⁶ "Miren en qué decadencia tan terrible la libertad de la prensa ha lanzado a Inglaterra y Holanda...; meramente dominan el comercio del mundo entero"... (citado por Müller, *op. cit.*, p. 323). La popularización de las ideas de Locke por Voltaire, en sus cartas desde Inglaterra, provocó la ira de la censura francesa; la quemazón pública de las cartas, afortunadamente, contribuyó a la divulgación de ellas.

¹⁷ *Commentaries on the Laws of England*, IV.151. Este autor, empero, sólo critica el *previous restraint* de la expresión de ideas y defiende el derecho del acusado de un delito de imprenta, a un *full jury trial*, temas que eran ardientes en aquella época (los *Comentarios* fueron publicados entre 1765 y 1769, una generación antes del *Sedition Act* de 1798, que puso inclusive estas modestas garantías en peligro); Blackstone acepta como normal el sancionamiento *posterior* de los delitos de prensa mediante indemnización civil o pena.

¹⁸ Esta *Declaration* no concede dicha libertad sin determinadas limitaciones.

¹⁹ También aquí la libertad no es absoluta; se menciona la posibilidad de un "abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley".

politólogos, y recibió apoyo de parte del kantianismo, para culminar finalmente en obras como *On Liberty* de John Stuart Mill.²⁰

Una ayuda para el triunfo de la libertad de imprenta, vino todavía del lado de aquel relativismo que desde el siglo pasado en muchos grupos de intelectuales comenzó a sustituir la dogmática adhesión a ciertas ideologías. Así, Holmes nos recuerda que "*Time has upset many fighting faiths*". el tiempo ha aplastado muchas creencias agresivas, violentas, apoyadas en la firme convicción de sus partidarios, y este hecho debe inducirnos a modestia cuando se trata de nuestras propias ideas, por arraigadas y "definitivas" que parezcan ser. Anatole France añade al respecto que muchas de nuestras opiniones sólo nos parecen inmovibles por el hecho de que nunca hayamos intentado moverlas, mientras que Bertrand Russell subraya que los grandes problemas ideológicos del pasado nunca han sido "resueltos", simplemente dejaron de ocupar la mente de las élites ideológicas: cayeron bajo el polvo cuando la humanidad encontró nuevos juguetes para sus polémicas. "*Every 'ism becomes so quickly a wasm'*", observan correctamente nuestros vecinos, de manera que nos es conveniente que la autoridad eche el peso del Estado detrás de ciertas opiniones, que temporalmente parecen estar arriba, en la lucha ideológica, pero pronto pasarán su zenith. E inclusive, si el Estado ve que existen ideas ya visiblemente erosionadas, es mejor que "el libre mercado de las ideas" (Holmes) ²¹ se encargue de poner tales opiniones insostenibles en evidencia, y no el censor estatal.²²

Aceptando la idea optimista de que la verdad ya triunfará por sus propios méritos, es evidente que conviene para el progreso material y espiritual que una total libertad de prensa maximice la gama de los conocimientos y argumentos disponibles. En el nivel de la cultura, el ejemplo de Holanda mostró con qué facilidad una universidad relativamente nueva, como la de Leiden, fundada en 1573, pronto pudo alcanzar un nivel superior a universidades de más tradición, gracias a su ambiente de libertad de expresión.

Sin embargo, no siempre debemos pensar, como Milton, en triunfos

²⁰ Existen varias traducciones al español de esta obra, por ejemplo, las de Madrid, 1931, 1970 y 1972.

²¹ Cf., el famoso *dictum* de Voltaire, de que quizás en nada estuviera de acuerdo con lo que uno dijese, pero siempre defendería su derecho de decirlo, y los renglones de Milton: "*Let (Truth) and Falsehood grapple: who ever knew Truth put to the worst in a free and open encounter?*".

²² Se ha hablado de una Ley de Gresham al revés, en el sentido de que "buenas ideas expulsarán las malas".

absolutos de “la verdad” sobre “el error”. Minorías tienen derecho a quedarse fieles a ciertas ideas muy queridas por ellas, por absurdas que parezcan a las mayorías, siempre que tales grupos ideológicos (religiosos o de otra índole) no interfieran demasiado moleestamente con intereses sociales importantes y con la tranquilidad de los demás. Un cierto respeto por parte de las mayorías para con las opiniones de las minorías pertenece a la ética democrática, y encuentra su baluarte en la libertad de expresión (incluyendo la expresión mediante la imprenta) por parte de los grupos minoritarios.²³

Existe otro gran argumento a favor de la libertad de expresión: la circunstancia de que ella contribuye a aquella honradez pública (legislativa, administrativa y judicial), que tanto necesitamos. Los asuntos públicos deben administrarse *under the hard light of full public scrutiny*; de otra manera, se haría la vida demasiado cómoda a ciertos políticos y burócratas, y varios de ellos, que se comportan con razonable honradez bajo un sistema de crítica omnipresente, podrían caer en las garras de la tentación si la prensa se quedara vendada.

Durante el siglo pasado, con ritmos distintos en los diversos países europeos, la libertad de imprenta paulatinamente ganó terreno. Francia, que durante su gran revolución había contribuido tanto al triunfo de la ideología liberal, sufrió retrocesos: Louis Philippe trató de controlar la prensa, inclusive las expresiones gráficas, como las caricaturas de Daumier, y lo mismo puede decirse de Luis Bonaparte, bajo el cual Victor Hugo tuvo que buscar el exilio; además, la Tercera República nació en circunstancias tan traumáticas, que, a pesar de Thiers y del desprestigio que sufrió el conservadurismo (la Iglesia y la casta militar) en el asunto Dreyfus, Francia nunca logró ganar el lugar de Inglaterra, como campeona de la libertad de imprenta.

En Prusia y Austria el impacto de Hegel en la *intelligentsia* no había creado un suelo favorable al liberalismo, y los *junker*, soberbios y conservadores, junto con una burguesía más bien dócil, formaban una combinación que pronto se vería amenazada por el socialismo. Todo esto obstaculizaba una verdadera libertad de la prensa, aunque Bis-

²³ Esto no sólo se justifica por la consideración de que, a menudo, ciertas opiniones minoritarias de hoy resultarán mañana más apreciables de lo que en este momento pensemos, y podrán triunfar, sino sobre todo por existir un deber humano fundamental de permitir a minorías el encariñarse con opiniones determinadas, por absurdas que parezcan a los demás: para el *self-fulfillment* (la autorrealización) del individuo, es importante que cada uno pueda crearse una constelación privada de valores y opiniones.

marck, sutil equilibrista, decidió dejarle de todos modos un apreciable margen de crítica.

España fue frenada, al respecto, por su catolicismo oficial, y cuando iba demasiado rápidamente hacia el liberalismo en 1866, sobrevinieron luego graves recaídas.

En cuanto Italia, el *resorgimiento*, ocupado de los tremendos temas de la unificación del país, y de la traumática relación estatal con el Vaticano, no pudo otorgar a la prensa una total libertad en materia política.

Así, fuera de Inglaterra, la causa de la libertad de imprenta no iba encaminada hacia un triunfo fácil. Sin embargo, a través de las grandes crisis de 1830 y 1848, esta idea penetró cada vez más en la conciencia de las masas populares del continente, y la creciente presión por parte de los socialistas (que, como elementos de oposición, reclamaron la libertad de expresión que, una vez en el poder, no siempre ratificarían) se juntó al liberalismo burgués para reclamar una prensa más libre. Cuando ésta, finalmente, había triunfado en las democracias occidentales, surgió desde 1917, con forma de socialismo leninista, una nueva corriente que pronto dominaría un enorme territorio y que (a menudo con oratoria que propone una "verdadera libertad de la prensa", o sea una libertad respecto de presiones financieras y conservadoras) paulatinamente limitaría la prensa en una forma tan eficaz, que allí los grupos o individuos inconformes podían (y todavía pueden) contemplar con nostalgia las limitaciones que habían estado en boga entre el Renacimiento y la revolución francesa.

Paralelamente, en las grandes democracias noratlánticas la libertad de la prensa es reconocida básicamente (y sin la trampa de que sólo pueda otorgarse la "verdadera" libertad respectiva), a menudo con gran generosidad hacia aquellas ideologías que precisamente negarán esta libertad, una vez que conquistasen el poder (una curiosa actitud, que a menudo tiene algo de masoquista). Pero, al mismo tiempo, dicha libertad es circundada por varias restricciones pragmáticas, de sentido común, impuestas a menudo más bien por el Poder Judicial que por el Legislativo, como veremos tan claramente en el ejemplo de los EE.UU.

2. *La imposibilidad de una vigencia "absoluta" de los derechos humanos*

Es evidente que en una materia práctica, en la que debe predominar aquella "prudencia" que ya suena en el antiguo término de *jurispru-*

dentia,²⁴ no debemos permitir una ciega aplicación mecánica de ciertas normas “absolutas”: cada norma constitucional debe recibir en la vida nacional una aplicación compatible con otras normas constitucionales y, sobre todo, con el sentido común en su más alta expresión, representado por autoridades administrativas, legislativas y judiciales. A veces, las normas constitucionales mismas reconocen de antemano que deberán ser aplicadas bajo ciertas limitaciones que determinará el legislador (y cuyos perfiles quedarán, a menudo, bajo control judicial): México presenta una buena ilustración al respecto, como veremos. En otros casos, como en el norteamericano, la norma suena absoluta, por no prever —*expressis verbis*— limitaciones legislativas; pero, como siempre sucede en tales casos, vemos en la práctica que, de todos modos, limitaciones han sido impuestas, y a menudo, como en el caso estadounidense, es el Poder Judicial el que pronuncia la última palabra acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de tales restricciones que el legislador ordinario añade a la norma constitucional.

Una vez admitido el principio de que la libertad de expresión en general, y de expresión mediante la prensa en especial, no puede ser absoluta,²⁵ uno siente inmediatamente la tentación de establecer diferenciaciones entre *varios niveles de expresión*: algunos en que la libertad debe ser mantenida con más énfasis, y otros en que, a la luz de nuestra sensibilidad política y jurídica, las restricciones que impondrían los poderes Legislativo o Judicial podrían ser toleradas más fácilmente: no todo lo que se expresa mediante la imprenta merece el mismo grado de protección constitucional.

Es verdad que un viejo consejo de interpretación enuncia que “donde la norma no distingue, el intérprete no debe distinguir”; sin embargo, en una materia de tanta relevancia práctica, un principio como éste no ha podido frenar las presiones que llegaron desde el lado de la vida real y del sentido común. Así observamos varios intentos de interpretar la libertad de imprenta en sentido más o menos restrictivo, según diversas categorías de casos.

En algunos aspectos de la discusión que resultó se ha llegado, por

²⁴ Este término no debe tanto equipararse a lo que en México llamamos “jurisprudencia”, sino que se encuentra más cerca de la *jurisprudence* en sentido anglosajón: teoría general de la creación y aplicación de las normas jurídicas.

²⁵ Hamilton, autor del *Federalist Paper* No. 84, es muy claro al respecto: “*Who can give (to the liberty of the press) any definition which would not leave the utmost latitude for evasion? ... I infer that its security, whatever fine declarations may be inserted in any constitution respecting it, must altogether depend on public opinion and on the general spirit of the people and of the government.*”

lo pronto, a conclusiones generalmente aceptadas. En otros campos sigue la polémica. Y en la medida en que evolucione la sensibilidad política, cuestiones aparentemente ya aclaradas en forma definitiva volverán a ponerse en duda.

De todos modos, aunque reconozcamos que nuestra lucha por una interpretación de la libertad de prensa, razonable a la luz de la sensibilidad del momento, nunca dará resultados "definitivos", y que la discusión tendrá que volver a abrirse regularmente; legisladores, jueces, políticos y politólogos tendrán que seguir ocupándose, en colaboración sinérgica, de esta clase de temas, para armonizar hasta donde sea posible las formulaciones constitucionales con la sensibilidad del público y las necesidades del cuerpo social. Oliver Wendell Holmes encuentra una formulación feliz para lo anterior, cuando dice que la interpretación de las disposiciones de la Constitución no puede hacerse simplemente "*by taking the words and a dictionary, but by considering their origin*"²⁶ *and the line of their growth*", y, más tarde en la misma sentencia: "*The case before us must be considered in the light of our whole experience, and not merely in that of what was said a hundred years ago*".

Efectivamente, interpretar la Constitución es una actividad contrapuntista en que la autonomía del juez-intérprete debe tomar en cuenta tanto la intención del Constituyente (concepto nada claro, inclusive en caso de detallados diarios de debate), como las sensibilidades modernas predominantes, y al mismo tiempo nunca debe olvidar que esta "autonomía" judicial nunca convierte al juez en constituyente.

3. *Una graduación de expresiones, según contenido y forma*

A. Diferenciación según el contenido de lo expresado

Así, en vez de pugnar *in genero* por una libertad de imprenta, conviene diferenciar nuestra actitud según la clase de ideas de que se trata.

²⁶ Sin embargo, este gran jurista no quiere dar demasiada importancia al origen de las disposiciones por interpretar, y hablando de la Constitución dice: "*we must realize that they (es decir: los constituyentes) have called into life a being, the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. . .*"

a. *Lo verbal, íntimamente ligado a acción ilegal*

En primer lugar, algunos autores y autoridades judiciales han querido limitar el término de "expresión" (*speech*, etcétera) a la estricta expresión *verbal* de manera que una *expresión directamente orientada hacia una acción* (*speech brigaded with action*) quedaría fuera de la protección constitucional de la expresión, si la acción misma va en contra del derecho. Este intento de interpretación y diferenciación puede apuntar hacia algunos triunfos, tanto en los EE.UU. como en México, según veremos.

b. *Contenido religioso*

Otra corriente quiere dar, dentro de las opiniones manifestadas mediante la imprenta, un lugar específicamente intocable a las ideas religiosas,²⁷ o sea acerca de materias más allá de nuestra existencia tangible, en cuyo campo la intuición de uno es tan respetable (o absurda) como la de otro. Efectivamente, tratándose de un campo tan nebuloso parece más gentil dejar a cada uno libre para creer lo que más se adapte a su idiosincracia, siempre bajo la condición de no pisotear la correspondiente libertad ajena.

El problema que a este respecto se presenta, es el de los grupos convencidos, fanáticos, que a menudo están dispuestos a grandes sacrificios para defender su libertad de expresión; pero que, una vez en cierta posición de poder (*de jure* o *de facto*) están renuentes a conceder tal libertad a grupos competidores; a menudo quieren penetrar con su ideología en toda la vida social, inclusive la política y científica, e inclusive en posición de minorías, ejercen dentro de sus grupos una presión financiera y política que ofende nuestra moderna sensibilidad democrática, sin que sea posible determinar objetivamente el grado de buena o mala fe de los líderes. Los escándalos alrededor del fundamentalismo televisado en los EE.UU. de este año (1987) ilustran lo anterior.

Para nosotros es difícil ver el mundo un momento a través de la fantasía de personas, pertenecientes a tales grupos fanáticos. Personas semejantes tienen una absoluta seguridad, respecto de una realidad

²⁷ En las constituciones que reservan un lugar de exclusividad a determinado dogma religioso, encontramos precisamente la tendencia contraria: la de excluir los escritos sobre temas religiosos de la libertad fundamental de manifestar ideas mediante la prensa.

infinitamente más importante que la vida cotidiana que nos circunda. Están convencidas de la pérdida irremediable del alma de las personas a las que no logren convertir a su visión, o de personas que sean seducidas a abandonarla, y su filantropía, al respecto lógicamente las lleva, a actos que parezcan sorprendentemente crueles a personas no pertenecientes a su grupo.

Como apunta Karl Jaspers, un Galileo retracta bajo la amenaza de sanciones eclesiásticas, ya que opiniones científicas no ameritan riesgos personales tan grandes como los que enfrentó dicho cosmólogo (además, hecho objetivos, científicos, de todos modos algún día volverán a afirmarse: no hay tanta prisa); pero un Giordano Bruno aceptó el sacrificio: su visión se refería a algo que para él era una realidad sobrenatural, de importancia emocional muy superior a la de un simple hecho científico.²⁸

Por lo tanto, opiniones religiosas, de tan alta sensibilidad, merecen protección especial, mientras que, al mismo tiempo, debe procurarse que tales opiniones, una vez toleradas y a menudo provistas de cierta fuerza social en algunas regiones, no lleguen a ser opresivas para personas de otras ideas, o inclusive perjudiciales para personas sencillas, indefensas, del propio credo.

c. Contenido ideológico-político

En otra categoría importante se encuentran las opiniones derivadas de determinadas *ideologías políticas*, referentes a la sociedad futura que cada uno, consciente o subconscientemente, vislumbra.

Todo Estado existente siempre presupone la adherencia total o casi total a ciertos dogmas políticos básicos —inclusive a ciertas mitologías—, que dan coherencia a la vida estatal, y, aunque en las sociedades liberal-democráticas del occidente estemos de acuerdo para la libertad de expresión referente a *variantes* compatibles con tal fondo de ideas comunes, a veces resulta difícil determinar hasta qué grado la sociedad liberal-democrática debe permitir la propaganda a favor de sistemas que nieguen la base esencial de tal sociedad.²⁹ Por su impacto

²⁸ Esta irritabilidad tan especial de la materia religiosa, desgraciadamente a menudo se trasladó hacia la materia científica, cada vez cuando la iglesia se extralimitaba y se metía en campos ajenos (como sucedió cuando insistió en su imagen del cosmos, incompatible con las ideas de Copérnico y de Galileo, y como sigue sucediendo cuando el Vaticano lanza prohibiciones en materia de experimentación biológica).

²⁹ Jefferson mismo manifestó ideas sorprendentemente tolerantes respecto de opi-

masivo, la imprenta es particularmente peligrosa, al respecto (y, más todavía que la imprenta, el radio y particularmente la televisión, temas que quedan fuera de este estudio, que hemos limitado a los problemas de la manifestación de ideas por medio de la imprenta).

¿Debemos tolerar por parte de la imprenta una elocuente defensa de opiniones que pugnen con ciertos intereses de la comunidad de rango eventualmente superior al importante rango que le corresponde a la libertad de prensa? No olvidemos que ésta nace de una estructura jurídico-sociológica que corresponde a ciertos requisitos político-sociológicos, de manera que la labor de minar precisamente estos requisitos, amenaza la misma libertad bajo cuyo amparo se realiza esta labor destructiva.

d. *Importantes intereses de terceros*

Además, hay opiniones incompatibles con intereses de terceros que, a su vez, quizás merecen una protección superior a la otorgada a la libertad de expresión. Así, cuando uno ve atacada su reputación, es fácil decirle: “defiéndete, y de la lucha de las opiniones ya saldrá la verdad”; pero, inclusive en caso de éxito en tal defensa, alguna mancha quedará, de manera que en ciertos casos parece justo sancionar ataque a una reputación, efectuado por medio de la imprenta.

e. *Propaganda comercial*

También encontramos en forma impresa frecuentemente la expresión de ideas sobre la *calidad de ciertos productos ofrecidos por ciertas empresas*, ideas inspiradas en egoísmos comerciales, y generalmente no justificadas en forma objetiva. ¿Aplicaremos a la propaganda comercial el mismo criterio de libertad de expresión que recomendamos en materia religiosa y política (en la que también puede haber un fondo de “egoísmo”, pero habitualmente de nivel más idealista)?

Relacionada con este tema encontramos la idea, *dentro* de ciertos gremios (por ejemplo, el de los juristas), de que su *status* es a tal punto aristócrata, que no debe comercializarse su ambiente mediante anuncios,

niones minoritarias incompatibles con las bases de la República que él había ayudado a estructurar. Consideraba tales opiniones como “*monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated*” (Müller, *op. cit.*, p. 377). El peligro implícito en esta generosidad es evidente, y se ha hablado, al respecto, del autocanibalismo de las democracias.

f. *Contenido eróticamente excitante*³⁰

En otra categoría de manifestación de ideas, vemos que éstas pueden estar al servicio de la comercialización de *tendencias eróticas* —a menudo morbosas—. Éstas llevan una existencia a veces medio clandestina en la mente de muchos, y tales vetas escondidas pueden convertirse en vetas de oro para los empresarios de ciertas publicaciones.

Por otra parte, la vida sexual es un campo importante de la existencia humana, que no debe verse excluida del tratamiento por la literatura y que debe estar abierta, sin tabúes, a la discusión científica y popular. Además, varias publicaciones que para muchos son “pornográficas” han ayudado a otros a mejorar la variedad y el gusto de la vida sexual dentro de sus matrimonios. Por lo tanto, en esta materia es muy difícil, para jueces y legisladores modernos, encontrar el punto donde la comunidad debe comenzar a imponer ciertas restricciones. Así, se ha buscado una justificación de las descripciones eróticas de alto valor literario³¹ o de gran penetración sociológica o psicológica —pero las líneas divisorias son difíciles de trazar.

g. *Protección de la eficacia de ciertos servicios públicos*

También puede uno pensar en la necesidad de limitaciones a la libertad de expresión mediante la imprenta, cuando esta libertad perjudicaría en forma esencial a las necesidades de una rama de la vida pública, cuyo funcionamiento es considerado como esencial. Así, dentro del ejército quizás podría limitarse la divulgación mediante la imprenta de ciertas ideas pacifistas, revolucionarias o anarquistas, dentro de las cárceles quizás será necesario restringir la circulación de materiales incompatibles con la regeneración de los presos, y en las ramas donde queda vedada la sindicalización, una distribución de materiales

³⁰ Una interesante descripción de los vaivenes de aquella curiosa pareja de gemelos que son “pornografía” y “censura moral”, desde el siglo XVIII (concretamente desde el establecimiento de un salón cerrado en el Museo de Nápoles con objetos “obscenos” de Pompeya, que sólo podía ser visitado por personas de tan elevada erudición que era seguro que no podrían divertirse con aquellas piezas), es la obra reciente de Walter Kendrick, *The Secret Museum; Pornography in Modern Culture*.

³¹ Sin embargo, en el juicio sobre *The Vell of Loneliness* (Radclyffe Hall), el juez inglés Sir Charles Biron opinó, al contrario, que “*the better an obscene book is written, the greater is the public to whom it is likely to appeal. The more palatable the poison, the more insidious it is*”.

impresos con propaganda a favor de tal sindicalización probablemente podría prohibirse.

B. Diferenciación según la forma³² de expresión³³

a. *Police power vs. libertad de prensa*

Este aspecto de nuestro tema podría ejemplificarse mediante reglamentos locales que limiten la distribución de volantes (de carácter político, comercial, etcétera) distribuidos de tal manera que produzcan *basura en la vía pública*, en cuyo caso probablemente el interés en la libertad de expresión es superior al interés en la temporal pérdida del aspecto ordenado de nuestra ciudad (además, un optimista podría decir que, en una sociedad en cierto nivel educativo, un uso de materiales impresos que diera un mal aspecto a las calles, resultaría contraproducente por provocar una cierta aversión cívica contra el que promoviera tal propaganda).

b. *Expresión por medio del periodismo*

Es muy importante el problema que en relación con nuestro tema presenta la prensa diaria. Las *dificultades* especiales, pero también el *impacto* especial, de esta forma tan importante de manifestación de ideas, nos colocan ante un dilema especial:

1) por una parte, los periódicos y otros medios de comunicación

³² Tratando de encerrar una materia viva, político-social, en un esquema lógico y didáctico, a menudo nos encontramos con algunos aspectos de ella, un poco discolas y rebeldes, que no se dejan encerrar de buenas ganas en las bellas categorías que habíamos ideado. Así, en los gratos niveles olímpicos, la diferencia esquemática entre "forma" y "contenido" (o sustancia), puede parecer seductoramente lúcida; pero cuando nos rebajamos a al vil realidad empírica, esta lucidez a menudo se escapa (como, en relación con esta dicotomía de "forma vs. sustancia", cualquier cultivador de la teoría del "conflicto de sistemas jurídicos" sabe por propia experiencia). El poder judicial, en última instancia, tendrá que decidir que alguna restricción, aparentemente basada en cuestiones de forma, en realidad nació del deseo de boicotear cierto contenido.

³³ A veces se ha intentado extender el término de "manifestación de ideas" hacia toda *forma de expresión*, rompiéndose el molde de la expresión simplemente *verbal o mediante imágenes impresas*. Así, se ha intentado de colocar el hecho de desfilar, la forma de vestirse (inclusive el desvestirse, la desnudez) o el peinado dentro del campo de las "expresiones", protegidas por la libertad de expresión. Por limitar este estudio al tratamiento de la libertad de la prensa, este intento de soltar la liga necesaria entre expresión y verbo o imagen impresa, por importante que sea, queda fuera de nuestra consideración.

masivos³⁴ trabajan bajo la presión de una necesaria rapidez, lo cual parece impulsar hacia un tratamiento tolerante de ciertas imprudencias; pero, por otra parte.

2) sus fallas de objetividad o errores de hecho pueden producir un impacto desproporcional, lo cual precisamente, parece justificar la tendencia a exigirles una disciplina específicamente severa.

Este dilema es agravado por el hecho de que, a la luz del deber de informar al público de todo lo que pueda ser interesante para la evolución de la vida comunitaria (importante contribución del periodismo a la democracia), a menudo es necesario publicar algunos datos altamente desagradables para determinados protagonistas de ciertas corrientes dentro de la vida cívica.

c. *Lo innecesariamente ofensivo*

Para ser eficaz, la argumentación política o de otra índole a menudo se sirve de insinuaciones, expresiones sarcásticas y palabras "fuertes"; y si reconocemos que la discusión tiene su utilidad social, también debemos permitir que la discusión utilice los medios adecuados para alcanzar su máxima eficacia: "el que autoriza el fin, autoriza los medios." Sin embargo, lo anterior encuentra su límite en expresiones ya *innecesariamente* hirientes. Este límite concreto, obviamente, debe ser fijado, en cada caso concreto, por el Poder Judicial.

II

LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO

Contra el fondo de estas ideas generales, veremos ahora el tratamiento especial que la libertad de prensa ha recibido en los EE. UU.

1. *La primera Enmienda*³⁵

En las constituciones de los nuevos estados, cuando estuvieron to-

³⁴ En materia de radio y televisión, la necesidad de evitar un uso caótico del panorama de las ondas ha justificado una intervención estatal, que a veces se ha extendido hacia un control sobre la substancia de lo ofrecido (en los EE.UU. desde el *Radio Act* de 1927 este problema y la actuación correspondiente de la Federal Communications Commission han sido muy discutidos —recientemente desde un ángulo muy liberal por mi colega austriano Lucas A. Powe, *American Broadcasting and the First Amendment*, Berkeley, 1986). Una decisión reciente de una Corte Federal de Apelación parece inclinarse del lado de Powe, aunque la *equal time rule* sigue limitando la libertad de radio y televisión (*Time*, 17-VIII-'87, p. 37).

³⁵ Libertades que se relacionan íntimamente con la expresión, son la de asamblea,

davía desunidos, solemos encontrar la libertad de imprenta, aunque a menudo limitada a temas políticos, de acuerdo con la clara intención de los constituyentes.³⁶

La Constitución federal de 1787 tiene escasos y dispersos “derechos individuales”, ya que los fundadores de la Unión, con el fin de no dejar pasar el momento políticamente favorable para juntar las colonias independientes en una estructura federal, prefirieron no perder tiempo con discusiones sobre derechos fundamentales individuales —discusiones inevitablemente tardadas—, y dejaron este tema para más tarde. Así, sólo en 1791 entró en la Constitución federal, en forma de las primeras diez enmiendas, un paquete de estos derechos “humanos”.

En la primera de estas enmiendas encontramos (al lado de la libertad religiosa) el principio de que el Congreso federal no pueda hacer una ley que estableciera una limitación a la libertad de palabra o de prensa.³⁷

2. ¿Una libertad privilegiada?

Desde su promulgación, esta primera Enmienda gozaba de una aureola ideológica especial en el medio norteamericano, una aureola a la que ha contribuido la noble historia general de la libertad de expresión, además de la circunstancia de que un solo artículo garantice la libertad de *expresión* junto con la libertad *religiosa* (que, desde luego, tiene un especial valor emocional que, por contagio, dignifica aquella otra liber-

o el contenido de la cuarta y de la quinta enmiendas. Y como el derecho de manifestar lo que uno piensa, implica la libertad de *no* manifestarlo, este derecho también se relaciona con la protección contra declaraciones en contra del propio interés. Se considera que el secreto de la correspondencia personal es otro de los derivados de la libertad de expresión (CJS, 1.c., nota 56).

Además, la absorción de esta primera enmienda en la catorceava, como veremos, extiende la protección otorgada por aquella enmienda a actos efectuados por legislaturas de entidades federativas.

Sólo en caso de intereses sociales evidentemente superiores, un periodista puede verse obligado a revelar sus fuentes de información, o un partido político puede ser constreñido a mostrar sus fuentes de financiamiento.

³⁶ El sonado caso Zenger, y un resurgimiento de persecución política en Inglaterra contribuyeron a la popularidad de tales disposiciones constitucionales locales: Roscoe Pound, *The Development of Const. Guarantees of Liberty*; 4a. ed., Yale Univ. Press, 1963, p. 85.

³⁷ En el pensamiento de los creadores de esta enmienda encontramos más bien una aversión de la censura previa, que un entusiasmo general por la idea jeffersoniana de una libre crítica del gobierno; el sancionamiento posterior de la expresión de ciertas ideas no quedaba necesariamente excluido, (Véase Holmes en *Patterson v. Colorado*, 205 US 454 (1907).

tad con la que comparte esta Enmienda).³⁸ En vista de esta aureola, hallamos en la actualidad el principio, judicialmente confirmado, de que la libertad de expresión no debe ser simplemente *tolerada* por las autoridades, sino que, por tratarse de un derecho individual que goza de una *preferred position*, ella debe ser *actively encouraged*.³⁹ En vista de esto, una limitación indirecta (como el cobro de derechos por el ejercicio de la libertad de expresión) no será tolerada fácilmente por el Poder Judicial (aunque *sí se permite* que la libertad de expresión quede sujeta a permisos y licencias, siempre que el otorgamiento de éstos no dependa de una decisión discrecional de algún funcionario,⁴⁰ o de un criterio ideológico).

3. ¿A quién se dirige la mencionada prohibición?

Ésta limita formalmente las facultades del Congreso federal; pero la Enmienda XIV, de 1866/68 (*due process of law*), ha sido interpretada en el sentido de que los congresos locales deban someterse a las mismas restricciones que hayan sido establecidas para el Congreso federal.⁴¹

La mencionada prohibición de restringir la libertad de expresión parece no dirigirse al Poder Ejecutivo. Sin embargo, como la actividad de éste debe quedar dentro de un marco general fijado por el legislador, este Poder no puede dedicarse a actividades de censura sin una ley que autorizara éstas, y tal ley sería anticonstitucional.

La prohibición de la que estamos hablando no se dirige a particulares,⁴² de manera que, si por contrato alguna persona acepta control previo, ajeno, sobre la manifestación de sus ideas, no se podría alegar que tal contrato fuera inválido.

³⁸ Parece que EE.UU. sigue siendo un país sorprendentemente religioso, aunque la adhesión formal a cierta forma organizada de religiosidad ya es menos frecuente que antes; sin embargo, los datos respectivos presentan dudas y contradicciones. Es de esperarse que la gran obra panorámica, *Modern American Religion*, planeada por el profesor Martin E. Marty, nos ilumine al respecto (ya salió el primero de los cuatro volúmenes anunciados: *The Irony of it all, 1893-1919*, Univ. of Chicago, 1987).

³⁹ *Corpus Iuris Secundum* (= CJS), párrafo 455, nota 29.

⁴⁰ CJS, párrafo 458.

⁴¹ CJS 16-A, párrafo 455, nota 4. Este importante cambio se llevó a cabo gradualmente: *Meyer v. Nebraska*, de 1923, ya preparó el ambiente, y en *Gitlow v. Nueva York* (1925), el gran paso definitivo fue dado, luego confirmado por *Fiske v. Kansas* (1927) y otros casos, de manera que ahora la libertad de prensa queda también protegida contra invasión de parte de las entidades federativas.

⁴² CJS, l.c., notas 66-68.

4. *Reconocimiento claro de que la libertad de expresión no puede ser absoluta*

En varias ocasiones el Poder Judicial norteamericano ha afirmado que ninguno de los derechos individuales, garantizados por la Constitución, podría ser irrestricto, absoluto —ni siquiera esta libertad privilegiada—. Así, a la luz del sentido común y del interés social, ciertas restricciones a la libertad de expresión deben ser toleradas.

La formulación de una libertad individual en la Constitución significa en la práctica que ésta merece una alta jerarquía en la inevitable tarea de equilibrar⁴³ los múltiples intereses y valores sociales,⁴⁴ en tal balanceo resulta que la libertad de la prensa goza de un prestigio muy fuerte, pero no absoluto. Sin embargo, corresponde a la autoridad que la restringiera, la carga de la prueba de que exista un interés social muy fuerte, que hiciera ineludible una limitación a la libertad de expresión, y, además, que no exista al respecto otro remedio, menos drástico.⁴⁵ Y la limitación en cuestión no debe ir más allá de lo que sería estrictamente necesario. Uno podría decir que la libertad de expresión sea una *causa favorabilis*, y que la simple demostración de que la autoridad tenga un legítimo interés en limitarla sea insuficiente.⁴⁶ En otras palabras: la restricción debe basarse en *the most compelling of reasons*.⁴⁷

5. *Las señaladas categorías de limitaciones a la libertad de expresión*

A. Tardía intervención del Poder Judicial en esta materia

Es curioso que en los EE. UU., el Poder Judicial no se haya enfrentado a esta tarea de diferenciación, sino a partir del final de la Primera Guerra Mundial, o sea casi 130 años después de la introducción de

⁴³ *To balance* es el verbo frecuentemente utilizado en las sentencias respectivas.

⁴⁴ Además, la dudosa calidad del contenido de lo impreso en los EE.UU., durante el siglo pasado, no indujo precisamente a exaltar una libertad irrestrictiva de la prensa. Véase Muller, Herbert J., *Freedom in the Modern World*, Nueva York, 1966, p. 319.

⁴⁵ *Alternative judicial approaches*, que no afectaran la libertad de expresión, siempre son consideradas preferibles; *Alaska Mickens v. City of Kodiak*, 640 P.2nd. 818.

⁴⁶ Uno podría hablar de una presunción *iuris tantum* de la inconstitucionalidad de restricciones a la libertad de expresión.

⁴⁷ *US v. O'Brian*, Mass., 88 S.Ct. 1673, 391 US 367 20 L.Ed. 2nd. 672 y otros casos mencionados en las notas 97-99 del CJS, 16-A, párrafo 503.

la primera Enmienda en su Constitución. Pero desde el inicio de la jurisprudencia respectiva, y sobre todo desde la absorción de la libertad de prensa en la Enmienda XIV (véase arriba) la corriente de las decisiones importantes se ha incrementado enormemente, y en la actualidad ya puede considerarse tarea especializada para toda una vida, la de analizar y sintetizar la siempre cambiante actitud judicial, en sus diversos niveles, frente a la libertad de la prensa.

Encontramos en la jurisprudencia respectiva interesantes conflictos entre varios valores sociales apreciables, de manera que los problemas presentados no pueden ser resueltos de manera mecánica. Además, vemos a menudo que en relación con los temas en cuestión, la sensibilidad judicial ha cambiado en el transcurso de las décadas.⁴⁸

B. Tratamiento de las categorías arriba establecidas

Primera sección: *Cuestiones de contenido*

1) *Lo verbal, íntimamente ligado a acción ilegal*

Esta restricción queda tipificada en la mente popular, sobre todo mediante ejemplos que apuntan hacia la libertad de la palabra pronunciada o gritada (el ejemplo de John Stuart Mill que citaremos inmediatamente, o el ejemplo de Holmes del que grita "¡Incendio!", en un teatro), pero, evidentemente, las mismas consideraciones valen para la palabra *impresa* (distribución de volantes dentro de una masa excitada, etcétera).

Cuando las expresiones impresas constituyen un *clear and present danger* para otros valores sociales (como la paz pública), pueden justificar una excepción a la libertad de expresión. Así, como señala J. S. Mill, una opinión sobre el impacto nocivo de ciertos comerciantes en la vida social normalmente merece protección; pero si esta opinión es lanzada, en ropaje retórico y violento, ante una masa excitada, delante de un establecimiento de tal comerciante, quizás no debe gozar de la misma protección.

2) *Contenido religioso*

Esta categoría de manifestación de ideas sigue gozando de una au-

⁴⁸ Entre muchas bibliografías sobre este tema, resulta recomendable, por ejemplo, la que se encuentra en Gunther, G., *Constitutional Law*, 11a. ed., 1986, p. 973, nota núm. 2.

reola de protección que probablemente merecería un nuevo examen objetivo. Los escándalos recientes, provocados por aquellos fundamentalistas que mediante sus programas de televisión y su burda propaganda impresa arrancan dinero, frecuentemente a personas de la pequeña clase media, hace preguntar si no debe ponerse ya bajo control la manifestación de ideas "religiosas", que tienden a procurar una vida de superlujo a personas "iluminadas" que tienen el privilegio de recibir constantemente mensajes personales del Señor.

La creciente protección del consumidor contra el fraude comercial, ya debe completarse mediante una protección semejante de los sencillos creyentes contra el fraude religioso; pero las autoridades norteamericanas todavía no pueden ofender a ciertos sectores de la comunidad mediante tal iniciativa, que desencadenaría un huracán de oratoria indigna, y que encontraría probablemente un obstáculo en la separación entre Iglesia y Estado, nacida de la primera Enmienda.

3) *Contenido ideológico-político*

Algunos quieren establecer dentro de la expresión de ideas una categoría privilegiada: la "expresión política" (incluyendo, desde luego, la crítica política),⁴⁹ el *public speech*, ya que el control por parte de la opinión pública sobre la gestión del Estado en gran parte depende de la libertad que exista para esta forma de expresión.

El nuevo candidato reaganiano para la Suprema Corte (para muchos, el "nuevo peligro para la Suprema Corte"), Robert Bork, había mostrado la inclinación de dar una importancia preponderante a la intención histórica de los constituyentes, como es bastante probable que éstos habían pensado básicamente en cuestiones *políticas* cuando pusieron la manifestación de ideas bajo protección constitucional, Bork había publicado originalmente la opinión de que esta actitud continuara siendo relevante para la interpretación de la libertad de imprenta⁵⁰ (durante los interrogatorios en el Senado, sin embargo, Bork suavizó esta posición doctrinaria).⁵¹

Por otra parte, limitaciones han sido autorizadas a la manifestación de ideas ideológicas cuando el país se ve involucrado en una guerra:

⁴⁹ Véase la nota 4 de la Opinión del Justice Stone, en *US v. Carolene Products Ca.*, 1938.

⁵⁰ Dworkin, Ronald, *The Bork Nomination*, *New York Review of Books*, 13 VIII 1987, p. 8.

⁵¹ *Time*, 28-IX-1987, p. 16/7.

en tal caso la libertad de expresión no debe servir para menguar el intento nacional general de alcanzar la victoria.⁵²

4) *Importantes derechos de terceros*

a) *Derecho autoral*

La limitación de expresiones impresas, impuesta a todos los no titulares de tal derecho, es —evidentemente— la base misma de esta rama del derecho; el aspecto, cada vez más importante, del “derecho moral” del autor crea una zona gris de transición hacia el próximo tema.

b) *Protección de reputación y privacidad*. El derecho a no ver manchada arbitrariamente la buena reputación de uno, o de ver invadida su privacidad, es considerado como un derecho de tal importancia, que la libertad de expresión a menudo tenga que ceder ante él.

Por lo tanto, en casos de difamación *slander, libel*, la libertad de expresión sólo raras veces constituye una defensa eficaz (aunque el funcionario público y, en general, *public figures*, no gocen de la protección común y corriente contra el efecto hiriente de la crítica por parte de otros ciudadanos),⁵³ e inclusive los autores de ficción arriesgan reclamaciones derivadas del respeto que deben a la privacidad de otros. El éxito que recientemente tuvo la doctora Jane V. Anderson en su reclamación contra Sylvia Plath,⁵⁴ por considerarse parcialmente retratada en una figura ficcional de una novela de esta autora, puede servir de advertencia a muchos novelistas,⁵⁵ y el reciente conflicto entre J. D. Salinger y el autor de su biografía, Ian Hamilton, acerca del uso de sus cartas, recuerda que, aunque cierta correspondencia pertenezca materialmente al patrimonio de bibliotecas públicas, el *derecho autoral* sobre ellos subsiste a favor del autor de ella.

⁵² El caso más significativo al respecto ha sido el de *Schenk v. US*, 249 US 47 (1919), del que nació también aquel criterio, en la práctica a menudo un poco vago, del “*clear and present danger*”, lo cual nos lleva a consideraciones de “*proximity and degree*”. Luego, los casos de *Frohwerk* y de *Debs*, también de la primavera de 1919, completan y reafirman la doctrina que nació de *Schenk*.

⁵³ El concepto de *public figure*, desde luego, es maleable. En 1979, la Suprema Corte se negó a considerar que el simple hecho de ser un criminal condenado no convierte a uno en *public figure*, y no priva a uno de la protección contra actos de difamación.

⁵⁴ Cuando Louise Colet creyó encontrar su retrato en *Madame Bovary*, se vengó escribiendo contra Flaubert la meritoria novela *Lui*. Pero cuando la doctora Anderson reconoció rasgos de sí misma en una novela de Sylvia Plath, demandó una indemnización de seis millones de dólares. Los tiempos cambian. . .

⁵⁵ Véase *Time*, 9-II-1987, p. 24.