

# NINGUINA LEY

El caso Sullivan  
y la Primera Enmienda

"Este es uno de los mejores libros sobre el caso Sullivan que Anthony Lewis...  
ha escrito jamás." — *1967*, San Francisco Chronicle

ANTHONY LEWIS

LIBRO DE BOLSILLO

**LA LEY DE SEDICION**

"Acaso sea verdad universal que la pérdida de la libertad en un país debe imputarse a disposiciones contra peligros extranjeros, reales o presuntos".

James Madison hizo esa perspicaz observación en carta del 13 de mayo de 1798 al vicepresidente Jefferson. La historia norteamericana se ha encargado de probar, una y otra vez, la verdad que encerraba ese agudo comentario: los políticos han utilizado el temor del poderío y de las ideologías extranjeras para reprimir la libertad. Cuando Madison escribió esas líneas, el país que inspiraba temor era Francia.

Francia había apoyado a las Trece Colonias en su guerra con la Gran Bretaña. Pero el agradecimiento por esa ayuda cedió paso paulatinamente a un creciente temor cuando a la Revolución Francesa de 1789 siguieron el Terror y la guillotina. Los norteamericanos, especialmente los de talante más conservador, llegaron a ver en Francia la fuente de una ideología malévola que buscaba extenderse a la otra ribera del Atlántico. La guerra entre Francia e Inglaterra estalló poco después. Estados Unidos proclamó su neutralidad, pero por el Tratado de Jay, en 1794, aceptó el derecho que Inglaterra sostenía de apresarse buques neutrales que llevaban cargamentos a Francia. Como reacción a este tratado, buques de guerra franceses comenzaron a atacar en 1796 a los mercantes norteamericanos que comerciaban con Inglaterra.

El sentimiento antifrancés se exacerbó todavía más en 1798 como resultado de la llamada cuestión XYZ. Talleyrand, ministro francés de relaciones exteriores, se negó a recibir a una misión diplomática norteamericana que el gobierno había despachado a París con el fin de limar asperezas entre ambos países. Tres agentes de Talleyrand exigieron el pago de una gruesa suma de dinero como precio del inicio de las negociaciones. Los norteamericanos rechazaron ese tributo y regresaron a Estados Unidos, no sin antes despacharle al presidente Adams un informe de lo ocurrido. Adams, a su vez, informó al Congreso del asunto en un mensaje en que se refería a los venales agentes franceses con los seudónimos de X, Y y Z. Según Adams, "Y" dijo que Francia no temía que los diplomáticos norteamericanos diesen por terminada su misión porque "el partido francés en América" pronto subsanaría ese *impasse*.

Los partidarios de Adams en el Congreso y en el país utilizaron "el partido francés en América" como alusión a los opositores políticos del Presidente, es decir, el vicepresidente Jefferson y sus partidarios. Los partidos políticos comenzaban a formarse en esa época, y eso era algo que los autores de la Constitución no habían previsto; el Presidente no era elegido por el voto popular sino por un augusto Colegio Electoral. La selección de Washington, el primero, fue inevitable. Pero las fuerzas políticas del país comenzaron a agruparse después en torno del vicepresidente de Washington, John Adams, y de su secretario de estado, Thomas Jefferson. Las elecciones de 1796,

las primeras después de los dos períodos presidenciales de Washington, fueron muy reñidas y Adams derrotó a Jefferson en el Colegio Electoral por una votación de 71 a 66. En virtud de haber quedado en segundo lugar, Jefferson asumió la vicepresidencia. (El sistema actual que elige juntos al presidente y al vicepresidente entró en vigor en 1804 con la Decimosegunda Enmienda a la Constitución).

Los partidarios de Adams se agrupaban en el Partido Federalista. Los de Jefferson, precursores del actual Partido Demócrata, se llamaban a sí mismos Republicanos o Republicanos Demócratas. A dos siglos de distancia, no es fácil entender hoy por qué los dos partidos se enzarzaron en esta contienda tan agria. Ambos contaban en sus filas con signatarios de la Declaración de Independencia y delegados a la Convención Constituyente. Alexander Hamilton, uno de los autores de los Papeles Federalistas, esa gran explicación de la Constitución, era federalista; Madison, otro de los más importantes, era republicano. Pero las diferencias calaban hondo, y esa frase oprobiosa, "el partido francés", da fe de las pasiones que agitaban la vida política nacional. Los federalistas tendían a identificarse con las clases altas, más interesadas en el orden; querían un gobierno federal fuerte y veían a Inglaterra con simpatías. Los republicanos hablaban, muchas veces en tonos populistas, en nombre de los agricultores y las clases más humildes; sospechaban del poder federal. Esas características generales cedían frecuentemente a la fuerza de las circunstancias: cuando Jefferson asumió la presidencia no vaciló en hacer valer con firmeza el poder federal. Pero, en el fragor de la contienda política, ambos partidos exageraban las características del otro. Para los republicanos, los federalistas favorecían tanto la autoridad central y las costumbres inglesas que no era difícil suponer que su verdadera finalidad política era la instauración de una monarquía. Para los federalistas, los republicanos eran jacobinos que, si alguna vez llegaban al poder, implantarían un reinado del terror a la francesa. Abigail Adams, la esposa del Presidente, escribió a un amigo en 1798 que el partido francés --los republicanos-- estaban "sembrando las semillas del vicio, la irreligión, la corrupción y la sedición" en todo el país.

Fue en este clima de resentimiento y sospecha que el Congreso aprobó y el Presidente promulgó la Ley de Sedición de 1798. Los federalistas dominaban ambas cámaras del Congreso y ocupaban la presidencia, pero temían el avance político de los republicanos. Creyeron que podrían detener ese avance si acallaban a los críticos del gobierno, especialmente en la prensa republicana, e hicieron de la supresión de la crítica la causa de su partido. El Senado propuso un proyecto de ley de sedición en junio de 1798, y lo aprobó, en votación rigurosamente partidaria, el 4 de julio, una fecha a todas luces escogida por sus patrocinadores para presentarlo como legislación patriótica. La Cámara de Representantes aprobó su versión seis días después, aunque los representantes republicanos lograron incluir una cláusula que disponía que la ley caducaría el 3 de marzo de 1801, el día en que concluía el período presidencial. El presidente Adams promulgó la ley el 14 de julio.

La Ley de Sedición tipificaba como delito, sancionable con un máximo de dos años de prisión y una multa de dos mil dólares, "escribir, imprimir, expresar o publicar . . . todo escrito falso, escandaloso y malicioso contra el gobierno de los Estados Unidos o una u otra cámara del Congreso . . . o el Presidente . . . con la intención de difamarlos . . . o desprestigiarlos o de concitar los ánimos del noble pueblo de los Estados Unidos contra ellos". La ley castigaba los insultos proferidos contra el Congreso o el Presidente pero, interesante y sugestivamente, no extendía su protección al vicepresidente Jefferson.

La ley castigaba la crítica política únicamente si era "falsa, escandalosa y maliciosa" y únicamente si su autor tenía la intención de difamar. Los federalistas señalaban que esas disposiciones la hacían mejor que el delito de libelo sedicioso en derecho común, en que la verdad no era defensa. Pero aunque esas disposiciones parecían prometer mucho, la realidad es que resultaron prácticamente inútiles a quienes se acusó de sedición a tenor de la nueva ley. Los tribunales federales --cuyos jueces habían sido nombrados todos por presidentes federalistas-- interpretaron el requisito de falsedad haciendo que el peso de probar la verdad recayera sobre el acusado; las críticas se suponían falsas a menos que el reo pudiera demostrar que eran absolutamente ciertas. Los tribunales aplicaron esta norma rigurosa aún a meras expresiones de opinión. Si el director de un periódico escribía que la política del gobierno llevaría al desastre, estaba obligado a demostrar que esa predicción era cierta, algo que, desde luego, no podía hacer. La malicia también se presumía, y la intención de difamar se infería de la publicación de palabras que tenían "mala tendencia", la vieja norma del libelo sedicioso en el derecho común. Otra característica supuestamente liberal de la ley era que el jurado podía decidir cuestiones de hecho y de derecho. Pero las instrucciones que los jueces daban a los jurados no les concedían latitud para decidir otra cosa que si el acusado había publicado la crítica de que se le acusaba. Además, las investigaciones modernas hacen suponer que los jueces y alguaciles federales se cercioraron de que los jurados en casos de sedición tuvieran mayorías federalistas.

Los federalistas de 1798 no han sido los únicos que se han valido de la política del temor. Ha habido ejemplos repetidos de lo que Richard Hofstadter ha llamado "el estilo paranoico en la política norteamericana". En el siglo XX, el Congreso aprobó muchas leyes infamantes de cualquiera, ya fuese ciudadano o visitante del país, de quien se abrigase la más mínima sospecha de comunismo; durante cuarenta años, los políticos cosecharon votos acusando a sus oponentes de no tener mano dura con el comunismo. La Ley de Sedición fue fruto de ese mismo fanatismo, de esos mismos cálculos políticos. Muchos federalistas probablemente hayan creído que sus opositores eran radicales peligrosos que serían la perdición del país; esa opinión se complementaba con la suposición, de corte claramente monárquico, de que los que ocupaban el poder tenían derecho a permanecer en él. Hablando en la Cámara en favor de la Ley de Sedición, John Allen, representante de Connecticut, exhortó a la asamblea: "Que

los caballeros examinen ciertos periódicos publicados en esta ciudad [Filadelfia, que a la sazón era la sede del gobierno] y en otros sitios y se pregunten a sí mismos si no existe una combinación indefendible y peligrosa para derrocar el gobierno con la publicación de las falsedades más desvergonzadas". Allen alegó que los periódicos críticos publicaban declaraciones que aseguraban que el gobierno se oponía al bienestar nacional y que "por lo tanto, debía deponérsele y que el pueblo debía alzarse en *insurrección* contra el gobierno". Sin mayor dificultad, Allen hizo la transición de crítica a insurrección. Los periódicos republicanos eran hostiles en su crítica, sí, pero su propósito era reemplazar al gobierno federalista no con una insurrección sino con el voto.

Un representante republicano de Pennsylvania, Albert Gallatin, que posteriormente desempeñó con gran habilidad la Secretaría del Tesoro durante el gobierno del presidente Jefferson, alzó su voz en la Cámara para oponerse al proyecto de ley: "Este proyecto de ley y quienes lo apoyan suponen en efecto que los que ven con desagrado las medidas del gobierno y de la mayoría temporal del Congreso y, de palabra o por escrito, expresan su desaprobación y su falta de confianza en los hombres que hoy están en el poder, son sediciosos, son enemigos, no del gobierno sino de la Constitución, y son merecedores de castigo". Gallatin concluyó diciendo que el proyecto de ley no era más que un arma que el partido en el poder se proponía utilizar "para perpetuar su autoridad y conservar sus puestos actuales".

Una vez concluido el debate, la Cámara consideró la constitucionalidad del proyecto de ley. Los republicanos arguyeron que la legislación propuesta trascendía las facultades del Congreso y era, por consiguiente, inconstitucional por dos razones. Primeramente, la Constitución original no había dado al gobierno federal poder alguno sobre la prensa. (Algunos de los autores de la Constitución así lo habían señalado en sus alegatos en defensa de la tesis de que no era necesario proteger a la prensa en la Declaración de Derechos). En segundo lugar, las cláusulas de la Primera Enmienda que hablan de la libertad de expresión y de prensa específicamente privaban al Congreso de la facultad de aprobar leyes de esa naturaleza. Los federalistas respondieron alegando que la facultad de impedir los ataques sediciosos en la prensa era incidencia necesaria en todo gobierno y que, por lo tanto, estaba prevista en la cláusula de la Constitución que autoriza al Congreso a aprobar todas las medidas "necesarias y apropiadas" para dar efecto a la autoridad que se le ha otorgado. Además, e invocando a Blackstone, aducían que la "libertad de la prensa" de que hablaba la Primera Enmienda se refería exclusivamente a la ausencia de restricciones previas.

Gallatin y el representante John Nicholas pronunciaron discursos bien argumentados en contra de la constitucionalidad del proyecto de ley. Gallatin se mofó de la interpretación que Blackstone y sus discípulos daban a la libertad de prensa y dijo que era "descabellado decir que el castigar un cierto acto no suponía limitar la libertad de realizarlo". Añadió con gran ingenio y agudeza que la teoría de Blackstone era "absurda" de la manera en que se la aplicaba a la cláusula de la Primera Enmienda

que consagraba la libertad de expresión. Si por "libertad" se entendía únicamente la ausencia de censura previa, preguntó Gallatin, ¿cómo podía el gobierno imponer restricciones previas a quien estaba en uso de la palabra? La cláusula de la libertad de expresión tuvo que haberse redactado de manera de privar al Congreso de "la facultad de sellar los labios o cortar la lengua de los ciudadanos de la Unión" porque éstos "eran los únicos medios con que se podían imponer restricciones previas a la libertad de expresión". Por su parte, Nicholas rechazó todo intento de distinguir la verdad de la falsedad o la libertad de la licencia en la expresión --distinciones que los federalistas habían recalcado en su defensa del proyecto de ley--, arguyendo que tal intento estaba reñido con la libertad. A toda crítica política vigorosa se la reputaría de falsa, aseguró Nicholas, y las imprentas "temerían publicar la verdad por cuanto, aunque fuese la verdad, no siempre estarían en condiciones de probarle a un tribunal que, en efecto, era la verdad". Con estas palabras Nicholas previó ya un importante elemento de la teoría de la libertad de expresión que se desarrollaría en el siglo XX: que la auténtica libertad debe dejar margen al error.

Los republicanos intentaron abrogar la Ley de Sedición a comienzos de 1799. La propuesta fue rechazada en la comisión y, en votación estrictamente partidista, también en el pleno de la Cámara de Representantes. Pero John Nicholas redactó el informe de la minoría en la comisión y en él desarrolló más la idea de la libertad de expresión. La lógica de la Ley de Sedición, escribió, provenía de la Gran Bretaña, cuya forma de gobierno era muy diferente de la de los Estados Unidos. "El rey es hereditario y, según la teoría de su gobierno, no puede actuar mal. Los funcionarios públicos son sus representantes y gozan parcialmente de la inviolabilidad real". Reciben, pues, "un tipo de respeto diferente", aclaró Nicholas, "del que resulta apropiado en nuestro gobierno, en el que los funcionarios gubernamentales son servidores del pueblo y receptivos a sus deseos, y pueden perder sus cargos en elecciones periódicas".

Pero la más importante de las voces que se alzaron para protestar de la Ley de Sedición fue la de Madison. Después de promulgada la ley, Jefferson y Madison decidieron intentar despertar oposición a ella en las asambleas legislativas estatales. Actuaron en secreto, temerosos --¡uno de los autores de la Constitución y el vicepresidente de los Estados Unidos!--de que se les pudiera encausar a tenor de la nueva ley. Jefferson redactó una resolución que llegó a la asamblea de Kentucky donde fue aprobada en noviembre. La resolución enarbolaba la bandera del federalismo: la Constitución reserva a los Estados toda facultad de legislar sobre cuestiones de prensa. La asamblea legislativa de Virginia aprobó resoluciones redactadas por Madison que argüían que la libertad de expresión y de prensa eran los guardianes indispensables de todo sistema republicano de gobierno. Las Resoluciones de Virginia protestaban de "las infracciones palpables y alarmantes de la Constitución" que ocurrían en la Ley de Sedición. Esa ley, sostenían las resoluciones, ejercía "un poder que no había sido delegado por la Constitución sino que, antes bien, estaba expresa y terminantemente prohibido por una de sus enmiendas -- un poder

que, más que ningún otro, debiera causar alarma universal porque va dirigido contra el derecho de examinar libremente figuras y medidas públicas y de informar libremente al pueblo de ello, un derecho que con toda justicia ha sido considerado el único guardián efectivo de todos los demás derechos".

Esas palabras de Madison, "el derecho de examinar libremente figuras y medidas públicas" han resonado a lo largo de los años como la premisa del sistema político norteamericano, la premisa madisoniana. Madison amplió el concepto en un Informe sobre las Resoluciones de Virginia que escribió a fines de 1799 y que la asamblea de Virginia aprobó en enero de 1800. De acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos, sostuvo Madison, "El pueblo y no el gobierno posee soberanía absoluta". Ello es "muy diferente" de la situación existente en Inglaterra, precisamente lo que Nicholas había dicho. "¿No es natural y necesario en tales circunstancias diferentes que se prevea un grado diferente de libertad en el uso de la prensa?" En América, prosiguió Madison, "la prensa ha ejercido libertad al analizar los méritos y las virtudes de hombres públicos de toda descripción que no se ha limitado a los estrictos confines del derecho común. Es sobre esta base que ha descansado la libertad de la prensa; sobre estos cimientos aún descansa".

Las Resoluciones de Virginia y el Informe de Madison marcan hitos en la historia de la libertad de expresión y la libertad de prensa en los Estados Unidos. Pero también había en Virginia otro punto de vista, plasmado en una "alocución de la minoría" de la Cámara de Delegados, que apoyaba la Ley de Sedición. Ese punto de vista alegaba que:

Asegurar que no existe el poder de castigar escritos que caen dentro de la descripción de esta ley [de Sedición] sería aseverar que nuestro país es incapaz de mantener su propia paz y de protegerse de los ataques de ciudadanos malvados que, incapaces de sosiego, se dedican sin cesar a la búsqueda de medios para alterar la tranquilidad pública. El gobierno se instituye y mantiene para la felicidad y la seguridad de todos; el pueblo, por consiguiente, está interesado en conservarlo y tiene el derecho de adoptar medidas, tanto contra conjuras secretas como contra hostilidades abiertas, que garanticen su seguridad. Pero el gobierno no puede protegerse si con falsedades y calumnias maliciosas se le priva de la confianza y el afecto del pueblo.

De nada sirve insistir en que la verdad acabará por prevalecer y que la calumnia, una vez que se la descubre, rebota al calumniador. La experiencia del mundo y nuestra propia experiencia demuestran que una línea continua de difamación termina por afectar la más alba de las reputaciones y por cubrir con el espeso velo de la sospecha la más pura de las conductas. Aunque las calumnias de facciosos y descontentos no envenenen la mente de la mayoría de los ciudadanos, sin duda infectan a un buen número y les llevarán a cometer actos que atentan contra el bienestar público y son nocivos para la seguridad general. El pueblo

tiene derecho a prevenir tales actos; es por ello que en todas las naciones del mundo en que la prensa es conocida se ha considerado indispensable tomar medidas que corrijan su libertinaje.

De acuerdo con Albert J. Beveridge, autor de la biografía más respetada del magistrado John Marshall, Presidente de la Corte Suprema, fue el propio Marshall quien redactó esa alocución de la minoría. (Fue elegido representante por el partido federalista en abril de 1799). Investigaciones históricas más recientes se la atribuyen a Henry Lee, otro federalista virginiano. Sea quien haya sido su autor, la alocución de la minoría es una clarísima expresión de las premisas políticas de la Ley de Sedición. Ante sus ojos el gobierno era una frágil criatura que era menester proteger de "ciudadanos malvados". Nada puede contrastar más con el criterio de Jefferson que sostiene que el gobierno democrático exige que se acepten riesgos y cambios. Ni con el punto de vista de Madison que postula la soberanía popular y, como corolario, el derecho del pueblo de decir lo que quiera sobre los que nombra temporalmente para que le gobiernen. Para el portavoz de la minoría, el gobierno era soberano y tenía derecho a preservarse; era un punto de vista muy inglés.

En lo tocante a la Primera Enmienda, el autor de la alocución de la minoría argüía muy ingeniosamente que la Ley de Sedición no violaba su garantía de la libertad de prensa. Esa misma Primera Enmienda, observó, rezaba: "El Congreso no hará ninguna ley con respecto del establecimiento de la religión". Pero cuando la enmienda se refería a la prensa, "las palabras con respecto de se suprimen, y al Congreso únicamente se le prohíbe aprobar ninguna ley que limite su libertad". Basándose en estas consideraciones, el autor anónimo sostenía que la cláusula relativa al establecimiento de la religión era una prohibición absoluta, en tanto que la que se refería a la libertad de prensa meramente prohibía la limitación de lo que a la sazón se entendía por "la libertad de la prensa". Acto seguido procedía a definir esa libertad en términos sumamente estrechos, como lo había hecho Blackstone y sin más latitud. "De hecho", escribió en su alocución de la minoría, "la libertad de la prensa es una expresión que posee un significado definido y cabalmente entendido. Significa la libertad de publicar sin censura previa, . . . más no la libertad de propalar con impunidad calumnias falsas y maliciosas que pudieran dar al traste con la paz y mutilar la reputación de personas y comunidades". (Como interpretación de la intención de los redactores de la Primera Enmienda, el argumento relativo a las palabras "con respecto de" es más que dudoso. Los autores querían prohibirle al Congreso que estableciera una iglesia nacional o que dispusiera el no establecimiento de las iglesias en los Estados que tenían religión oficial; esa expresión neutral "con respecto de" tenía por objeto impedir que el Congreso actuase de una forma u otra.)

La significación de la Ley de Sedición quedó de manifiesto con las acusaciones que produjo su aplicación. La crónica moderna más completa, *Freedom's Fetters* [Los Grilletes de la Libertad], de James Morton Smith, asegura que, durante la corta vida de la



ley, catorce hombres fueron acusados de violarla. Entre ellos se cuentan los directores y propietarios de los principales periódicos republicanos, el *Aurora* de Filadelfia, el *Independent Chronicle* de Boston, el *Argus* de Nueva York, el *American* de Baltimore, y el *Examiner* de Richmond. Otros dos periódicos del Estado de Nueva York, el *Time Piece* y el *Register* de Mount Pleasant, cesaron de publicarse cuando se les encausó a tenor de la Ley de Sedición. El *Bee* de New London, Connecticut, dejó de publicarse entre abril y agosto de 1800 porque su director, Charles Holt, estaba en prisión purgando pena por sedición. La mayoría de los casos se juzgaron en 1800, y no por casualidad. Timothy Pickering, Secretario de Estado del presidente Adams, fomentó las acusaciones por sedición con el ánimo de silenciar los principales periódicos jeffersonianos durante la contienda electoral de 1800 entre Adams y Jefferson.

La primera acusación por sedición no fue de un director de periódico sino de un representante republicano, Matthew Lyon, de Vermont. Se le acusó de haber escrito una carta al director que fue publicada por el *Journal* de Windsor, Vermont. Lyon decía estar más que dispuesto a respaldar un gobierno que procuraba la felicidad del pueblo, pero que no podía ser el "humilde abogado" de un poder ejecutivo "que codiciaba más y más poder, llevado por una sed desahogada de pompa ridícula, adulación necia y avaricia egoísta. . ." El documento acusatorio sostenía que esas palabras, "procaces, fingidas, falsas, escandalosas, sediciosas y maliciosas", constituían libelo criminal del presidente Adams. El juez que presidió el juicio fue el magistrado William Patterson, de la Corte Suprema. (En aquellos tiempos los magistrados de la Corte Suprema también actuaban como jueces de primera instancia y recorrían a caballo el distrito judicial que se les asignaba). En sus instrucciones, el magistrado Patterson le dijo al jurado que todo cuanto tenía que hacer era decidir si Lyon pudo haber hecho esas manifestaciones "con otra intención que no fuera la de hacer odiosos o despreciables al Presidente y al gobierno y ridiculizarlos. Si determinan que así es, el delito se ha cometido y deben pronunciar veredicto de culpabilidad". El jurado condenó a Lyon y el juez le impuso una pena de cuatro meses de prisión y una multa de mil dólares, además de costas judiciales por un monto de \$60.96. Aunque preso, Lyon fue reelegido representante. Su pena se cumplía el 9 de febrero de 1799, pero carecía de fondos para pagar la multa y las costas, y si no las pagaba debería permanecer encarcelado. Importantes figuras republicanas de todo el país recaudaron fondos para auxiliarle; el Senador Steven T. Mason de Virginia llevó el dinero en oro a Vermont y Lyon fue puesto en libertad entre el regocijo de los muchos que se habían congregado para recibirle. Regresó al Congreso con aureola de héroe y su acusación fue un tiro que les salió por la culata a sus enemigos.

Otro ejemplo aún más extremo de las aplicaciones de la Ley de Sedición fue el proceso de David Brown, un orador itinerante --en realidad un vagabundo-- que entre 1796 y 1798 recorrió el Estado de Massachusetts acusando al gobierno de especulaciones inmobiliarias primero y después de haber aprobado la Ley de Sedición y otras medidas contra los extranjeros. Después de hablar en Dedham en 1798, los ciudadanos de esa localidad

erigieron un poste de la libertad con un rótulo que rezaba: "Ni la Ley del Timbre, ni Sedición, ni Leyes de Extranjería, ni Impuestos Prediales; abajo los tiranos de América, paz y jubilación para el Presidente, vivan el Vicepresidente y la Minoría; que la virtud moral sea el fundamento del gobierno civil". De acuerdo con la Ley de Sedición, a Brown se le acusó de haber inspirado el poste de la libertad. En su juicio antes el federalista más notorio y furibundo de los jueces, el magistrado Samuel Chase de la Corte Suprema, asignado al circuito de Massachusetts, Brown se declaró culpable. El magistrado Chase le impuso una pena de dieciocho meses de prisión y una multa de \$480, explicando que imponía una pena tan severa por la "perversa industria" con que Brown hacía circular "sus doctrinas diluyentes y sus falsedades desfachatadas, y por los excesos tan alarmantes y peligrosos a que había intentado excitar a quienes no estaban informados". Brown no pudo pagar la multa cuando cumplió su pena en diciembre de 1800, y permaneció preso hasta que Jefferson asumió la presidencia el 4 de marzo de 1801 y perdonó a todos los condenados por la Ley de Sedición.

James T. Callender, panfletista político cuyas invectivas enfurecían a los federalistas, fue acusado de sedición en Virginia. Los cargos contra él se basaban en pasajes de un libro, publicado cuando apenas comenzaba la campaña electoral de 1800, en que tildaba al presidente Adams de "incendiario pelícano" y exhortaba a los votantes a "escoger, pues, entre Adams, guerra y miseria, y Jefferson, paz y competencia". (Harry Crosswell, federalista neoyorquino, fue acusado por libelo sedicioso en derecho común en 1803 por escribir que Jefferson le había pagado a Callender para que publicara esos pasajes). El magistrado Chase presidió las deliberaciones del gran jurado que formuló los cargos contra Callender y, posteriormente, el juicio en primera instancia. De tal manera atormentó a los abogados de Callender, desestimando con el mayor desenfado sus argumentos, que éstos se retiraron del caso. El jurado, compuesto en su totalidad de federalistas, condenó a Callender y el magistrado Chase le impuso una pena de nueve meses de prisión y una multa de \$200. Callender permaneció preso hasta que la Ley de Sedición caducó, pero los barrotes de su celda no bastaron para acallarle. Durante la campaña electoral escribió artículos desde prisión que los periódicos de Virginia publicaron, y atacó al magistrado Chase por haberse comportado como fiscal y no juez. El caso de Callender fue el más sonado de las acusaciones por sedición y, como muchos de los otros, hizo más daño a los federalistas que a los republicanos. Estos publicaron los autos del juicio y los utilizaron como prueba convincente de las veleidades tiránicas de los federalistas.

La Corte Suprema no se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley de Sedición porque ésta caducó antes que el tribunal tuviera oportunidad de considerar alguno de sus casos. Pero hay que resaltar que tres de los seis magistrados que integraban la Corte en 1800, Chase, Patterson y Bushrod Washington, habían presidido juicios resultantes de la ley sin revelar el más mínimo escrúpulo constitucional.

Como política táctica, la Ley de Sedición fue un desastre. Despertó la ira popular, pasó a ser tema candente en las elecciones de 1800, y fue factor de peso en la victoria de Jefferson sobre Adams. Los federalistas, que en esas elecciones también perdieron la mayoría en el Congreso, pronto desaparecieron como partido. Pero, sin proponérselo, la ley hizo una importante aportación al sistema norteamericano de gobierno. Hizo que grandes números de ciudadanos apreciaran la importancia de la libertad de expresión y la libertad de prensa en una democracia, la premisa madisoniana. Ya sea que los autores de la Primera Enmienda hayan tenido la intención de eliminar el delito de libelo sedicioso, la realidad es que diez años más tarde el peso de la opinión pública, informada y general, era tal que ese delito resultaba ya incompatible con el sistema constitucional norteamericano.

Jefferson perdonó sin demora a todos los que habían sido condenados por violaciones de la Ley de Sedición. Explicó sus razones en una carta de 1804 a Abigail Adams. (A pesar de la enemistad que les había separado antes de las elecciones de 1800, Jefferson sostuvo una larga y feliz correspondencia con John y Abigail Adams. Los dos hombres fueron íntimos amigos hasta su muerte, que acaeció el mismo día, el 4 de julio de 1826, el quincuagésimo aniversario de la Declaración de Independencia.) Decía Jefferson en su carta a la esposa de Adams:

Exoneraré a todos los castigados o procesados por la Ley de Sedición porque consideré entonces --y considero ahora-- que la ley era nula, tan palpable y absolutamente nula como si el Congreso nos hubiese ordenado que nos hincáramos de rodillas y adorásemos una imagen de oro; y que era mi deber impedir su ejecución en todas sus etapas, como también lo habría sido rescatar de la hoguera a quienes hubieran sido arrojados en ella por negarse a adorar la imagen.

Se ha dicho con frecuencia que el Congreso perdonó las multas de los condenados por la Ley de Sedición, pero el hecho es que no hubo reintegro general de las que ya se habían pagado. Muchos años más tarde, en 1840, el Congreso votó devolverles a los herederos del representante Mathtew Lyon la multa de mil dólares, los \$60.96 en costas judiciales, y los intereses devengados desde su condena. Otra ley de devolución, aprobada en 1850, reintegró con intereses la multa de \$400 que se le impuso al Dr. Thomas Cooper, panfletista de Pennsylvania que, antes de su muerte en 1839, hizo que su esposa le prometiera seguir exigiendo su devolución.

Cuando Jefferson pronunció su discurso de toma de posesión el 4 de marzo de 1801, la saña que había llevado a la Ley de Sedición fue reemplazada por una tradición norteamericana más noble. "Todos somos republicanos -- todos somos federalistas", dijo. "Si hubiese entre nosotros algunos que quisieran disolver la Unión o cambiar su forma republicana de gobierno, que nadie les moleste porque son monumentos a la seguridad con que las opiniones erróneas se pueden tolerar cuando la razón tiene libertad para combatirlos". Con esas palabras, la época en que a

**LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL**

Por más de un siglo después de aprobada la Primera Enmienda, sus cláusulas de protección de la libertad de expresión y la libertad de prensa apenas figuraron en los fallos de la Corte Suprema. Antes del estallido de la Primera Guerra Mundial, tan sólo un puñado de casos tuvieron que ver con la Primera Enmienda. Pero, repentinamente, las cuestiones de libertad de expresión adquirieron suprema importancia y fueron debatidas con gran intensidad en la Corte. A partir de 1919, y sin cesar de ese entonces, los magistrados se han esforzado por desentrañar el significado de las cláusulas sobre la libertad de expresión y de prensa --esas cláusulas al parecer tan simples-- en centenares de casos. Ha sido un extraordinario proceso de exploración, iluminado por abogados y juristas. Y el caso de libelo del concejal Sullivan vino a desempeñar un notable papel en él.

El hecho de que tan pocos casos de libertad de expresión y libertad de prensa hayan llegado a la Corte Suprema antes de 1919 pudiera resultar sorprendente, pero hubo razones para ello. La enmienda imponía limitaciones únicamente al gobierno federal, no a los Estados, como lo indica claramente su texto: "El Congreso no hará ninguna ley . . ." De hecho, Madison redactó y la Cámara aprobó una enmienda que protegía la libertad de expresión, prensa y religión, así como el juicio por jurado, de las cortapisas que los gobiernos estatales pudieran querer imponerles. Madison la consideró "la más valiosa" de todas sus propuestas, pero el Senado, más deferente para con los derechos de los Estados, la rechazó. (Jefferson, dicho sea de paso, no compartía el deseo de su gran amigo de proteger a la prensa de restricciones estatales. En su carta de 1804 a Abigail Adams sobre el tema de la Ley de Sedición, el tercer presidente añadió: "Ni tampoco eliminan el fallo de inconstitucionalidad y la consecuente nulidad de esa ley todos los límites al abrumador torrente de difamación que confunde vicio y virtud, verdad y falsedad, en los EE.UU. Ese poder lo poseen a plenitud las distintas asambleas legislativas estatales".) En 1833, en opinión de su Presidente, el magistrado John Marshall, la Corte Suprema confirmó que las disposiciones de la Declaración de Derechos se aplicaban únicamente al gobierno federal. Y no había leyes federales que restringieran la libertad de expresión o de prensa. Después de la Ley de Sedición de 1798, ciento diecinueve años transcurrieron antes que el Congreso se aventurase de nuevo en ese terreno.

Hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX, la Corte Suprema se concentró en la protección de los intereses económicos de los negocios. Descubrió en la regla de la Decimocuarta Enmienda que prohíbe privar a nadie de su libertad o sus bienes sin las debidas garantías procesales una "libertad de contrato" y la hizo valer, por ejemplo, determinando que las leyes que fijaban un máximo de horas laborales y limitaban la labor infantil eran inconstitucionales. Pero cuando se trataba de libertades personales garantizadas por las primeras diez enmiendas, la Corte solía interpretarlas al pie de la letra. Así, pues, en un fallo de 1897 los magistrados declararon: "No fue la intención de las primeras diez enmiendas a la Constitución,

comúnmente conocidas como la Declaración de Derechos, establecer principios originales de gobierno sino, simplemente, dar expresión a ciertas garantías e inmunidades que habíamos heredado de nuestros antepasados ingleses y que, desde tiempo inmemorial, habían sido objeto de ciertas salvedades claramente reconocidas, resultantes de las necesidades del caso".

Era así, de mala gana, a regañadientes, que la Corte consideraba en aquel entonces los casos de libertad de palabra y de prensa. Los decidía sin tan siquiera reconocer cuestiones de libertad de expresión. Y cuando lo hacía, seguía la lógica de Blackstone y el libelo sedicioso, afirmando que, en aras de los intereses de la sociedad, se podía castigar la expresión que revelaba "mala tendencia". (En términos jurídicos, la expresión que tenía "mala tendencia" era la que pudiera en algún momento tener consecuencias sociales indeseables. La regla no definía específicamente ni la duración del plazo ni la clase de consecuencias. En la práctica, lo que se condenaba por tener "mala tendencia" era toda expresión que los jueces estimasen que los ciudadanos dignos considerarían moral o políticamente afrentosa.) En el caso de *Patterson contra Colorado*, en 1907, a un director de periódico se le declaró en desacato del tribunal por haber criticado a un juez y no se le permitió alegar que su crítica estaba bien fundada; Patterson argumentó que esa regla le privaba de las garantías procesales a que la Constitución le daba derecho. El magistrado Oliver Wendell Holmes, Jr., ciñéndose a los preceptos de Blackstone, señaló que "el propósito principal" de las garantías de libertad de palabra era impedir la imposición de "censuras previas a las publicaciones", pero que "no impiden el castigo subsiguiente de las que puedan juzgarse contrarias al bienestar público". Desestimando el derecho que el director invocaba de esgrimir la verdad como defensa, Holmes dijo que las aseveraciones ciertas y veraces podían ser punibles si causaban daños sociales, como pudieran hacerlo los comentarios que "tienden a obstruir la administración de justicia". De acuerdo con este criterio, la libertad de expresión no era más que una quimera por cuanto todo --o casi todo-- "puede juzgarse contrario al bienestar público". El profesor David M. Rabban, especialista en este período de historia judicial, ha escrito: "Las sentencias de la Corte Suprema en la generación anterior a la Primera Guerra Mundial reflejaban un tradición de franca hostilidad al valor de la libertad de expresión".

Pero en otros círculos comenzaba ya a fraguar un enfoque muy diferente de la libertad de expresión y la tradición norteamericana. A partir del primer decenio del siglo XX, varios tratadistas muy respetados publicaron obras en que sostenían que el significado de la libertad de expresión era mucho más amplio en los Estados Unidos que en Inglaterra. *Freedom of the Press in the United States* [Libertad de Prensa en los Estados Unidos], un ensayo publicado en 1914 por Henry Schofield, mostró que muchos opúsculos publicados en las Trece Colonias antes de la Revolución habrían sido sediciosos en derecho común de acuerdo con la definición de Blackstone. Schofield llegó a la conclusión de que "uno de los objetos de la Revolución fue liberarse del derecho común inglés en lo referente a la libertad de expresión y la libertad de prensa". La Primera Enmienda, dijo, había legalizado

la publicación de "la verdad en . . . asuntos de interés público". Schofield estableció una distinción entre comentarios públicos o políticos, que debieran estar protegidos, y comentarios sobre asuntos particulares, que no debieran gozar de ese amparo. Schofield criticó también a la Corte Suprema y a otros tribunales por decir que la Primera Enmienda era "únicamente declaratoria del derecho consuetudinario y antirrepublicano inglés de la época de Blackstone". Los jueces parecían haber olvidado, añadió, que los autores de la Constitución no se distinguían por "su acogida del derecho común inglés" sino, más bien, por su adaptación de las corrientes democráticas del pasado "a una nueva carrera de libertad popular y justicia igualitaria".

Poco después, en 1917, Estados Unidos entró en la Primera Guerra Mundial. El talante nacional se tornó violentamente patriotero. Nadie podía estar en desacuerdo con la guerra. Los nombres alemanes se transformaron y americanizaron; el *sauekraut* pasó a llamarse col de la libertad. Fue en esta atmósfera caldeada que el Congreso aprobó la Ley de Espionaje. Entre muchas otras cosas, la ley tipificaba como delito, punible con un máximo de veinte años de prisión, "causar o intentar causar insubordinación, deslealtad o motín o incumplimiento del deber en las fuerzas militares o navales" cuando Estados Unidos se encontraba en guerra, u "obstruir a sabiendas el servicio de reclutamiento o de enganche". Cientos de personas fueron procesadas a tenor de esta ley simplemente por hablar o escribir en términos negativos. La crítica más inocua de la política del gobierno o la mera discusión de ideas pacifistas se tenía por violación de la Ley de Espionaje. Los jueces indicaban a los jurados que debían condenar al acusado si determinaban que sus palabras habían sido "desleales". Era la Ley de Sedición rediviva.

Un mes después de la aprobación de la Ley de Espionaje, el Director General de Correos, Albert Burleson, dispuso que la revista *The Masses*, que se describía a sí misma como "revista revolucionaria mensual", fuese excluida del sistema postal federal. Burleson alegó que cuatro artículos y cuatro caricaturas contra la guerra y la conscripción, publicados en el número de agosto de 1917, eran violaciones de la Ley de Espionaje. *The Masses* acudió a los tribunales para impetrar un mandamiento que evitase su exclusión del correo. El caso se ventiló en el tribunal de Learned Hand, en ese entonces juez federal de primera instancia, ascendido posteriormente a la corte federal de apelaciones y, durante muchos años, uno de los jueces norteamericanos más distinguidos. El juez Hand falló en favor de *The Masses* y le prohibió al administrador de correos de Nueva York tomar medidas contra la revista. Este fallo fue anulado sin demora por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, y se perdió de vista en el tropel de casos de la Ley de Espionaje contra oradores y editores. El caso quedó en el olvido hasta que el profesor Gerald Gunther, biógrafo del juez Hand, comenzó a destacarlo en 1970. Fue entonces que se reconoció que el fallo de Hand era, en efecto, el primer planteamiento judicial en los Estados Unidos de los valores de la libertad de expresión y la libertad de prensa.

Los artículos y las caricaturas de *The Masses* eran, había dicho el juez Hand, "un ataque virulento a la guerra". Pudieran, "desgraciadamente", fomentar desacuerdo con ella. Pero, señalaba el Juez, "caían dentro del derecho de criticar, ya sea con razonamientos moderados o con invectiva indecente y sin moderación, que es normalmente privilegio del individuo en los países que dependen de la libre expresión de la opinión como fuente definitiva de autoridad". Suprimir declaraciones porque éstas pudieran hacer mudar a alguien de parecer significaría "la supresión de toda crítica hostil y de todas las opiniones salvo las que promovieran y defendieran la política existente o las que cayeran en el terreno de los razonamientos moderados. Contradice la suposición normal de los gobiernos democráticos de que la supresión de la crítica hostil no depende de la justicia de sus argumentos ni de la corrección ni el decoro de su tono." Añadió el juez Hand que la ley debiera interpretarse de manera de considerar delitos únicamente la incitación directa al motín, la insubordinación y otras actividades parecidas, y que no había encontrado incitaciones de ese tipo en *The Masses*. "Asimilar la agitación, que como tal es legítima, a la incitación directa a la resistencia violenta es hacer caso omiso de la tolerancia de todos los métodos de agitación política que, en tiempos normales, es la salvaguarda de los gobiernos libres. Esta distinción no es un subterfugio escolástico sino una conquista ganada a alto precio en la lucha por la libertad. . ."

Fue un fallo valeroso, pronunciado en un momento en que el pacifismo y las opiniones radicales de todo tipo estaban muy mal vistos en el país. Fue una decisión, además, que marcó nuevos derroteros. El juez Hand se apartó de la noción de Blackstone, prohibida por sus discípulos, de que la expresión está protegida únicamente de censura previa, e impuso normas muy exigentes al castigo subsiguiente de la libre expresión. Rechazó el punto de vista tradicional que sostenía que la expresión podía castigarse si tenía "mala tendencia", arguyendo por el contrario que se la podía castigar únicamente si las palabras en sí incitaban a cometer ilícitos. Si se hubiera aplicado esta norma, la mayoría de las acusaciones de la Ley de Espionaje no habrían tenido éxito. Un cambio aún más profundo, señalado por el profesor Vincent Blasi, estaba encerrado en el criterio de Hand de que la libertad de expresión, incluso la crítica hostil, es "fuente definitiva de autoridad" en una democracia. Hasta ese momento, los jueces no habían considerado la expresión como nada especial; era meramente uno de los muchos derechos que reclamaba el individuo en su deseo de quedar libre de controles oficiales, derechos que, a fin de cuentas, tenían que respetar los intereses primordiales de las comunidades. Pero Hand sostenía ahora que el interés primordial de la comunidad era la libre expresión. Esa misma crítica que los funcionarios gubernamentales aborrecen es lo que da legitimidad al gobierno. La libertad de expresión, dicho de otra manera, es componente esencial del gobierno popular. En un país en que los ciudadanos son soberanos, no se les puede castigar por estar en desacuerdo con quienes nombran temporalmente para que les gobiernen. El juez Hand no citó a Madison, y no se sabe si había leído el Informe de éste sobre las Resoluciones de Virginia. Pero su enfoque recordaba las palabras

de Madison: "el pueblo y no el gobierno posee la soberanía absoluta" y tiene el derecho de examinar libremente "figuras y medidas públicas".

La Corte Suprema pronunció sus primeros fallos sobre la Ley de Espionaje en marzo de 1919. Fueron tres casos, todos decididos por unanimidad. El magistrado Holmes redactó las opiniones, que distaban mucho de estar imbuidas del espíritu libertario que el juez Hand había mostrado en *The Masses*. En un párrafo en la opinión del primer caso, *Schenck contra Estados Unidos*, Holmes trató el tema de la Primera Enmienda. Se retiró, al parecer con renuencia, de su pronunciamiento en *Patterson contra Colorado* en 1907 en que afirmaba que "la libertad de expresión" en la Primera Enmienda no tenía más significado que el que le atribuía la estrecha interpretación de Blackstone. "Bien pudiera ser", escribía Holmes doce años después, "que la prohibición de leyes que limiten la libertad de expresión no se circunscriba a censura previa . . . como se da a entender en *Patterson contra Colorado*", aunque impedir las restricciones previas "pudo haber sido el propósito principal" de las cláusulas de libertad de expresión y de prensa de la Primera Enmienda. Pero aun cuando la Primera Enmienda amparase algunas formas de expresión del castigo subsiguiente, ello no servía de nada a los acusados, que habían hecho circular entre los conscriptos folletos en que se tildaba de esclavitud al servicio militar obligatorio. "Reconocemos", escribió Holmes, "que en muchos sitios y en tiempos normales, los acusados habrían estado en su derecho constitucional de decir todo cuando se dijo en la circular. Pero el carácter de cada acto depende de las circunstancias en que se realiza. La más rigurosa protección de la libertad de expresión no bastaría para proteger al hombre que falsamente da la voz de fuego en un teatro y desata el pánico". (Esta imagen del falso grito de fuego en un teatro lleno se hizo famosa, pero no se ajusta a las críticas a la política del gobierno.) "Cuando una nación está en guerra", continuó Holmes, "muchas cosas que pudieran decirse en tiempo de paz suponen tales obstáculos a sus esfuerzos que su expresión no ha de tolerarse mientras haya hombres que empuñen el fusil".

El fallo no se apartaba mucho --si es que algo se apartaba-- de la tradición de desatención a la importancia de la libertad de expresión que existía en la Corte Suprema. No asomaba en sus páginas el menor indicio del criterio del juez Hand que sostenía que la libertad de palabra no era un lujo personal sino una necesidad social en toda democracia. Pero el fallo de *Schenck* contenía dos oraciones que resultaron de importancia crítica para la evolución de la doctrina de la libertad de expresión: "La cuestión que se plantea en cada caso", escribió Holmes, "es si las palabras que se utilizaron se emplearon en circunstancias tales, y son de tal naturaleza, que crean un peligro claro y presente de que acarreen los males apreciables que el Congreso tiene el derecho de prevenir. Es una cuestión de proximidad y de grado".

"Un peligro claro y presente". Esas crípticas palabras de Holmes han atormentado a generaciones posteriores de estudiantes de derecho . . . y de jueces. ¿De qué grado de amparo gozaba realmente la expresión si se la podía castigar cuando presentaba



"peligro claro y presente" de un "mal apreciable"? ¿Qué tipo de mal tiene el Estado el derecho de reprimir? Pero cuando Holmes escribió esas palabras, lo más seguro es que no tuviera intención de sentar una regla que protegiese la libertad de expresión. Cuando años más tarde se le preguntó de dónde le había venido la idea, se remitió a su propio libro de 1881, *The Common Law*, y al tratamiento que en él da a los conatos de delitos. Un acto puede castigarse como conato criminal, escribió, si, de haber tenido "su efecto natural y probable" hubiese causado un delito. El profesor Rabban ha argumentado persuasivamente que Holmes consideraba el folleto de Schenck como un conato que, si algo más hubiese sucedido, habría podido repercutir negativamente en los esfuerzos bélicos del país. Considerando la gravedad de ese mal en potencia, Holmes estaba dispuesto a castigar el acto en un punto más distante que lo acostumbrado de la realización del mal, de hecho, a castigarlo en un punto completamente remoto de todo mal real a los esfuerzos bélicos.

La distancia de ese punto quedó en claro en el tercer caso de la Ley de Espionaje decidido en marzo de 1919. El acusado era Eugene V. Debs, jefe del partido socialista, cinco veces candidato a la presidencia de la república. Debs fue procesado por un discurso que pronunció en Canton, Ohio, en junio de 1918, y que Holmes describió así: "El tema principal del discurso era el socialismo, su desarrollo, y una profecía de su triunfo final. . . . [Debs] comenzó diciendo que acababa de regresar de una visita a la institución correccional en que tres de sus más leales camaradas estaban purgando el castigo de su devoción a la clase obrera -- [hombres] condenados por ayudar e incitar a otro a no inscribirse para la conscripción. Dijo que tenía que ser prudente y que pudiera no estar en condiciones de decir todo lo que pensaba, indicando así a quienes le escuchaban que podían inferir que quería decir más, pero sí dijo que a esas personas se las estaba castigando por su postura vertical y por haber deseado preparar el camino para una vida mejor para todo el género humano . . . [Debs] se dirigió personalmente al jurado, y aunque sostuvo que su discurso no justificaba los cargos, dijo: 'Se me ha acusado de obstruir la guerra. Lo admito. Aborrezco la guerra, señores. Me opondría a la guerra aunque tuviera que hacerlo solo'".

Por su discurso de Ohio, a Debs se le condenó por obstruir el reclutamiento de las fuerzas armadas en violación de la Ley de Espionaje y se le impuso una pena de diez años de prisión, de los que cumplió tres. (Compárese su situación con lo sucedido cincuenta años después durante la guerra de Vietnam. Los que se oponían a esa guerra emplearon palabras muchísimo más fuertes que Debs, pero nadie fue a prisión simplemente por hablar.)

El abogado de Debs en la Corte Suprema, Seymour Stedman, de Chicago, estableció un paralelo entre la Ley de Espionaje, según el gobierno quería aplicarla al discurso de Debs, y la Ley de Sedición de 1798. El "sino" de esta última, apuntó Stedman, "ha sido aceptado hasta hoy como definición tan concluyente de la constitucionalidad de tales leyes, que nuestros tratadistas han dado por anacrónico el delito de libelo sedicioso". Citó a

continuación escritos académicos sobre las cláusulas de libertad de expresión y de prensa de la Primera Enmienda.

Gilbert E. Roe, de Nueva York, prominente abogado defensor de las libertades civiles, radicó en condición de *amicus curiæ* otro memorial en que pedía que la Corte Suprema anulase la condena de Debs. Roe se basaba principalmente en el historial de la Ley de Sedición. Decía que el Congreso había reintegrado las multas que se habían impuesto a los condenados por la ley. Citaba las Resoluciones de Virginia que protestaron de la ley y el Informe de Madison. Citaba también la carta de Jefferson a Abigail Adams en que explicaba por qué había perdonado a todos los condenados por la ley. "En este sentido es preciso mencionar otro hecho", añadió Roe, "el pueblo hizo del Informe [de Madison] un documento para la campaña que llevó a la elección del Sr. Jefferson, y la abrumadora derrota de sus oponentes fue una clara declaración por parte del pueblo de que aprobaba su opinión de que la [Ley de Sedición] era inconstitucional".

Saliéndose de lo acostumbrado, la Secretaría de Justicia radicó un memorial especial en respuesta al de Roe. Fue redactado por John Lord O'Brian, que posteriormente se distinguió en Washington por su interés por las libertades civiles, y por Alfred Bettman. En lo referente a la Ley de Sedición, O'Brian y Bettman señalaron que era menester recordar que las Resoluciones de Virginia, el Informe de Madison y otras impugnaciones de la ley "se hicieron al calor de la campaña electoral antifederalista de 1798 y 1799, y que, después de todo, estas resoluciones y estos informes tienen un carácter marcadamente partidista". Señalaron acto seguido el informe de la minoría de la Cámara de Delegados de Virginia, compuesto por John Marshall, que interpretaba la Primera Enmienda de manera muy estrecha y citaron numerosos pasajes de ese documento. Citaron también la decisión de 1897 de la Corte Suprema que decía que las primeras diez enmiendas no eran más que garantías de derechos ya establecidos en Inglaterra. El memorial de Roe, por el contrario, sugería que la Primera Enmienda, al igual que otras disposiciones de la Constitución, "se había adoptado para echar por tierra la tiranía británica y no para perpetuarla". (Roe, *en passant*, no pudo reprimir un comentario acerbo sobre la mezquina definición que Blackstone daba a la libertad de la prensa. Observando que Blackstone también había creído en la brujería, Roe concluyó triunfalmente que "no hay más razones para aceptar sus creencias sobre lo uno que sobre lo otro cuando se trata de determinar el grado de libertad en este país hoy en día.")

El juez Holmes permaneció impasible ante los argumentos constitucionales que se hicieron en favor de Debs. Confirmó su condena en un fallo que ni siquiera abordó cuestiones constitucionales, diciendo que su dictamen en el caso *Schenck* ese mismo día había "dispuesto" de ellas. Siguiendo el punto de vista que prevalecía en el momento --que la expresión se podía castigar si tenía "mala tendencia"--, Holmes falló que había pruebas "para justificar el veredicto del jurado de que uno de los propósitos del discurso . . . era oponerse no sólo a la guerra en general sino a esta guerra, y que esa oposición se había expresado de

manera tal que su efecto natural y deseado sería obstruir el reclutamiento".

Muchos que generalmente alababan a Holmes le criticaron, sin embargo, por el papel que desempeñó en los tres primeros dictámenes de la Ley de Espionaje, especialmente en el caso *Debs*. Los liberales le tenían por héroe a causa de sus opiniones disidentes --incisivas, aforísticas-- en casos en que la Corte Suprema había anulado leyes de reforma económica. Cuando el Congreso aprobó una ley que prohibía, por ejemplo, el despacho interestatal de productos fabricados con el trabajo de niños, la mayoría de la Corte Suprema determinó que la ley infringía los poderes de los Estados. En su opinión disidente, el magistrado Holmes observó que la Corte Suprema había afirmado el derecho del Congreso de restringir el comercio de bebidas alcohólicas. "Esta Corte no debe sostener", escribió, que la regulación "es permisible en el caso del licor pero no en el del producto de vidas destrozadas".

Holmes creía, en general, que la mayoría debía prevalecer, aunque él no estuviese de acuerdo. Este fue el criterio que adoptó en estos tres primeros casos de la Ley de Espionaje, pero para sus críticos, la supresión de la libertad de palabra era muy diferente de la supresión de la labor infantil. El profesor Ernst Freund, uno de los primeros proponentes de una interpretación más generosa de la libertad de palabra, criticó el opinión de Holmes en un artículo publicado dos meses después en *The New Republic* [*La Nueva República*]. Sostuvo que la analogía que Holmes había hecho entre gritar fuego sin motivo y la expresión política era "manifiestamente impropia". De nada servía depender de los jurados, dijo, cuando se reprimían las opiniones que no eran populares. La libertad de expresión era un "don precario" si debía "someterse a las conjeturas del jurado en cuanto a sus motivos, tendencias y posibles efectos".

El juez Hand también se hizo escuchar, pero en privado y de manera delicada. Hand había entablado correspondencia con el magistrado Holmes a raíz de un encuentro entre ambos en un tren el 19 de junio de 1918. (Esa correspondencia fue descubierta y publicada en 1975 por el profesor Gunther.) Es manifiesto que los dos juristas hablaron de la libertad de prensa porque, tres días después de su encuentro en el tren, Hand le escribió a Holmes: "Me rendí más fácilmente que lo que hoy lo haría con respecto de la Tolerancia. . . . Ahí tomo mi posición. Las opiniones son, en el mejor de los casos, hipótesis provisionales, insuficientemente probadas. Mientras a más pruebas se las somete, y después de examinar minuciosamente esas pruebas, mayor seguridad podemos tener, sin llegar nunca a extremos absolutos. Tenemos que ser tolerantes, pues, de las opiniones opuestas. . . ." Holmes respondió afectuosamente, pero sin dejar dudas de que no estaba de acuerdo. "La libertad de expresión", escribió, "no es diferente de la libertad de inmunización". (En 1905, la Corte Suprema, a la que ya pertenecía el magistrado Holmes, había ratificado una ley de Massachusetts que hacía obligatorias las vacunas, desestimando las objeciones a ella formuladas sobre fundamentos religiosos.) Poco después del fallo en el caso *Debs* en 1919, Hand volvió a escribirle a Holmes. Fiel a su opinión en

*The Masses*, sugirió que la expresión debía ser punible únicamente cuando fuera "directamente una incitación" a la ilegalidad. No se debe confiar en los jurados, explicó, "porque los casos se suscitan cuando los ánimos se excitan". Permitir que los jurados decidieran si las palabras "tienden" a tener malos resultados "servirá para intimidar --para meter miedo-- a muchos hombres que pudieran moderar los rigores del sentimiento popular. Me consta que así fue en 1918". A lo que Holmes respondió: "Mucho me temo que no entiendo lo que me quiere decir".

El comentario más significativo durante el período que siguió a las primeras sentencias de la Ley de Espionaje fue un artículo del profesor Zaccariah Chafee, Jr., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, titulado "La Libertad de Prensa en Tiempo de Guerra", publicado en el número de junio de 1919 de *Harvard Law Review* [Revista Jurídica de Harvard]. Acaso haya sido el artículo más oportuno que se haya publicado en una revista académica. Chafee creía firmemente en la libertad de expresión e hizo acopio de todas las pruebas históricas posibles (y de algunas que no lo eran) para demostrar que la Primera Enmienda tenía un amplio manto de protección sobre la expresión, aun en las agitadas condiciones que existían en tiempos de guerra. Decía Chafee en su artículo que los autores de la enmienda habían querido "eliminar el derecho común de sedición y hacer imposible para siempre en los Estados Unidos todo procesamiento futuro por críticas del gobierno, siempre que no se incitara a la ilegalidad". Sostenía que la enmienda era "una declaración de política nacional en favor del debate público de todas las cuestiones públicas". La Ley de Sedición de 1798 había sido un intento de resucitar la doctrina del libelo sedicioso y había "demostrado ser tan desastrosa" que un siglo había transcurrido sin que hubiera habido otra ley así. Chafee postulaba que la determinación de criminalidad era esencial y que la expresión no podía ser libre si se la castigaba por la "tendencia" a hacer daño. "La cuestión que de veras está en debate en toda controversia sobre la libertad de expresión", escribió, "es si el Estado puede castigar todas las palabras que tienen alguna tendencia --por remota que ésta sea-- a ocasionar actos que violen la ley o únicamente las que directamente incitan a actos que violen la ley". Su tema era el mismo que el del juez Hand.

Habida cuenta de su consagración a la libertad de expresión y de la lógica de sus argumentos, cabía esperar que Chafee impugnara las tres decisiones de la Ley de Espionaje en marzo y los fallos del magistrado Holmes. Pero no fue así. Antes bien, elogió a Holmes por esas palabras, tal vez impensadas, en el fallo de *Schenck*, "peligro claro y presente". Según Chafee, eran un golpe, astuto y deliberado, que Holmes había asestado para proteger la libertad de expresión. Había introducido una doctrina, aseguraba Chafee, que hacía "imposible castigar las palabras por su mala tendencia". Chafee reconocía que Holmes había sacado esas palabras del derecho de conatos criminales, pero aseguraba que Holmes había querido decir que "un conato debía acercarse peligrosamente al éxito" antes que se le pudiera castigar. Criticó la sentencia en *Debs*, pero únicamente porque no se había ceñido al significado auténtico de "peligro claro y

presente". El jurado condenó a Debs porque "creyó que sus palabras tendían a causar resistencia a la conscripción", pero debió haberle condenado únicamente si se hubiera podido demostrar que las palabras de Debs creaban un "peligro claro y presente" de actividades ilegales. Chafee claramente interpretó a su aire el pensamiento de Holmes cuando llegó a la conclusión de que éste, en el fallo en *Debs*, "está esencialmente de acuerdo con la conclusión a que llegaron el juez Hand, Schofield [el tratadista que escribió la monografía de 1914 sobre la libertad de prensa], y las investigaciones de la historia y el propósito político de la Primera Enmienda".

En octubre de 1919, la Corte Suprema escuchó alegatos en otro caso de la Ley de Espionaje, *Abrams contra Estados Unidos*. En este caso, los acusados habían sido acusados de acuerdo con las enmiendas a la ley que el Congreso había aprobado en 1918. Estas enmiendas, aprobadas en una atmósfera de histeria bélica dirigida contra traidores y revolucionarios, venían a ser una nueva Ley de Sedición. Hacían ilícito "expresar, imprimir, escribir o publicar lenguaje desleal, irreverente, procaz o insultante" sobre la Constitución, las fuerzas armadas, los uniformes militares o la bandera, o "proponer toda limitación de la producción" de las cosas "necesarias o esenciales para proseguir la guerra". La pena máxima se incrementó a veinte años de prisión y una multa de \$10,000.

Los acusados en el caso *Abrams* eran cuatro refugiados de los pogroms y la tiranía de la Rusia zarista. Tres de ellos eran anarquistas y el cuarto socialista, y todos estaban indignados con la decisión del presidente Wilson de despachar tropas norteamericanas a Rusia a raíz de la revolución bolchevique. En la noche del 22 de agosto de 1918, ejemplares de dos folletos que el cuarteto había redactado --aunque no firmado-- cayeron a las calles del *Lower East Side* [la parte baja oriental] de Manhattan, arrojados desde la azotea de un edificio. Los folletos, uno en inglés y el otro en yiddish, atacaban la intervención de Wilson. La versión en yiddish llevaba por titular: "¡¡Trabajadores - Despertad!!" Comenzaba así: "¡Su Majestad el Sr. Wilson y el resto de la pandilla, perros de varios colores, han puesto fin a los preparativos para la emancipación de Rusia!" Los folletos instaban a una huelga general para protestar contra la intervención en Rusia. Los cuatro reos fueron acusados de intentar entorpecer la guerra que Estados Unidos libraba contra Alemania. Todos fueron condenados y tres de ellos recibieron penas de veinte años de prisión; a la cuarta, Mollie Steimer, que en ese entonces tenía veinte años de edad, se le impusieron quince años de reclusión penal. (La historia completa de los acusados y del caso fue publicada por el profesor Richard Polenberg en su libro *Fighting Faiths* [*Fes Militantes*]. Los cuatro penados fueron excarcelados en 1921 con la condición de que regresaran a la Unión Soviética. Mollie Steimer y Jacob Abrams no tardaron en tener problemas con la nueva tiranía instituida en el país y emigraron a México. Hyman Lanchowsky y Samuel Lipman permanecieron en la U.R.S.S. y acabaron por perder la vida violentamente, el uno en el terror estalinista, el otro a manos de los nazis.)

La Corte Suprema decidió el caso en noviembre de 1919. Su sentencia, anunciada por el magistrado ponente John H. Clarke, reconocía que la finalidad de los acusados bien pudo haber sido auxiliar a la revolución rusa, lo que no era delito. Pero el lenguaje utilizado en sus folletos tenía el efecto de entorpecer el esfuerzo bélico contra Alemania, y los acusados eran "responsables de los efectos que sus actos tenían la probabilidad de producir". La Corte ratificó las condenas. El resultado no era inesperado, habida cuenta de los fallos de marzo de ese año. Pero el caso *Abrams* tuvo una sorpresa: el magistrado Holmes y el magistrado Louis D. Brandeis pronunciaron opiniones disidentes.

Holmes ratificó sus fallos de marzo -- o al menos dijo hacerlo. "No he visto nunca razón para dudar", escribió, "de que las cuestiones de derecho que fueron las únicas que esta Corte consideró" en los casos anteriores "habían sido decididas correctamente". Estados Unidos tenía la facultad de castigar las expresiones que producen o que tienen la intención de producir un peligro claro e inminente de que acarreen de inmediato ciertos males apreciables. . . ." Pero al replantear su fórmula de "peligro claro y presente", Holmes le añadió otros dos calificativos más urgentes: "inminente" y "de inmediato". Prosiguió con una explicación que hizo más concreto su pensamiento:

Es únicamente el peligro presente de un mal inmediato o de la intención de producirlo que justifica que el Congreso imponga límites a la expresión de opiniones que no atañen a derechos privados. El Congreso ciertamente no puede prohibir todos los esfuerzos por hacer cambiar de parecer al país. Nadie puede suponer que la publicación subrepticia de un folleto absurdo por un hombre desconocido, de no mediar algo más, presente el peligro inmediato de que sus opiniones entorpezcan el éxito de las armas del gobierno o tengan la más mínima tendencia apreciable de hacerlo. . . . En este caso se han impuesto penas de veinte años por la publicación de dos folletos que, en mi opinión, los acusados tenían tanto derecho de publicar como el gobierno tiene de publicar la Constitución de los Estados Unidos que ahora invoca en vano. Aun cuando me equivocase en mi apreciación y de estos tristes y enclenques tractos anónimos se pudiera extraer suficiente jugo para hacer cambiar de color el papel tornasolado jurídico . . ., me parece que todo lo que podría imponérseles es el castigo más puramente nominal, a menos que se quiera hacer sufrir a los acusados no por lo que se alega en el documento acusatorio sino por el credo político que profesan, un credo que, cuando se sustenta sinceramente, como parece sustentársele en este caso, es en mi opinión el credo de la ignorancia y la falta de madurez, pero que, a pesar de haber sido objeto de interrogatorio durante el juicio, nadie tiene el derecho tan siquiera de considerar cuando se trata de los cargos que se ventilan ante la Corte.

Si el juez Holmes hubiese concluido así su decisión, ésta habría sido memorable. Había dejado en claro, con elocuente pasión, que se habían impuesto sentencias bárbaras por la publicación de palabras que únicamente el fanatismo inducido por la guerra podía considerar amenazadoras para el esfuerzo bélico

nacional. Pero Holmes no lo concluyó así. Amplió su crítica tácita de que a Abrams y a los demás se le había juzgado por su militancia anarquista y socialista, y cerró su fallo con un pasaje que es preciso reproducir en su totalidad:

Encausar por expresar opiniones me parece perfectamente lógico. Si uno no duda de sus premisas ni de su poder y desea un cierto resultado de todo corazón, uno naturalmente expresa sus deseos en la ley y barre toda oposición. Permitir la expresión de oposición parece indicar que uno estima que la expresión es impotente, como cuando alguien dice que ha cuadrado el círculo, o que a uno de veras no le importa el resultado, o que abriga dudas de sus premisas o de su poder.

Pero cuando los hombres se percaten de que el tiempo ha dado al traste con la fe de militantes, acaso lleguen a creer --más aún que en los fundamentos mismos de su propia conducta-- que el bien que en definitiva desean se puede lograr mejor con el libre comercio de ideas, que la mejor prueba de la verdad es la facultad del pensamiento de hacerse aceptar en la competencia del mercado, y que la verdad es el único terreno en que sus deseos pueden llevarse a cabo con seguridad.

Esa es, al menos, la teoría de nuestra Constitución. La Constitución es un experimento, como lo es la vida misma. Todos los años, por no decir todos los días, tenemos que hacer depender nuestra salvación de alguna profecía basada en conocimientos imperfectos. Y si bien ese experimento es parte de nuestro sistema, creo que debemos estar eternamente vigilantes y preparados para hacer frente a los intentos de reprimir la expresión de opiniones que aborrecemos y que creemos preñadas de muerte, a menos que amenacen tan inminentemente entorpecer de inmediato las actividades urgentes y lícitas de la ley que sea necesario reprimirlas de inmediato para salvar el país.

Estoy en pleno desacuerdo con el argumento del gobierno de que la Primera Enmienda dejó intacto y en vigor al derecho común en lo que hace al libelo sedicioso. Me parece que la historia va en contra de ese argumento. Había yo creído que Estados Unidos, durante muchos años, había mostrado su arrepentimiento de la Ley de Sedición de 1798 con la devolución de las multas que en aquel entonces impuso.

Únicamente la urgencia que hace inmediatamente peligroso dejar al tiempo la corrección del mal justifica una salvedad a ese mandato categórico, "El Congreso no hará ninguna ley . . . que limite la libertad de expresión". Hablo únicamente, desde luego, de expresiones de opinión y exhortaciones, que son todo lo que se ha manifestado en este caso, pero lamento no poder articular con palabras más solemnes mi firme creencia de que, al condenárseles por los delitos que les han sido imputados, a los acusados se les ha privado de los derechos que les concede la Constitución de los Estados Unidos".

**HOLMES Y BRANDEIS, DISIDENTES**

El reconocimiento por la Corte Suprema de la libertad de expresión como valor constitucional supremo comenzó con la opinión disidente del magistrado Holmes en *Abrams contra Estados Unidos*. ¡Y qué comienzo fue! Holmes afirmó audazmente, como ningún otro juez jamás lo había hecho antes, que la Primera Enmienda había abolido el crimen de libelo sedicioso heredado del derecho común. Con su afirmación de que la mejor prueba de la verdad era el mercado de las ideas hizo doctrina legal del argumento de John Stuart Mill en pro del valor de las opiniones contrarias. Y su prosa se remontó a alturas retóricas pocas veces alcanzadas en la jurisprudencia anglosajona: ". . . opiniones que aborrecemos y que creemos preñadas de muerte . . ." ". . . Es un experimento, como lo es la vida misma". Leer en voz alta la peroración de Holmes exalta al más ecuánime.

La interrogante que se plantea, sin embargo, es ¿de dónde surgió esa opinión? Apenas ocho meses antes, Holmes, en opiniones secas, escritos como para salir del paso, había ratificado las condenas impuestas por la Ley de Espionaje. Incluyó en ellos, es cierto, la frase "peligro claro y presente", pero utilizándola, como apuntó un tratadista, más bien como excusa de la represión. Pero ahora los había convertido en espada con que proteger la libertad de expresión y la blandía con una pasión que de ningún modo le habría permitido confirmar la condena de Eugene Debs. ¿Por qué camino de Damasco había transitado el ilustre magistrado durante esos ocho meses?

Hay ciertos indicios de las influencias que pesaron sobre Holmes durante los meses que separan a *Debs* de *Abrams*. Estaba muy consciente, en primer lugar, de que había decepcionado a sus admiradores con su ratificación de las condenas por espionaje en marzo; era algo que le molestaba. En respuesta a las críticas formuladas por Ernst Freund al caso de *Debs*, escribió una carta a Herbert Croly, Director de *The New Republic*. Finalmente decidió no enviarla pero hizo llegar copia a su joven amigo Harold Laski, el socialista inglés. Le confesó a Laski que creía que la ley era constitucional, pero que le había "desagradado en extremo tener que redactar [el dictamen en] el caso Debs y más aún los de los otros pobres diablos que vinieron ante nosotros. . . . No podía entender por qué se quería proseguir con esos casos, especialmente después de terminada la guerra, y creo que si yo hubiera sido miembro del jurado, probablemente hubiera votado por la absolucón". También le dijo a Laski que esperaba que el presidente Wilson "pudiera perdonar a unos cuantos".

Es posible también que la carta del juez Hand sobre los fallos de marzo hubiera seguido influyendo en el ánimo de Holmes, a pesar de haberle respondido que no entendía lo que quería decirle. Lo mismo puede decirse del memorial de Roe en el caso *Debs*, con su argumento de que la victoria de Jefferson en las elecciones de 1800 había ratificado la opinión de que la Ley de Sedición era inconstitucional. Pero lo que sin duda sí influyó en él fue el artículo del profesor Chafee publicado en el *Harvard Law Review*. Holmes lo había leído ese verano; en una carta de



1922 a Chafee, confesó haber "aprendido" de éste las raíces históricas de la Primera Enmienda. El profesor Polenberg ha podido identificar otros materiales que Holmes también leyó en el verano de 1919 y ha descubierto que buena parte de ellos tienen que ver con cuestiones relativas a la libertad. Había leído, por ejemplo, un libro sobre la Guerra Civil que criticaba a Lincoln por haber suspendido la libertad de expresión y de prensa durante la guerra. Leyó también un libro de Laski, *Authority in the Modern State* [La Autoridad en el Estado Moderno], que abogaba por la libertad "absoluta" de pensamiento. Leyó los *Two Treatises on Civil Government* [Dos Tratados sobre Gobierno Civil] de John Locke, el filósofo inglés del siglo XVII conocido por su defensa de la libertad. Se puede concluir, pues, que Holmes dedicó bastante tiempo ese verano a reflexionar sobre el problema de la libertad de palabra.

El resultado, su opinión disidente en *Abrams*, tuvo grandes repercusiones. Holmes gozaba de enorme prestigio. Toda la Corte Suprema, además, se había sumado a su opinión en *Schenck* y se decía, pues, que la frase "peligro claro y presente" tenía por consiguiente el peso de un precedente convenido, con la significación más amplia que Holmes ahora le daba. Refiriéndose a la opinión de Holmes en *Abrams*, el profesor Chafee escribió: "Aunque se trata de una opinión disidente, ha de tener gran peso como interpretación de la Primera Enmienda ya que no es más que una ampliación del principio del 'peligro claro y presente' que él mismo estableció, con el respaldo de la Corte en pleno, en *Schenck contra Estados Unidos*". Hablando de este episodio decenios más tarde, el profesor Kalven comentó: "La estrategia consiste en incluir ese despliegue de elocuencia al final de la opinión disidente en *Abrams* en el *dictum* [razonamiento] casi incidental de *Schenck* [peligro claro y presente] y afirmar que siempre había estado en éste, que fue esta apasionada consagración a una prueba rigurosa de la libertad de expresión lo que toda la Corte Suprema aprobó y apoyó en *Schenck*".

Hubo otro factor que contribuyó a la enorme influencia que tuvo la opinión disidente de Holmes en *Abrams*: el hecho de que el magistrado Brandeis se sumó a él. Esa circunstancia fue el comienzo de una asociación que llegó a cobrar significado especial en la mente del público: Holmes y Brandeis (o Brandeis y Holmes) disintiendo de los dictámenes de una Corte insensata. Los dos hombres entablaron una estrecha amistad, lo que no deja de ser sorprendente habida cuenta de sus antecedentes personales y sus temperamentos.

Oliver Wendell Holmes, Jr., era un caballero romántico, amante del vino y de las mujeres, hijo de un famoso poeta y ensayista de una vieja familia de Boston. Había peleado en la Guerra Civil y fue herido tres veces de gravedad; conocía los horrores de la guerra, pero la consideraba noble. Tenía sesenta y un años de edad cuando el presidente republicano Theodore Roosevelt le nombró magistrado de la Corte Suprema en 1902, y setenta y ocho cuando se decidió el caso *Abrams* pero su largo y coposo bigote blanco aún le hacía lucir garboso. Se mostraba escéptico de los movimientos de reforma social, que reputaba de fútiles, pero insistía en que los jueces no debían impedirlos.

Louis Dembitz Brandeis, nombrado por el demócrata Woodrow Wilson en 1916, tenía sesenta y tres años de edad cuando se decidió *Abrams*. Fue el primer magistrado judío de la Corte Suprema, proveniente de una familia de Kentucky de origen alemán. Al igual que Holmes, se había recibido de derecho en Harvard y se dice que su expediente es aún el más brillante en la larga historia de esa universidad. Pero mientras que Holmes se granjeó su reputación como tratadista (*The Common Law*) y juez del Tribunal Judicial Superior de Massachusetts, Brandeis ejerció el derecho en uno de los bufetes de más éxito y renombre en Boston. Se dedicó de lleno a la reforma social, trabajando para resolver conflictos entre patronos y obreros y oponiéndose a la concentración del poderío económico e industrial; uno de sus libros se titulaba *The Curse of Bigness* [La Maldición de lo Grande]. Era sionista, dirigente del movimiento que buscaba establecer un hogar nacional judío en Palestina; su nombramiento para la Corte Suprema encontró gran hostilidad --a veces antisemitismo casi descarnado-- por parte de figuras conservadoras muy prominentes en la profesión jurídica. Holmes prefería fallos breves, frecuentemente crípticos; Brandeis escribía largos ensayos en que analizaba problemas sociales. Era puritano y en su casa no se fumaba ni bebía. Varios de sus pasantes relataban la anécdota de que después de pasarse toda la noche preparando un memorial para el Magistrado, lo llevaron a su apartamento casi al amanecer y lo introdujeron por debajo de la puerta. Cuál no sería su sorpresa cuando sintieron que alguien tiraba de él desde adentro, pero sin decir palabra. Holmes y Brandeis también tenían opiniones divergentes sobre la libertad de expresión, pero casi siempre disentían juntos de los fallos represivos de la mayoría de la Corte de su época.

La Corte Suprema confirmó la aplicación de la Ley de Espionaje en otros tres casos en 1920 y 1921, todos con opiniones disidentes de Holmes y Brandeis. Brandeis redactó esas opiniones en dos de los casos; en el tercero, cada uno escribió el suyo. La mayoría sencillamente hizo caso omiso de sus argumentos de que los hechos de los casos no constituían un peligro claro y presente.

La controversia sobre el significado de la libertad de expresión se prolongó durante los años veinte. Holmes y Brandeis persistieron en sus opiniones y las expresaron frecuentemente en enérgicas opiniones disidentes. En cierto modo, los dos se comportaban de manera extraña, porque ambos estaban consagrados de lleno a la Corte Suprema como institución y pensaban que la división entre sus magistrados debía evitarse siempre que fuera posible. Holmes explicó esa incongruencia en una opinión disidente que presentó en 1925 en nombre propio y de Brandeis en el caso de *Gitlow contra Nueva York*. "El criterio sancionado por la Corte en pleno en *Schenck contra Estados Unidos* se aplica" en este caso, señaló, aludiendo al "peligro claro y presente". "Es cierto que, en mi opinión, la Corte se apartó de ese criterio en *Abrams contra Estados Unidos*, pero las convicciones que expresé en ese caso son tan profundas que todavía no me es posible creer que . . . hayan sentado derecho".

La opinión de la mayoría en el caso *Gitlow*, redactada por el magistrado Edward T. Sanford, produjo, no obstante, una victoria significativa para la libertad de expresión. La Corte Suprema falló por primera vez que la Constitución protegía la libertad de expresión y de prensa de las restricciones estatales. La Declaración de Derechos, como ya se ha indicado, se aplicaba únicamente a la esfera federal. La Decimocuarta Enmienda, aprobada a raíz de la Guerra Civil, prohibía a los Estados privar a nadie de su "libertad" sin las "debidas garantías procesales". La Corte Suprema había dicho que esta disposición protegía libertades "fundamentales", pero hasta ese momento había considerado que únicamente los derechos económicos y no la expresión eran fundamentales. Ahora, y abruptamente, la Corte Suprema cambió de parecer. Escribió el magistrado Sanford: "Para los propósitos presentes podemos suponer --y suponemos-- que la libertad de expresión y de prensa --que la Primera Enmienda prohíbe al Congreso limitar-- se cuentan entre los derechos y 'libertades' personales fundamentales que la cláusula de garantías procesales de la Decimocuarta Enmienda protege de todo menoscabo por parte de los Estados". Este cambio alteró radicalmente el desarrollo de los principios de libertad de expresión. A partir de 1925, la Corte Suprema se vio inundada de casos provenientes de los Estados que buscaban poner a prueba esas cuestiones, y fue en esos casos que la Corte precisó el significado de libertad de expresión y libertad de prensa.

El caso *Gitlow* fue producto del Temor Rojo que barrió al país durante varios años a partir de 1919-20, un fenómeno que se repitió periódicamente en los Estados Unidos durante los setenta años siguientes. La revolución bolchevique en Rusia, seguida de la creación del Comintern encargando de actividades internacionales, despertó en los norteamericanos el temor del comunismo y del radicalismo de todo tipo. A. Mitchell Palmer, Procurador General de la República en el gobierno de Wilson, realizó sus notorias "redadas de Palmer" para aprehender a subversivos extranjeros. La asamblea legislativa de Nueva York intentó expulsar a representantes socialistas debidamente elegidos. (Fueron defendidos con éxito por Charles Evans Hughes, que en 1930 pasaría a presidir la Corte Suprema de los Estados Unidos). Graduados conservadores de la Facultad de Derecho de Harvard intentaron expulsar al profesor Chafee, pero el Presidente de Harvard, A. Lawrence Lowell, aunque también muy conservador, hizo honor al principio de que los profesores no deben someterse a presiones externas.

A Benjamin Gitlow se le procesó por haber ayudado a publicar el manifiesto de un grupo cismático del partido socialista que condenaba la democracia y abogaba por la acción de las masas para lograr la "dictadura revolucionaria del proletariado". Se le condenó por violar una ley de Nueva York que prohibía promover "la doctrina criminal de la anarquía" -- únicamente la doctrina, sin llamados a la violencia inmediata o la revolución. La opinión disidente de Holmes se fundamentó en que "no había peligro presente de un intento por parte de la minoría --a todas luces exigua-- que comparte las opiniones del acusado" de derrocar al gobierno por la fuerza. Escribió Holmes:

Se dice que este manifiesto era más que una teoría, que era una incitación. Toda idea es una incitación. Se presenta con el ánimo de que se la crea, y si se la cree, se lleva a la práctica a menos que otra la sobresea o algún desmayo sofoque al movimiento en su nacimiento. En el sentido más limitado, la única diferencia entre la expresión de una idea y la incitación es el entusiasmo que quien la propone siente por el resultado. La elocuencia puede enardecer la razón. Pero cualquiera que sea la opinión que se tenga de la diatriba redundante que tenemos ante nosotros, lo cierto es que no tuvo probabilidades de iniciar una conflagración presente. Si, a largo plazo, el destino decreta que la fe en la dictadura del proletariado sea aceptada por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único significado de la libertad de expresión es que se les dé la oportunidad y se salgan con la suya.

Qué "prosa tan extraordinaria para una opinión judicial", ha comentado el profesor Kalven. Sí, y característica de Holmes, además. Como también lo es la críptica ambigüedad de su moraleja. En una oración, Holmes tacha al manifiesto de Gitlow de "diatriba redundante", como si quisiera decir que no se le debe regatear la libertad a lo que no pasa de ser una inocua expresión descabellada. Pero en otra, y con indiferencia casi fatalista, dice que nosotros, ciudadanos de una democracia, debemos estar preparados para dejarla caer en manos de la dictadura del proletariado si "las fuerzas dominantes de la comunidad" así lo disponen.

Brandeis no era fatalista. Creía que los seres humanos podían superarse y mejorar sus comunidades por medio de la razón y que el ejercicio de la razón dependía de la libertad de pensamiento y de expresión. Creía también que la libertad de expresión era indispensable para el sentido de satisfacción personal. Todo ello --la opinión positiva de la expresión, el idealismo-- se articuló en una declaración magistral, el dictamen de Brandeis en el caso de *Whitney contra California*.

Anita Whitney fue procesada bajo el imperio de una ley de California que prohibía el "sindicalismo criminal", un delito cuya definición era abogar por la fuerza y la violencia para producir "cambios en la propiedad industrial" o "cualquier cambio político". La ley, semejante a otras adoptadas por muchos Estados después de 1917, iba dirigida contra los Industrial Workers of the World [los Trabajadores Industriales del Mundo], los Wobblies, como se les llamaba, un sindicato que empleaba retórica radical y era detestado por los círculos comerciales. La Srta. Whitney, perteneciente a una familia prominente, había ayudado a fundar el Partido Comunista del Trabajo en California. El programa político del partido elogiaba a los Wobblies por su lucha en la guerra de clases y exhortaba a un "movimiento revolucionario de la clase obrera". La Srta. Whitney fue condenada por pertenecer a una organización que promovía el sindicalismo criminal y se le impuso una pena de entre uno y catorce años en la penitenciaría de San Quintín. La Corte Suprema ratificó su condena en 1927. Escribiendo en nombre de la mayoría, el magistrado Sanford siguió la lógica de su fallo en *Gitlow*. El magistrado Brandeis presentó una opinión separada en nombre

propio y del magistrado Holmes. No era una opinión disidente porque el magistrado Brandeis falló que los abogados de la Srta. Whitney no habían planteado en los tribunales de California la cuestión constitucional decisiva: si su afiliación al partido comunista del trabajo suponía un peligro claro y presente para el Estado. El dictamen de Brandeis estaba de acuerdo con que había que desestimar la apelación, pero exponía los principios constitucionales de la libertad de expresión más completamente que en los fallos anteriores de Holmes o aún los suyos propios.

La Corte no había definido aún cuando podía decirse que un peligro era "claro", señaló Brandeis, ni tampoco "lo remoto que un peligro podía ser y aún así considerársele presente", ni que magnitud debía alcanzar un mal "para justificar que se limitase la libertad de expresión" a fin de prevenirlo. "Para llegar a conclusiones bien fundadas en estos asuntos tenemos que tener en mente por qué al Estado se le niega, de ordinario, la facultad de prohibir la diseminación de doctrinas sociales, económicas y políticas que una vasta mayoría de los ciudadanos considera falsas y preñadas de consecuencias funestas". Brandeis expuso a continuación sus razones en un extenso pasaje que es la explicación más profunda que hasta ese momento se había hecho de las premisas de la Primera Enmienda como protección de la libertad de expresión:

Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos era de valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate de ordinario ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es deber político; y que esto debe ser principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar meramente con el temor del castigo de sus infracciones; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y remedios propuestos; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, la peor forma de la fuerza como argumento. Conscientes de las tiranías ocasionales de las mayorías gobernantes, reformaron la Constitución a fin de garantizar la libertad de expresión y de reunión.

El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los

hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional. Para justificar la supresión de la libertad de expresión es preciso que exista fundamento razonable para creer que sobrevendrán males mayores si la palabra se expresa libremente. Ha de existir fundamento razonable para creer que el peligro que se teme es inminente. . .

Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón aplicada libremente y sin temor por medio de los procesos del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que bien pudiera materializarse antes que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer en debate las falsedades y las falacias, para evitar el mal con el proceso de la educación, el medio que debe aplicarse no es el silencio sino mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución. Los norteamericanos siempre pueden, pues, impugnar las leyes que limiten la libertad de expresión y de reunión demostrando que no había emergencias que las justificara.

El *leitmotif* de este asombroso pasaje es el valor cívico. Brandeis estaba convencido, ha dicho el profesor Blasi, de que el valor era "la virtud suprema en la democracia". Su repudio reiterado del temor como fundamento de la acción política --"Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres"-- sirvió de aliento a los norteamericanos durante los tiempos aciagos que el país tuvo que vivir años más tarde. La imagen de la quema de brujas no se apartaba mucho de la realidad imperante en el período después de la Segunda Guerra Mundial cuando el senador Joseph McCarthy cosechaba titulares acusando a héroes militares de traición, y los políticos, por regla general, competían entre sí para ver quién podía inventar las leyes más sañudas --e inútiles-- contra el "comunismo". La voz de Brandeis, que evocaba una tradición norteamericana más noble, ofrecía solaz en esas horas difíciles.

Como en el caso del fallo de Holmes en *Abrams*, uno no puede por menos que preguntarse cuáles fueron las fuentes de Brandeis en *Whitney*. Citó el dictamen de Hand en *The Masses*, el libro *Freedom of Speech [Libertad de Expresión]*, publicado en 1920 por el profesor Chafee, y un artículo del historiador Charles Beard sobre la tradición norteamericana de libertad política. Pero las raíces calaban mucho más hondo. El profesor Paul A. Freund descubrió en Pericles, el gran ateniense, el origen de las palabras de Brandeis que afirman que quienes ganaron la independencia de los Estados Unidos "creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad." En su biografía de Brandeis, la profesora Philippa Strum mostró que el Magistrado admiraba a los atenienses del siglo V antes de Cristo y se identificaba con ellos. Su libro predilecto era *The Greek Commonwealth [La Comunidad Griega]*, de

Alfred Zimmern, que aseguraba que la Oración Fúnebre de Pericles había sido el punto culminante de la democracia. Brandeis hizo de la antigua Atenas su modelo porque en esa pequeña ciudad-Estado los ciudadanos asumían la responsabilidad de gobernar y aceptaban, como escribió en *Whitney*, que "el debate público es deber político".

Lo que Brandeis escribió en *Whitney* es patrimonio de la posteridad, pero también ayudó a Anita Whitney. Un mes después de haber rechazado la Corte Suprema su apelación, el Gobernador de California, C.C. Young, la indultó. Su mensaje citaba *in extensu* las palabras de Brandeis.

Hay otra opinión disidente de los años veinte que aún tiene el poder de conmovernos. Se produjo en el caso de *Estados Unidos contra Schwimmer*, que la Corte Suprema decidió en 1929. Rosika Schwimmer, pacifista húngara, había emigrado a los Estados Unidos y en su día solicitó la ciudadanía norteamericana. Cuando se le preguntó si estaba dispuesta a empuñar las armas para defender a los Estados Unidos su respuesta fue que no. Por esa respuesta se le negó el derecho de nacionalizarse. La Corte Suprema confirmó esa negativa. Holmes distaba mucho de ser pacifista; en cierta ocasión señaló que la guerra era "inevitable y racional" y con frecuencia decía que la prueba suprema del carácter de un hombre era su disposición a luchar. Pero una vez más estuvo en desacuerdo con la opinión de la mayoría, de nuevo con el apoyo de Brandeis y además --y sorpresivamente-- con el del autor de los fallos de la mayoría en *Gitlow* y *Whitney*, el magistrado Sanford. Holmes, que en ese entonces tenía ochenta y ocho años de edad, escribió:

La solicitante parece ser mujer de carácter e inteligencia excepcionales, obviamente más que normalmente deseable como ciudadana de los Estados Unidos. No se duda de que satisface los requisitos de la ciudadanía excepto en la medida en que las opiniones expresadas en un recuento de los hechos "pudieran mostrar que la solicitante . . . no puede prestar el juramento de lealtad sin reservas mentales". Las opiniones a que se alude son un punto de vista extremo en favor del pacifismo y la aseveración de que no empuñaría las armas para defender la Constitución. En lo que respecta a la suficiencia de su juramento, no veo de qué manera pueda verse afectada por esa aseveración, ya que se trata de una mujer de más de cincuenta años de edad a la que no se le permitiría empuñar las armas aun cuando quisiera hacerlo. Y en cuanto al punto de vista, un examen cabal de la solicitante muestra que no sólo no sustenta ninguno de los credos que tanto se temen hoy en día sino que cree plena y firmemente en el gobierno organizado y prefiere el de los Estados Unidos al de cualquier otro país del mundo. El hecho de que la solicitante opine que la Constitución puede mejorarse no constituye, claramente, frialdad hacia sus principios. Supongo que la mayoría de las personas inteligentes pudieran pensar que sí se puede. La mejora que ella tiene en mente, la abolición de la guerra, no se me antoja muy diferente, en lo que a su peso en este caso se refiere, del deseo de establecer un sistema parlamentario como en Inglaterra, o una sola cámara legislativa, o un período presidencial de siete años. Y para tocar un tema más candente,

únicamente un juez a quien su saña partidista le haya hecho perder la razón le denegaría la ciudadanía a la solicitante porque ésta esté en favor de abolir la Decimoctava Enmienda [que impuso la Prohibición y que Holmes detestaba]. . . .

Es mujer optimista y formula en lenguaje vigoroso y, a no dudarlo, sincero su creencia de que la guerra desaparecerá y que el destino de la humanidad es unirse en ligas pacíficas. No comparto ese optimismo ni creo que un concepto filosófico del mundo consideraría absurda la guerra. Pero la mayoría de quienes la han conocido la miran con horror, como un último recurso, y aun cuando todavía no estén listos para esfuerzos cosmopolitanos, verían con buenos ojos todas las combinaciones prácticas que aumentasen el poder de la paz. . . .

Algunas de sus respuestas tal vez exciten el prejuicio popular pero si algún principio de la Constitución exige observancia más imperativamente que los demás, ese principio es el de la libertad de pensamiento -- libertad de pensamiento no para los que están de acuerdo con nosotros sino libertad para las ideas que aborrecemos. Creo que ese es un principio que debiéramos observar no sólo para ser admitidos a este país sino para vivir en él. Y recurriendo al fallo que obstruye el paso de esta solicitante me permito señalar que los cuáqueros han contribuido a hacer de este país lo que hoy es, que muchos ciudadanos concuerdan con la creencia de la solicitante y que hasta hoy no había supuesto que lamentábamos nuestra imposibilidad de expulsarles por creer más que algunos de nosotros en las enseñanzas del Sermón de la Montaña.

Si las palabras de Holmes y Brandeis no hubiesen sido más que líricas protestas contra la intolerancia de su tiempo, hoy no se las recordaría, excepto tal vez por sus méritos literarios. Pero fueron mucho más que eso. En un grado sin precedentes en nuestra historia constitucional, esas opiniones disidentes sentaron derecho. Las opiniones de Holmes y Brandeis sobre la libertad de palabra persuadieron al país y, a la postre, a la Corte Suprema también. La propia Corte anuló su opinión en *Schwimmer* diecisiete años después. Las palabras de Brandeis en Whitney y las de Holmes en *Abrams* se fueron abriendo paso gradualmente hasta llegar a formar parte de la definición de la Corte de "la libertad de expresión y de la prensa" que garantiza la Primera Enmienda.

Holmes y Brandeis no ejercían poder político o judicial más allá de sus votos en la Corte Suprema, dos de nueve. Su poder estribaba en la fuerza de su lógica. Y eso dice mucho del extraordinario papel que la Corte Suprema desempeña en el sistema norteamericano de gobierno. Los autores de la Constitución esperaban que la Corte fuese débil. No tiene sable ni arcas, observó Alexander Hamilton en cierta ocasión. La Corte poseía únicamente el poder de la persuasión. Pero ese poder ha demostrado ser suficiente para derrotar a presidentes y congresos, suficiente para darle a la Corte Suprema la palabra final en muchos aspectos de la vida norteamericana. Tiene la obligación de explicar sus decisiones a los ciudadanos soberanos del país. Cuando no lo ha logrado hacer convincentemente, sus



decisiones han dado lugar a dudas. El Congreso ha aprobado con frecuencia leyes destinadas a corregir la interpretación que la Corte Suprema ha dado a leyes anteriores -- disposiciones fiscales, por ejemplo, y leyes de derechos civiles. Hasta las mismas decisiones constitucionales han sido desestimadas con el paso del tiempo: por la propia Corte Suprema, como en el caso de la segregación escolar, o mediante enmienda constitucional, como sucedió cuando la Corte falló que el gobierno no podía crear el impuesto a la renta. Cuando la Corte Suprema determina que un acto del poder legislativo o el ejecutivo es inconstitucional, tiene que justificar la frustración de la voluntad política persuadiéndonos de que habla por valores más permanentes que los deseos de una mayoría pasajera, valores que son los cimientos sobre los que descansa nuestra existencia nacional. Holmes y Brandeis le enseñaron al país que la libertad de expresión, entendida en sentido amplio, era uno de esos valores.