

La Constitución americana como medio de comunicación e innovación

MANUEL VELA RODRÍGUEZ

Yo sigo siendo el mismo y pienso igual, sois vosotros quienes habeis cambiado.

PERICLES

I

LA Constitución americana es ya bicentenaria. Si bien ha sido enmendada en algunos aspectos, el *corpus* de la Constitución ha resistido el embate del tiempo, y las mismas palabras que escribieron los padres fundadores en la época de la Ilustración siguen siendo obedecidas hoy en día como la ley fundamental. No faltan estudiosos que se pregunten por esta longevidad admirable, aportando sus razones, que han de considerar especialmente, no sólo el trauma de la guerra civil, sino el enorme cambio social y tecnológico habido desde el siglo XVIII hasta la actualidad.

Un motivo principal, que salta a la vista y no requiere mayor explicación, es que la Constitución de 1787 es clara, concisa, y está bien organizada. Expone un número limitado de objetivos o principios del gobierno, describe cuáles han de ser las instituciones o partes del gobierno, las funciones de cada una y los procedimientos que se han de llevar a cabo en la toma de decisiones. Y poco más. En este sentido, es prácticamente ajena a disposiciones temporales, prebendas especiales, manifestaciones de deseos, ambigüedades buscadas o no, o contradicciones entre artículos [El caso más destacable en este sentido lo componen los artículos relativos a la esclavitud]. Este diseño reduce por sí sólo el fenómeno llamado de “constitución en el exilio”, es decir, la existencia de partes olvidadas o ignoradas, y a la vez aumenta el fenómeno que podemos llamar de “paraconstitución”, es decir, la existencia de leyes fuera de la constitución que por su generalidad y trascendencia deberían formar parte de ella. Este último fenómeno, paradójicamente, es beneficioso para la longevidad de la Constitución, ya que, como resulta evidente, este conjunto de leyes citado se puede cambiar sin tocar la ley fundamental. En particular, la capacidad de revisión de la constitucionalidad de toda ley por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, es paraconstitucional, al tener su origen en la conocida sentencia *Marbury v. Madison*. La Constitución americana no dice que el Tribunal Supremo sea su guardián. Sin embargo, esta característica del régimen americano parece haber sido beneficiosa en general, como indica, entre otras cosas, su formidable exportabilidad.

Pero más allá de la excelencia legal de los padres fundadores, la Constitución americana es un acto comunicativo escrito en un lenguaje de hace dos siglos, dirigido a un público determinado, que funda, no un estado ideal y descarnado, sino uno con objetivos y límites concretos, para un pueblo con ciertos intereses, valores, creencias y conocimientos.

Sin embargo, todo escrito se proyecta hacia el futuro. Deja de depender del que lo escribió, que pasa a estar ausente, y va adquiriendo nuevos significados según el lector. De este depende, sin olvidarnos de las circunstancias o la suerte, que la intención





del escritor sea reconstruida o ignorada, tenida en cuenta o no. Incluso, toda posible reconstrucción de la intención del escritor no será más que una interpretación, esto es, la relación del lector con el escribiente está mediada en todo caso por el escrito, el cual podríamos decir que al mostrar, oculta. Las palabras impresas no cambian, pero la lectura de estas nunca es igual. Así, toda lectura de un texto fundacional ha de ser una refundación, una reescritura.

En particular, tratándose de textos legales, la vieja pregunta de ¿por qué obedecer? se vuelve más apremiante conforme el lector se siente más extrañado respecto al texto. Los padres fundadores no tenían teléfono ni televisión, y por tanto, no dijeron nada sobre ellos. Sus estándares de decencia eran distintos. Su economía era muy diferente de la que surge de una sociedad industrial, o postindustrial. ¿Cómo es posible, entonces, que su obra sea obedecida? La respuesta la intentaré dar en este escrito, basándome sobre todo en la peripecia de la libertad de expresión en los Estados Unidos de América.

II

La Constitución americana de 1787 encontró bastante resistencia para su aprobación, Una forma de vencer ésta en varios Estados fue el remitir su aprobación al Congreso junto con la petición del comienzo un proceso de enmienda para incorporar una Declaración de Derechos o *Bill of Rights* en cuanto se constituyera el Congreso. Estas peticiones, que evidentemente comportaban una promesa por parte de los federalistas, fueron atendidas, y las diez primeras enmiendas a la Constitución, cuyo conjunto forma el *Bill of Rights*, fueron finalmente anexadas el 15 de diciembre de 1791. Las libertades de palabra y de la prensa (*freedom of speech, or of the press*) son reconocidas, junto a la libertad religiosa, en la Primera enmienda [En adelante 1E], la cual se considera hoy crucial para el mantenimiento de la democracia y el Estado de derecho. El problema es que la 1E, usando las mismas palabras, significa algo bastante distinto a aquello que significaba a finales del siglo XVIII.

Leamos primero, cándidamente, el texto, en la traducción más “oficial” posible [Archivos Nacionales y Administración de Documentos (NARA) de los Estados Unidos de América, www.archives.gov/espanol/constitucion.htm]:

El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte[abridge] la libertad de palabra o de imprenta [*freedom of speech, or of the press*][Son dos libertades distintas, no dos formas de decir lo mismo], el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.

Lo primero que hay que advertir es a quién va dirigida: al Congreso, es decir, a sus dos Cámaras. No habla de otros estamentos con poder legislativo como son de los jueces, ni, lo más importante, de los estados particulares. Que los jueces tengan poder legislativo puede resultar extraño a quien no esté familiarizado con el sistema anglosajón de la *Common Law*, así como a quien no haya revisado críticamente la división de poderes de Montesquieu. Básicamente, este sistema se basa en el respeto al precedente, la regla del *stare decisis*, pero sobre todo en el razonamiento, en la apreciación por parte del juez de lo que es justo, y en último extremo, en la doctrina del derecho natural[Cfr. Erie]. Así, cualquier sentencia es vinculante para la posteridad sólo en la medida en que está bien razonada, es decir, sea digna de imitación y sus-



ceptible de consolidación. Sólo en este sentido se puede hablar de *judge-made law*, ley hecha por el juez, en oposición a *statutory law*, ley hecha por un parlamento, que en todo caso es superior. Los americanos de la Constitución no consideraron que hubiera que cambiar su sistema judicial, como indica el hecho de que no hay novedades respecto a éste en la Constitución, sólo el afianzamiento y salvaguarda de lo tradicional. No eran los jueces, por tanto, un problema, una posible fuente de tiranía a quien limitar el poder.

La 1E no va dirigida a la Legislaturas de los estados particulares. De esto debemos inferir dos cosas muy relevantes sobre la naturaleza de la 1E, porque a éstas sí se les deja el poder de coartar libertades. La primera es que la gran preocupación de aquellos que pedían un *Bill of Rights* no era la libertad individual de cada persona, sino la centralización del Estado, es decir la amenaza de que el gobierno federal alcanzara demasiado poder. De lo contrario, esta ley iría dirigida a todo el mundo, no sólo al Congreso. La segunda, es que la 1E no garantiza ni la libertad de expresión ni la de palabra. Dice lo que dice, que el Congreso no las coartará. Esto está más de acuerdo con las prácticas de la época, expresadas en la *Common Law* como podemos leer en la obra de Blackstone, que sólo defendían parcialmente lo que hoy conocemos por libertad de expresión. La libertad de palabra estaba más bien restringida al ámbito político o deliberativo. La libertad de la prensa, a la ausencia de una censura previa a la publicación, no a la posibilidad de un castigo posterior.

No deja de sorprender, de hecho, la poca importancia dieron los padres fundadores, en general, al *Bill of Rights*. El comportamiento de los antifederalistas, por ejemplo, nos da a entender lo que era para ellos: una cortina de humo.

Algunos estados con Constitución propia anterior a la Constitución y a los artículos de la Confederación, como Pennsylvania o Virginia, habían incorporado ya en aquella una declaración de derechos. Era obvio para ellos el peligro de que un estamento superior como el gobierno federal pudiese recortar estos derechos, pero sólo como una parte de lo que un gobierno federal podría hacer, en general, respecto a la vida de los ciudadanos de los diversos estados, con respecto, por ejemplo, a los impuestos, el comercio o la guerra. El principal motivo de los antifederalistas era, sin duda, la reticencia a ceder soberanía. En uno de los ensayos de *El Federalista*, en particular el número 84, atribuido a Hamilton y titulado "Sobre algunas objeciones diversas", podemos ver la respuesta típica que dieron los defensores de la propuesta constitucional. La principal es que la consideraban innecesaria. Escribe Publius:

"Las declaraciones de derechos son en su origen estipulaciones entre los reyes y sus súbditos, recortes de prerrogativas en favor de privilegios, reservas de derechos no sometidos al Príncipe. [...] Aquí, en verdad, el pueblo no renuncia a nada, y puesto que lo retiene todo, no tiene necesidad de reservas específicas. 'NOSOTROS EL PUEBLO de los Estados Unidos, a fin de asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, *estatuimos* y *sancionamos* esta constitución para los Estados Unidos de América.' Aquí se reconoce mejor los derechos populares que en volúmenes enteros de esos aforismos que tanto destacan en bastantes de nuestras declaraciones de derechos de los estados, los cuales sonarían mucho mejor en un tratado sobre ética que en la constitución de un gobierno".

[Aquí, por cierto, se puede observar, junto a un temprano positivismo de Publius poco dado a las declaraciones de intenciones,



en oposición, sobre todo, a Jefferson, y una difícilmente compatible visión de los derechos como privilegios a la vez que se concibe el contrato social como cesión de derechos]

La enumeración de derechos así pues, era ajena a lo que Publius y otros consideraban una constitución republicana. La Constitución había de ser un instrumento procedimental, fundación de las instituciones mediante la garantía de sus poderes y los límites de estos. Todo aquello que pueda hacerse mediante una ley de carácter inferior debe dejarse a un lado. Este es, dijimos, el elemento implícito de su carácter abierto, de su flexibilidad. La declaración de derechos había de introducir para Publius, desde este postulado, una anomalía peligrosa:

“Podría contener excepciones a poderes que no están garantizados; y desde este mismo punto de vista, constituirían un formidable pretexto para reclamarlos. ¿Por qué declarar que algo no debe hacerse cuando no existe el poder para hacerlo?”

Parece que Publius considera, o quiere hacer creer, que la enumeración de poderes del Congreso en el artículo I de la Constitución es tan específica como para impedir el atropello de los derechos individuales. [Esto fue contradicho tan pronto como en 1798, año en el cual las *Alien and Sedition Acts* pasaron por encima de los supuestos límites intrínsecos del Congreso, si no también de la misma 1E.] Sin embargo, la presión por parte de las minorías antifederalistas de los Estados [véase *Address of the Minority of Pennsylvania*] hizo que el simple hecho de tranquilizar a la ciudadanía y acallar esta protesta fuese un objetivo estratégico del Primer Congreso. Fue Madison quien, en una notable conversión, tomó el asunto de la aprobación de un *Bill of Rights* sobre sus espaldas. ¿Y qué se encontró? Un Congreso preocupado por otras cosas “más importantes”. Una vez que el mal estaba hecho, es decir, la misma existencia de la Constitución, los antifederalistas se desentendieron del tema. Madison se encontró a sí mismo animando a unos políticos reticentes a perder el tiempo. Aunque por fin, en 1791, Virginia completó la supermayoría de estados requerida por el Artículo V para enmendar la Constitución, el *Bill of Rights* no dejó de ser casi ignorado hasta los formidables cambios sociales de la revolución industrial.

Otra aspecto descubierto por una lectura directa de la 1E es la posibilidad del Congreso de hacer leyes que protejan o mejoren la libertad de expresión. No establece una prohibición absoluta a llevar a cabo cualquier tipo de acción, como ocurre con los distintos credos religiosos, a quienes no debe favorecer ni perjudicar, sino una prohibición parcial, la de cohartar la libertad de palabra o de la prensa. Si el Congreso, efectivamente, tiene el poder de hacer estas leyes favorecedoras o no habrá de buscarse en otro lugar de la Constitución.

III

Por lógica que pueda parecer, este tipo de lectura directa, hecha sin la mediación de doctrina alguna, no está ni mucho menos extendida ni aceptada. Su gran promotor en lo que respecta a los Estudios Constitucionales es George Anastaplo, cuya *opera magna* sobre la 1E, *The Constitutionalist*, nos sigue recordando la conveniencia de usar nuestro propio juicio, evitando ser deslumbrados por la interpretación de unas autoridades que pueden estar sometidas más que uno mismo al cambio ideológico, y no menos a menudo, al partidismo circunstancial. [George Anastaplo, *The Constitutionalist: Notes on the First Amendment*, Lexington Books, Lanham, 2005, 2ª; la primera edición de Southern University Methodist Press fue publicada en 1971]



Hasta ahora, esta lectura nos ha mostrado sólo lo obvio, o lo que debería serlo para una disposición mental cándida, pero la gran ruptura con la interpretación dominante hoy de la 1E comienza con la pregunta de si la prohibición dirigida al Congreso es absoluta o incondicionada, es decir, un imperativo categórico, o bien admite excepciones. La respuesta de Anastaplo se basa en la comparación de la 1E con su contexto escrito: la presencia de otras prohibiciones en la Constitución que sí especifican una condición bajo la cual pueden ser suspendidas, por ejemplo en tiempos de guerra. Puesto que este no es el caso, hemos de entender las prohibiciones de la 1E como absolutas. El más conocido defensor de este absolutismo fue el juez Hugo Black, quien no encontró demasiado eco en su defensa de la libertad de expresión y la libertad de prensa como derecho absoluto de los americanos. Más bien al contrario, a lo largo de la historia se ha impuesto la teoría de que la 1E admite excepciones, bien cuando entra en conflicto con otro derecho, bien cuando hay un “peligro presente e indudable” (*clear and present danger*) de producir algún daño. Esta teoría fue defendida por primera vez por el ínclito juez Holmes, y sigue vigente, con modificaciones, hasta hoy [Schenck v.]. Pero también la influencia del juez Black se hace notar en la doctrina del Tribunal Supremo que renuncia a juzgar el contenido de una comunicación, limitándose a su continente o forma de expresión. No hace falta decir que la tensión entre estas dos concepciones permanece irresuelta.

Pero el contexto histórico de Holmes y Black es ajeno a aquel de los fundadores, y remite a las dos grandes transformaciones del régimen americano: la Reconstrucción y el *New Deal*. Pero antes de la pregunta por las excepciones a las libertades se ha de plantear la pregunta por el contenido y el sentido de estas libertades.

Un acontecimiento que puede aclarar aquello que en 1791 se entendía por libertad de palabra y de la prensa es el episodio de las *Alien and Sedition Acts* de 1798. Con el pretexto de una posible guerra con Francia, la mayoría federalista del Congreso aprobó un conjunto de medidas tendentes a debilitar a la oposición demócrata-republicana endureciendo las leyes de naturalización, ya que los nuevos votantes, sobre todo franceses e irlandeses, solían preferir a ésta, y perseguir a aquellos que criticaran al gobierno. Las leyes concernientes a los extranjeros sólo pudieron ser criticadas por su partidismo, pero el Acta de Sedición fue denunciada como inconstitucional por las Resoluciones de Virginia y Kentucky, ideadas sobre todo por Jefferson y Madison. En estas se dice que el Acta de Sedición vulnera la 1E. La resolución de Virginia habla de la violación del “derecho al libre examen de los caracteres públicos y las medidas públicas, y a su libre comunicación entre las personas, el cual siempre ha sido tenido con justeza como el único verdadero guardián de cualquier otro derecho”.

Aunque la resolución de Virginia haga este panegírico de la libertad de expresión, la de Kentucky no parece tan segura de que ésta sea la más apreciada por la opinión pública, ligándola con una amenaza a la libertad de credo, estableciendo un paralelismo entre sedición y herejía:

“[La 1E] guarda así, en la misma proposición y con las mismas palabras, la libertad de religión, de palabra y de la prensa, de tal forma que la violación de una de ellas derriba el santuario que protege a las otras, - siendo la jurisdicción sobre libelos, falsedad y difamación, junto con herejía y falsa religión, apartada de los tribunales federales.”

En todo caso, estas resoluciones y otras palabras de los dos célebres futuros presidentes han quedado para la historia como una resistencia a unas leyes tiránicas basándose en la libertad de ex-



presión. El Tribunal Supremo mismo en *New York Times v. Sullivan* [376 U.S. 254, 276 (1964)] mantuvo la opinión unánime de que “Aunque el Acta de Sedición nunca ha sido discutida por este tribunal, el ataque contra su validez ha triunfado en el tribunal de la historia”, alineándose con Jefferson y Madison. Pero el problema de considerar la historia posterior de algo como prueba es que nos puede cegar respecto a quién llevaba razón en ese momento, imponiendo nuestras categorías al pasado. Es cierto que el sentido común nos dice que las *Alien and Sedition Acts* fueron una maniobra partidista e ilegítima que puso en peligro a las instituciones y contribuyó finalmente al descrédito y derrota del Partido Federalista. Son leyes que no resistieron el proceso de consolidación, pero eso no significa que fueran inconstitucionales.

De la doble acusación de inconstitucionalidad planteada a la Ley de Sedición, la de no surgir de una competencia entregada al Congreso, y la de violar la 1E, la segunda es con mucho la más débil. Porque sólo hace falta mirar a la misma Constitución de Kentucky, que en su Artículo XII concede y celebra las libertades de palabra y de la prensa, para justo después decir que pese a que la censura previa no está permitida, cada cual habrá de responder después de sus palabras ante un tribunal, siendo su defensa la verdad. [Constitución de Kentucky de 1792, Art. XII Apdo. 7 Que las imprentas deben ser libres para todo aquel que quiera examinar los procedimientos de la Legislatura o cualquier otra rama del gobierno, y nunca se hará ley alguna que restrinja tal derecho; la comunicación libre de pensamientos y opiniones es uno de los derechos inestimables del hombre y todo ciudadano debe hablar, escribir e imprimir libremente sobre cualquier asunto, sin ser responsable del abuso de tal libertad. Apdo. 8 En la persecución de publicaciones de textos acerca de la conducta oficial de oficiales o personas con un cargo público, o allí donde el asunto publicado tenga que ver con información pública, su verdad debe ser presentada como prueba. Y en toda acusación de libelo, el jurado debe tener derecho a determinar la ley y los hechos bajo la guía del tribunal, como en otros casos. <http://courts.ky.gov/NR/rdonlyres/7471028C-8BCC-41A2-BA80-02013D4FA550/0/1stKYConstitution.pdf>]

¿No defiende la Constitución de Kentucky la misma interpretación que los federalistas de 1798 dieron a la relación de la 1E con la sedición? ¿No es pues esta parte de la protesta de los legisladores de Kentucky liderados por Madison un ejercicio de incongruencia, si no de sofistería?

En efecto, los federalistas defendieron que la 1E no protegía al libelo sedicioso, basándose en que lo que se entendía por libertad de prensa se reducía a la ausencia de censura previa (*prior restraint*), sin incluir el posible castigo posterior a la comunicación, invocando la práctica de la *Common Law* y las palabras de Blackstone sobre este asunto. Es más, presentaron su ley no como una limitación, sino como una extensión de la libertad respecto a la doctrina de la *Common Law*, la cual podía considerar la verdad de las acusaciones como algo irrelevante para la culpabilidad del editor o impresor.

Aún siendo excesiva la pretensión de tener la *Common Law* de su parte, cuando en los Estados Unidos apenas había prosperado ninguna acusación de libelo sedicioso, sobre todo porque los mismos americanos estaban orgullosos de sus propios libelos sediciosos contra Inglaterra, deberíamos conceder que las libertades de la 1E tenían una extensión bastante menor de la supuesta por aquellos que condenan la inconstitucionalidad de la ley de sedición con tanta seguridad. La celebración posterior de Jefferson y Madison como paladines de la libertad de expresión arranca el significado de estos argumentos de 1798 de su contexto, y les da una fuerza y trascendencia mucho mayor de la que tuvieron



en ese momento. Es decir, los argumentos nos parecen mejores ahora de lo que fueron entonces porque apreciamos la bondad de una extensión de la libertad de expresión que comenzó bastante después.

IV

“Un nuevo nacimiento de la libertad”, proclamó Abraham Lincoln en su discurso de Gettysburg. En la poderosa visión de América construida por Lincoln, 1776, y no 1787, era el año de la fundación de los Estados Unidos, porque es el año de la Declaración de Independencia. El principio de “libertad para todos” recogido en ésta era para Lincoln la causa principal de la grandeza y prosperidad de su nación, un principio que hubo de considerar muerto o moribundo, pues proclama su resurrección. Durante la terrible discusión ideológica sostenida sobre la esclavitud en los años en torno a la guerra de secesión, Lincoln defendió que la Constitución americana era más que un instrumento de gobierno al servicio de las ideas del gobernante, al estar basada en los valores de la Declaración de Independencia. Esta fue su respuesta tanto a los realistas que proclamaban la independencia de la Constitución respecto a los valores de justicia o libertad (mentiras autoevidentes, se les llegó a llamar), y a los que como Seward, pedían fijarse en una “ley más alta” que la Constitución, insatisfechos por las referencias permisivas de ésta hacia la esclavitud. Y la visión de Lincoln triunfó hasta donde pudo triunfar, erigiendo un potente imaginario de los objetivos principales de un gobierno republicano, que había por fuerza de aumentar la relevancia de aquellas partes de la Constitución que declararan los objetivos intrínsecos a él, y en particular, de los derechos del ciudadano. La Constitución empezó a ser leída con otros ojos.

La extensión en el mundo judicial de la doctrina clave de la incorporación puede verse como una consecuencia del fortalecimiento de la relación directa del ciudadano, no sólo con el gobierno central, sino también con la Constitución misma. La XIV enmienda, como estrella de las disposiciones aprobadas en la época de la Reconstrucción, habían impuesto limitaciones constitucionales a los estados particulares y dado más poder al gobierno federal. Pero los conflictos relativos a la 1E seguían sin aparecer en las resoluciones judiciales. Sólo a principios del siglo XX se desarrolla la doctrina de la incorporación, que mantiene que la XIV enmienda completa el Bill of Rights, extendiendo la mayoría de sus prohibiciones a los Estados particulares[Barron v. City of Baltimore (1833) confirma que la prohibición de la 1E sólo va contra el Congreso. Aunque Chicago Bul. Q. R v. Chicago (1897) comienza el proceso de incorporación, no es hasta la década de 1940 cuando se puede considerar consolidado]. Así, se extiende a toda representación pública, convirtiendo las prohibiciones limitadas al Congreso en prohibiciones universales, ampliándose a toda una vasta red política y judicial que hasta entonces se regía por los parámetros de una *Common Law* que queda ahora contradicha en muchos aspectos.

Es esta extensión, la que vuelve problemática, pues no lo era hasta entonces debido a la especificidad del sujeto de la prohibición, la lectura directa de la 1E como prohibición absoluta.

Si el juez Hugo Black mantuvo esta lectura, lo hizo en contra de la corriente dominante, que lo acusa de obviar el sentido común. Hoy podemos leer que siempre hay excepciones a la libertad de expresión, como el desvelamiento de secretos, por ejemplo. De nuevo, encontramos un ejemplo de cómo la lectura de la Constitución ha sido modificada, y ya no puede ser cándida, sino que ha de ser capaz de delimitar las excepciones a la libertad de expresión en una interpretación que sobrepase lo textual comprendien-



do además el conjunto de la historia constitucional y el proceso de delimitación de las excepciones a las libertades.

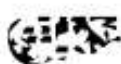
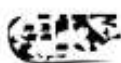
Pero el proceso de incorporación, estrictamente político, es paralelo a otro proceso transformador de la libertad de palabra y de la prensa en libertad de expresión. La conjunción de los dos procesos hace que la lectura absoluta de la 1E se vuelva impracticable al ampliar a toda comunicación aquello que fue diseñado para la comunicación política. Es, explica Anastaplo, como si levantamos varios diques alrededor de otro que fue diseñado para sujetar cierta corriente determinada. Esta alteración puede provocar, no sólo que se escapen por él las nuevas aguas redirigidas, sino una parte de la corriente original que se quería detener. Del mismo modo, una prohibición absoluta para un sujeto determinado sobre un objeto determinado se convierte en una prohibición relativa cuando sujeto y objeto son ampliados de forma notable. [véase *The Constitutionalist* pp 53 y ss.]

Aún así, Anastaplo defiende que la prohibición absoluta de recortar la libertad de palabra y de imprenta puede ser mantenida para todas las instituciones políticas si queda restringida a su objeto inicial, es decir, al ámbito de lo político. Porque lo que se quiere, al final, es mantener con buena salud el ámbito de discusión pública, salvaguarda frente a la tiranía.

V

¿Cuándo y cómo, pues, fue la libertad de palabra y de la prensa transformada en libertad de expresión? No hay un documento legal que marque un punto de inflexión, porque, con toda probabilidad, este cambio se produjo de forma gradual. El primer paso del aumento de la extensión (*coverage*) de la Primera enmienda hubo de producirse en la acepción de la misma palabra *speech*, que he estado traduciendo según conviniese por “palabra” o “discurso”, puesto que tiene ambos significados. Es evidente que “palabra” ha de comprender un ámbito mayor que el de “discurso”, debido a que este es un conjunto de palabras ordenado según el uso de la razón. La emisión de una palabra no supone razonamiento alguno, como suele pasar con los insultos. La salida de la libertad de palabra más allá del ámbito político al resto de la vida tanto pública como privada está así acompañada de una desvinculación de la razón. Dado este paso, el cambiar “palabra” por “expresión” no es más que la inclusión mediante la analogía de otras formas de comunicación en aquella libertad a la que concebimos ya como expresión mediante palabras.

Fue Leo Strauss quien escribió que América logró sustraerse a algunos de los profundos cambios que tornaron la Antigüedad en Modernidad, siendo uno de ellos el principio hobbesiano de la reducción de la razón a la voluntad. [v. Catherine y Michael Zuckert, *The truth about Leo Strauss*, The Chicago University Press, pp. 74 y ss.] De no poca importancia para el pensamiento constitucional, en este sentido, son tanto la tradición de la *Common Law*, basada en el reconocimiento de razonamientos pasados, como los mismos principios de la Declaración de Independencia reafirmados en la Constitución y reavivados por Lincoln. Sin embargo, todo cambia. El positivismo jurídico ha ido encontrando su sitio en el pensamiento constitucional americano y dejando su huella. El realismo de Holmes al concebir la *Common Law* como pura expresión de la voluntad, es decir, al negar su existencia o reducirla a mito, obtuvo su fruto al desterrarla como elemento de apreciación del Tribunal Supremo, en *Erie*. [Esta “automutilación” del Tribunal Supremo es el hilo conductor de George Anastaplo, *Reflections on Constitutional Law*, The University Press of Kentucky, 2006]. Pero más preocupante es la reducción de la racionalidad de las leyes al deseo actual del dominador, no sólo porque en la lucha



entre la voluntad de los muertos y la de los vivos los primeros no tienen ninguna posibilidad, sino porque invita al legislador a plasmar sus deseos en leyes.[v. Holmes]

Ya en 1942, el Tribunal Supremo era capaz de decir:

“Nunca se ha considerado que ciertas clases de discurso, bien definidas y estrechamente limitadas, provoquen un problema constitucional. Se ha observado con justeza que tales instancias no son parte esencial de expresión de ideas alguna, y son de un valor social tan bajo como paso hacia la verdad que el interés social en el orden y la moralidad sobrepasa claramente cualquier beneficio que se pudiera derivar de ellas”. [*Chaplinsky v. New Hampshire*]

Se trata del nacimiento del concepto clave en nuestros días de *low-value speech*. Si bien esta sentencia parece apoyar la consideración que se ha tenido de la 1E como protección exclusivamente del discurso político, no deja de tratar como “discursos” cosas que no eran consideradas como tales. Inadvertidamente, toda acción realizada con palabras pasa a ser discurso. Además, rechaza una visión absoluta de la 1E al dar prioridad al orden y la moralidad frente al beneficio que se extrae de ciertos discursos. No deja de ser una anticipación dialéctica [Otra anticipación más antigua la tenemos en la archiconocida comparación del juez Holmes entre un grito en un teatro y una octavilla de contenido político en *Schenk v.*] el señalar clases de discurso con poco valor que pueden producir un beneficio leve, pues se abre la puerta a que este beneficio sea considerado mayor, ganando en peso al “orden” y la “moralidad”. Por ejemplo, podríamos ser de la opinión de que la expresión tiene un valor en sí misma como realización personal. Todo caso de expresión crea, así pues, un conflicto en el cual la libertad de palabra ha de medirse a otros beneficios.

Este camino de la extensión no discursiva de la libertad de palabra está perfectamente ejemplificada en el caso de un manifestante que portaba una camiseta con un mensaje obsceno de condena al reclutamiento durante la guerra de Vietnam[Cohen v. California (1971)]. Su libertad de expresión fue protegida. El camino apenas abierto por Chaplinsky se convirtió en un motivo principal en los años del movimiento de derechos civiles. En los años 60 y 70, cuando las libertades civiles se sitúan en el centro de la reivindicación social, la 1E actualizada es un importante caballo de batalla político y judicial para conseguir mayor protección del individuo frente al Estado. A la expresión verbal la acompañará la no verbal, como el derecho a realizar actividades simbólicas: desde portar un brazalete negro a quemar una bandera, pero siempre con unos límites establecidos ad hoc, caso a caso. La contrapartida de esta ampliación es, como Anastaplo señala en el símil del dique, un estrechamiento de la protección dada al discurso inequívocamente político, considerándose una parte de éste, y ante todo su vertiente revolucionaria, parte del *low-value speech*.

Una lista de los ámbitos en que este discurso se da podríamos tomarla de cualquier enciclopedia legal. Por ejemplo:

- Discurso subversivo o incitador de actividades ilegales.
- Insultos.
- Obscenidad y pornografía.
- Discurso comercial.
- Expresión simbólica. [*West's Encyclopedia of American Law*, 2nd Edition (2000), pp. 413 y ss.]

El primero de ellos, con claridad, incluye la expresión de ideas políticas, que puede así ser limitada. Pero esto queda ya lejos de lo que la Constitución *dice* en la lectura directa que proponíamos. Hemos asistido al desplazamiento progresivo de la atención del legislador desde la Constitución a la Historia Constitucional. Esto no quiere decir que la Constitución sea incompatible con conceptos ajenos al siglo XVIII, como el de privacidad, sino que la adap-



tación a los nuevos tiempos toma forma de enmienda por última vez en la época de la Reconstrucción, y tanto en la época del *New Deal* como en la posterior agitación social del movimiento de derechos civiles, es una paraconstitución formada por leyes de menor rango, iniciativas presidenciales e interpretación judicial la que establece lo que la Constitución es, más allá de la voluntad del legislador. En el caso de la 1E, su sobredimensión, que alcanza casi cualquier ámbito de la vida humana, tiene sus consecuencias, positivas y negativas. Si una de las primeras es el innegable aumento de la libertad individual, una de las últimas es el grado de incertidumbre respecto a lo que los tribunales decidirán en cada caso y respecto a si una ley es constitucional o no. Cada revisión del Tribunal Supremo es una ocasión para establecer un nuevo límite entre discurso de suficiente o insuficiente valor, de insulto lícito o ilícito, de expresión de ideas o incitación al delito.

En resumen, podemos decir que la longeva Constitución americana se mantiene por dos motivos principales en tensión mutua: la solidez de sus principios y su receptividad al cambio. Aunque su centralidad ha sido desplazada en algunos aspectos, su espíritu ha dado lugar a un progreso general en la libertad y las condiciones de vida del pueblo americano, al menos, como hemos visto aquí, respecto al *totem* que es la libertad de expresión. No pocos la ven como una Constitución viviente, que en poco se parece a aquella que fue en la infancia. Frente a esto, si se cree en los primeros principios que la animaron, sólo cabe tenerla presente en la maraña del cambio, como hacía el juez Hugo Black, quien siempre llevaba una copia en el bolsillo. [Referido por Anastaplo, *Freedom of Speech and the First Amendment*, KUP, 2008]