

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

Los itinerarios
de la libertad de palabra

DISCURSO LEÍDO
EL DÍA 26 DE MAYO DE 2013
EN SU RECEPCIÓN PÚBLICA

POR EL EXCMO. SR.
D. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Y CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR.
D. JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ RON



MADRID

2013

Los itinerarios
de la libertad de palabra

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

Los itinerarios
de la libertad de palabra

DISCURSO LEÍDO
EL DÍA 26 DE MAYO DE 2013
EN SU RECEPCIÓN PÚBLICA

POR EL EXCMO. SR.
D. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Y CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR.
D. JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ RON



M A D R I D

2 0 1 3

© Santiago Muñoz Machado y José Manuel Sánchez Ron. 2013

Depósito legal: M-14576-2013
Producción: Dagaz Gráfica, s.l.u.
Impresión: Cromagraf PressCo, s.l.u.

Discurso
del
EXCMO. SR. D. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Agradecimientos. Recuerdo de D. Antonio Mingote

Entre los hombres que han formado parte de esta Real Academia, a lo largo de sus tres siglos de historia, siempre ha habido algunos de la estirpe de los juristas, en proporciones variables según las épocas. No digo los que se formaron como universitarios en las facultades de derecho, que son muchos más, sino los que se han dedicado profesionalmente a la tarea de crearlo, mejorarlo o aplicarlo. Es comprensible la continuidad de los juristas en esta docta casa porque el derecho es una ciencia del discurso, que se vale de la palabra como intermediaria y tiene su mejor, y casi única, herramienta en la argumentación. El método para interpretar las constituciones, las leyes y los contratos reside principalmente en el análisis del lenguaje que utilizan, de la significación de las palabras que emplean para declarar, prescribir y convenir. Los tribunales y los expertos, teóricos o prácticos, contribuyen al mantenimiento de la paz social y la realización de la democracia y la convivencia trabajando con el lenguaje. La Constitución y todo el sistema jurídico que deriva de ella es solo un enorme edificio cimentado, alzado y culminado con miles de palabras.

Un grupo señalado de académicos de aquella estirpe son los juristas de Estado. Personajes que han dedicado su vida al estudio de las instituciones públicas, luchando contra su decadencia, estudiando sus problemas, orientando las políticas públicas, identificando las exigencias del interés general y las de-

mandas de progreso social en cada momento histórico, formulando propuestas para alcanzarlas con prontitud. Todo ello, además, con el designio de mejorar el bienestar de los ciudadanos y garantizar el disfrute de sus derechos.

Esta vocación la han desarrollado aun cuando no ocuparan oficios públicos. A veces aceptaron investiduras de esta clase pero, en su defecto, han escrito recomendaciones, memoriales, informes y discursos sin desfallecimiento. Es como si consideraran al Estado un padre al que cuidar, o un patrimonio ajeno del que fueran los tutores necesarios.

Desde que fue creada la RAE, personajes de esa clase han sido Lardizábal, Jovellanos, Martínez Marina, Ranz Romanillos, Burgos, Pacheco, Alcalá Galiano... La lectura de sus obras ha contribuido a mi formación intelectual de un modo muy importante. Las he frecuentado docenas de veces, hasta hoy mismo, y he tratado de imitar siempre sus inclinaciones a la defensa del Estado porque, con otra fortuna y distinta inteligencia, también yo he sentido siempre la vocación que ellos desarrollaron con tanta generosidad y éxito.

Digo todo lo anterior para poder enfatizar ahora que, perteneciendo yo a la estirpe de los juristas y siendo admirador y discípulo intelectual de aquellos juristas de Estado, tengo que agradecer, señores académicos, con especial fuerza, que me hayáis elegido. No solo me honráis con el acceso a esta institución y con la posibilidad de lucrarme de vuestra compañía y prestigio, sino que me habéis permitido, al traerme a un sillón de esta casa, que sea ahora el último y más modesto eslabón de aquella nómina. No traigo entre las manos nada mejor que ofrecer a cambio que la seguridad de que he sido siempre esforzado en la dedicación a mi trabajo y en el ejercicio de mis responsabilidades. Os dejo la promesa, que ahora solemnizo, de

que trasladaré mis empeños preferentes al trabajo en la Real Academia Española.

Seguramente es innecesario que diga cuánto me satisface compartir trabajo, también en esta institución, con el profesor García de Enterría, maestro y amigo desde hace cuarenta años, que ha tenido la deferencia de presentar mi candidatura junto con los académicos y excelentísimos señores Sánchez Ron y Mateo Díez. Del primero ya tengo el admirable ejemplo de su dedicación entusiasta a esta docta casa, y su manifiesta y profunda vocación de investigador y divulgador de la historia de la ciencia, de la que tantos españoles estamos aprendiendo gracias a sus publicaciones. Y Luis Mateo Díez, a quien debo también la iniciativa, está a la cabeza de nuestra mejor narrativa y es un modelo de escritor y académico del que no he dejado de aprender desde que me ofreció su amistad.

Gracias a los tres y, una vez más, gracias también a los miembros de la Real Academia por el afecto con que me acogéis.

Me habéis traído para que ocupe el sillón r, que quedó vacante a la muerte de don Antonio Mingote.

Forma parte de la tradición que los discursos de ingreso comiencen con un elogio del académico al que se sustituye y, en verdad, no puedo pensar en tarea más fácil ni más gratificante que la de recordar al gran Mingote, un personaje a cuyo nombre se ha unido de modo inescindible el calificativo de genio. Ahora, después de su muerte, parece que la palabra ha quedado huérfana al no existir ser humano al que pueda aplicarse con tanta razón.

Cuando llegó a esta docta casa y dijo, desde este mismo estrado, su discurso de ingreso el 20 de noviembre de 1988, citó, antes que a nadie, a Groucho Marx haciendo suya aquella famosa frase: «Yo no puedo entrar en un lugar donde se admiten

individuos como yo». Era una broma muy adecuada para luchar contra el frío que se siente en este pupitre un día tan solemne, y una sentencia muy propia para un discurso que todos esperaban que estuviera sazonado de humor. Nadie gozó como él, desde el primer día, de una admiración y afecto tan compactos de sus amigos académicos. Aunque recién llegado, yo mismo he podido apreciar las huellas que ha dejado su ausencia y los profundos afectos que aquí se conservan. Esta consideración académica es, por cierto, la misma que tuvieron por él sus amigos o, simplemente, sus lectores, y es la contraprestación natural a la calidad humana de Antonio Mingote.

En algún momento de su madurez proclamó: «No sé explicarlo, pero yo a la gente la quiero de verdad». Y la gente le recompensó siempre con un amor equivalente. Los sillones de esta docta casa han estado ocupados siempre por hombres y mujeres admirables, pero rara vez el mérito intelectual ha sido apreciado tan unánimemente por el pueblo, y con un calor tan notable.

Antonio Ángel Mingote nació en Sitges el 17 de enero de 1919. Sus padres estaban viviendo en Daroca, en tierras aragonesas, pero la madre, Carmen Barrachina Espriú, se trasladó a Sitges, donde residía su familia, para dar a luz. Luego volvieron a instalarse en Daroca, donde su padre, músico, ejerció como director de la banda municipal.

Como todos los jóvenes de su generación, tuvo que participar en la Guerra Civil, de donde quizá arranque ese leve pesimismo antropológico que ha estado presente en su obra, y también la tristeza recurrente de algunos de sus personajes más amados. Tierna tristeza, en todo caso, porque la guerra no le dejó ninguna marca de fanatismo o de intolerancia. «El hombre del siglo xx —dijo— ha superado en barbarie y violencia a sus

antecesores». Lo único que recordó con agrado de aquella época es que sus primeros dibujos los publicó en una revista de alumnos de la Escuela de Infantería que se llamaba *La Cabra*.

La profesión de humorista gráfico, que dominaría su vida, comenzó verdaderamente cuando lo llamó Álvaro de Laiglesia para que colaborara en *La Codorniz*, la revista fundada en 1941 por Miguel Mihura, Tono, Edgard Neville y Enrique Herreros. Allí consiguió Mingote hacer famosos a sus primeros personajes, «la pareja siniestra», siempre de negro, alta y finísima de perfiles ella; escueto, barbudo, con chaqué y chistera él. Ejercieron de predecibles malísimos una larga temporada.

En 1953 lo contrató *ABC* como colaborador y, desde entonces y hasta 2012, publicó un chiste diario, mostrando una lealtad al periódico y un rigor en el cumplimiento de sus obligaciones que ha admirado siempre a sus compañeros de profesión.

Su actividad como escritor, periodista, dibujante, ilustrador y humorista creció exponencialmente a partir de entonces. Su celebrada *Historia de la gente* es de 1955; la *Historia de Madrid* de 1961; el impresionante *Hombre solo*, de 1970; y *Hombre atónito* de 1976. Ilustra libros, entre los que destaca la bellísima edición del *Quijote*, hecha con una meticulosidad extraordinaria. Algunos empezaron a llamarlo «el *Quijote* de Mingote» para remarcar la importancia de la contribución del dibujante. Esta actividad la continuó toda su vida hasta que, ya al final, ilustró *¡Viva la ciencia!* y *El mundo de Ícaro*, escritos por el académico Sánchez Ron, y publicados en 2008 y 2011, respectivamente, y una *Historia de la pintura* escrita por José Antonio Marina, editada en 2010. Tiene en su bibliografía relatos cortos, como «Los revólveres hablan de sus cosas», publicado en 2004; cuentos, agrupados, por ejemplo, en *El caer de la breva*, de 2010.

Muchos volúmenes con colecciones de chistes, algunos de carácter temático como *El pueblo* (2007) o *La ciudad* (2007). Y un pequeño gran tratado sobre mus (*El mus. Historia, reglamento, técnica, vocabulario*) escrito en 1965 y que actualmente suma cincuenta ediciones y sigue siendo de obligatoria consulta para quienes quieran manejar el órdago con solvencia. Su última obra es *El diario de Hamlet* aparecido en 2012, pocos días después de que él muriera.

Considerando la variedad de su obra se comprende que don Antonio no se sintiera nunca del todo conforme cuando lo encasillaban en la condición de humorista. Algunas veces decía que sería más justo que lo consideraran un dibujante, y otras, como un pensador. Su humor se orientaba siempre a sugerir, a buscar en las situaciones y las cosas explicaciones menos obvias y convencionales que las que ofrece la primera impresión. En su libro *Hombre solo*, que quizá sea el más importante de los que publicó, hay dibujos que reflejan exactamente esa característica de su humor, sereno y provocador al tiempo. Todos los dibujos incluidos en *Hombre solo* están realizados en tinta negra, salvo cuatro o cinco que tienen algún mínimo toque de rojo. Representan los labios de una mujer que un hombre maduro y feo se pinta en la mejilla; las gotas de sangre que derrama el dedo de un caballero, totalmente recubierto de armadura, al clavarse las espinas de una rosa; el pelo, la chaqueta, la nariz y los zapatos de un payaso que transita por la calle con un cartel que dice «formalidad»; una escultura que imita el *Pensador* de Rodin, a la que añade el pelo escenográfico y la nariz redonda y roja de un payaso... Ninguno de esos dibujos aspira a provocar la carcajada de quienes los contemplan. Pero quienes lo hagan entenderán las sugerencias del autor, que ofrece en cada uno de ellos una reflexión

sobre la naturaleza humana; el propósito del dibujante es conmover con el simple recurso de cambiar momentáneamente algún elemento de la realidad. Pero sin presumir demasiado como pensador. Decía Mingote que «el humorista — más que pensador— es un razonador. El humor es darte cuenta de que todo es relativo, de que todo tiene otra lectura». Su arma dominante es la ironía, utilizada, además, sin acritud, sin ningún ánimo de ofensa.

Acostumbrar a sus lectores a ver todos los lados de las cosas y a no aceptar, sin más, las consecuencias ni las explicaciones ordinarias, sorprender infringiendo lo habitual, la presentación estereotipada de los acontecimientos, las costumbres o las reacciones de las personas. Este era el estilo de Mingote.

No fue nunca don Antonio un chistoso, es decir una persona ocurrente que es capaz de sacar chispas de cualquier acontecimiento y presentarlo a los demás inmediatamente con fórmulas capaces de provocar la carcajada. El humor gráfico de Mingote nunca, o muy rara vez, fue de carcajada. Ni ideado y plasmado como un fogonazo. Por el contrario, necesitaba tiempo y meditación para elaborar sus viñetas. No tenía la espontaneidad del humorista de escenario, sino la introspección del pensador o la manera de trabajar del editorialista. Muchos de sus dibujos expresan los ratos innumerables de impaciencia que consumen al escritor o al dibujante hasta que le llegan argumentos o ideas dignos de ser contados. Entre los dibujos de Mingote que expresan esta angustia, ninguno mejor para mi gusto que aquel en el que un Velázquez descorazonado y aburrido, apoyado sobre el caballete que sostiene un lienzo immaculado, dice «Hay días en que no se le ocurre a uno nada» mientras por la puerta del fondo, como por casualidad, empiezan a entrar, para jugar en la misma sala, las infantas, las meninas y el mastín.

Esa compenetración de Mingote con sus personajes refleja también el amor y el orgullo por su trabajo. Son incontables los autorretratos de Mingote que ocupan un sitio en composiciones más complejas. Este tipo de intercambios no son, además, estáticos casi nunca. El autorretratado y las demás criaturas comprendidas en el lienzo o en el papel traban relaciones amigables. Me maravilla la composición en la que se ve a Antonio Mingote dibujándose a sí mismo mientras la figura que está creando, aún sin terminar, saca el brazo del lienzo y perfila con un pincel el bigote del maestro.

Sus trazos limpios, firmes y perfectos siempre, muy personales y característicos, bien dibuje paisajes, personas o simplemente ideas, porque también dibuja Mingote pensamientos, visibles y fáciles de leer aun sin texto que los acompañe.

Un lápiz tan exacto interpreta la vida y los acontecimientos sin necesidad de hacer uso de las palabras. Los bocadillos o los pies de sus viñetas se caracterizan siempre por la liviandad. Son apuntes mínimos que bastan para deducir de ellos un discurso o un editorial enteros. El maestro Lázaro Carreter, cuando lo recibió en esta Real Academia, dijo de su estilo que «en este arte de economizar lenguaje hasta desvanecerlo, Mingote ofrece muestras sorprendentes de pericia elíptica que, lejos de ahorrar esfuerzo a la comprensión, no hacen sino desencadenar un proceso discursivo».

He dicho antes que la virtud que más unánimemente destacan de Mingote, más allá de su consagrada genialidad y de sus valores de humanista integral, es su condición de hombre bueno, querido, a ese título, por todo el mundo y de un modo nada habitual para un hombre que alcanzó en la vida los máximos honores que la sociedad y las instituciones pueden llegar a otorgar.

Creo, por mi parte, que esa bondad se refleja en su obra continuamente. Las caricaturas y los chistes de Mingote son templados, nunca hirientes, jamás despreciativos, siempre respetuosos de la dignidad y los derechos de los demás. Cuentan sus biógrafos que una sola vez en su vida le pusieron una demanda por un chiste, un grupo de ciudadanos ofendidos, que terminaron retirándola y, además, regalándole un jamón. Hace algunos meses, poco después de su muerte, *ABC* publicó los chistes que, a lo largo del franquismo, había prohibido la censura. Eran pocos y de contenido político más que sutil. Nunca quiso señalarse asumiendo posiciones de primera línea de fuego. Esto lo aprendió en la escuela de *La Codorniz*, que fue criticada en su tiempo por llevar una línea editorial poco comprometida. Pero Mingote nunca tuvo inconveniente en señalar que sus ideas no velaban en absoluto su observación crítica de la realidad. El propio Mingote explicó muy bien esta manera de ver el mundo: «mi corazón está con mucha gente de la derecha — escribió —, que es simpática y generosa, y mi pensamiento con mucha gente de la izquierda, que tiene razón. Pero no estoy dispuesto a aceptar que en la derecha no haya muchos canallas y en la izquierda muchos imbéciles».

A unos y a otros trató siempre con ironía en sus trabajos, no con acritud ni con violencia; a unos y a otros hizo pensar desde perspectivas enriquecedoras.

Creo que si toda su obra hubiera de ser agrupada bajo un solo lema, principio o virtud cívica, tendría que elegirse la tolerancia, sin duda alguna.

En su mencionado discurso de ingreso en esta Real Academia, que tituló «Dos momentos del humor español», en el que comparó las características de la revista *Madrid cómico*, que dominó el período que va de 1880 a 1912, y las de *La Codorniz*,

fundada después de la Guerra Civil, Mingote caracterizó el humor de la primera como «resentido y violento», y el de la segunda «comprensivo y pacífico». O también «intransigente» el *Madrid cómico* y «tolerante» *La Codorniz*. Insistió varias veces a lo largo del discurso en esa misma idea, que remató asegurando que los españoles hemos aprendido «a no confundir lo poético con lo cursi (y) si hemos rechazado la intransigencia en favor de la tolerancia», se lo debemos a *La Codorniz*. «*La Codorniz* —concluyó— era una bomba de relojería debajo de la mesa, respetabilísima en aquel momento, de la intransigencia, de la cursilería, de la rutina».

Los mejores amigos de Mingote también se enorgullecieron de haber aprendido de él la virtud de la tolerancia. En un libro biográfico publicado en 1988, con ocasión del ingreso en la Academia, uno de los autores, Rafael Azcona, escribió: «Todos recuerdan haber aprendido algo de su tolerancia y de su sentido de la ironía, más tierno que acre» (Ildefonso-Manuel Gil, Rafael Azcona, Alfonso Ussía y Ángel Palomino, *Retrato de Antonio Mingote*, Círculo de Lectores, 1988, pág. 40).

Mingote utilizó, durante toda su vida de dibujante y humorista, la libertad de pensar y de comunicar apoyado en la virtud de la tolerancia. Al tener que elegir por mi parte un tema para mi discurso de ingreso en esta docta casa, me pareció que la decisión me venía dada, que el mejor homenaje al Genio podría consistir en exponer cómo llegó a implantarse aquella virtud, y a respetarse por todos tal libertad, que es, en esencia, la libertad de palabra, el bien más adorado en este templo de la Real Academia Española.

Los itinerarios de la libertad de palabra

I. Preliminar

La libertad de palabra, el derecho al discurso y a la comunicación son conquistas recientes en las sociedades occidentales, que aún, de vez en cuando, se ven acosadas por restricciones imprevisibles e injustas. El poder de expresarse es tan antiguo como la raza humana; hacerlo con palabras suficientes y un orden adecuado ha dependido de los progresos del lenguaje. Usar las palabras para transmitir creencias, opiniones o informaciones y hacerlo con plena libertad ha necesitado, en fin, muchos años de maduración, un largo proceso que no puede darse por concluido del todo.

Pretendo seguir en este discurso el itinerario de la libertad de palabra en los Estados y sociedades occidentales hasta poderse ejercer con garantías. El proceso se ha desarrollado en un arco temporal que abarca, por lo menos, desde principios del siglo xvi hasta la actualidad. Desde un punto de vista territorial, el movimiento favorable a su reconocimiento y a la eliminación de los estorbos que hacían imposible su ejercicio se inició en Europa. Pero a medida que se fueron alumbrando y consolidando ideas en el Viejo Continente, pasaron a América, donde

se inició un movimiento parejo que, al cabo de los siglos, alcanzaría la misma clase de victorias de la libertad frente al poder.

Desde finales del siglo XIX sobrevive en Europa un debate, añejo ya por tanto, y quizá improcedente a no ser por lo mucho que ha contribuido a la reflexión sobre estos problemas, acerca de si la libertad de palabra, aneja a la libertad de conciencia, se trasladó de Europa a América o la conquistaron primero los colonos norteamericanos los días de la revolución que los llevó a la independencia.

Comenzaré este escrito partiendo de esa famosa discusión y sus epígonos, que son de hoy día. Pero no me he parado mucho en ella, no obstante considerarla intelectualmente apasionante, para plantear enseguida que, indiscutiblemente, antes de que nacieran las libertades aludidas apareció en el mercado de las ideas la lucha por la tolerancia. Estableció esta el caldo de cultivo del que emergió la libertad de religión, o de conciencia y pensamiento, y la de palabra, que acompaña inescindiblemente a cualquiera de las demás porque, para realizarse plenamente, necesitan de la comunicación de lo que se opina, conoce o cree.

La acción contra la intolerancia consistió en una fuerte reacción contra la uniformidad del pensamiento religioso y científico, y, derechamente, contra los abusos, persecuciones, procesamientos, torturas y muertes con que los poderes civil y eclesiástico sancionaban a los disidentes. Se desarrolló este movimiento principalmente a partir de las primeras décadas del siglo XVI.

Las obras esenciales de Castellio, Coornhert, Milton, Spinoza, Grocio o Locke y, antes que las de estos, las de humanistas cristianos como Erasmo, Moro o Vives reclamaron la libertad de discutir y comunicar. Pero fueron solamente el inicio de

la lucha por conquistar la libertad de palabra. La tolerancia, por la que clamaron con tanta fuerza, no fue alcanzada ni en el siglo XVI ni en los sucesivos, pero, en todo caso, su realización requería que las libertades de pensamiento y expresión se configuraran como derechos pertenecientes a todos los hombres, utilizables también para la crítica de la religión oficial o la censura de los Gobiernos.

El camino que va de la tolerancia a la consagración de las libertades ha sido recorrido durante siglos.

En el setecientos, aquellos mismos filósofos que se manifestaron en favor de la tolerancia alegaron también contra la censura de la edición de impresos de cualquier clase, especialmente los que tenían más capacidad de penetración e influencia que, en aquel siglo, fueron los libros. Pero tampoco lo consiguieron plenamente. Solo en algunos países europeos decreció la importancia de la censura, como en Inglaterra, pero a cambio del establecimiento de otros métodos no menos severos para la represión de los abusos, reales o imaginarios, de esa libertad. Abuso fue durante mucho tiempo, sin matices, cualquier clase de crítica a las acciones de los Gobiernos o de las Iglesias.

Esta situación se prorrogó hasta las revoluciones americana y francesa, la emergencia del constitucionalismo y la consagración, en las declaraciones de derechos, de nuevas categorías de libertades reconocidas por igual a todos los hombres. Entre ellas, las de pensar y expresarse, de palabra o por escrito, fueron las primeras. Tal reconocimiento se llevó a cabo empleando, además, fórmulas literarias muy enfáticas que prohibían, por ejemplo en la Primera Enmienda norteamericana de 1791, que el Congreso hiciera en lo sucesivo ninguna ley que las limitara. La réplica en las constituciones europeas, desde la Declaración de Derechos francesa de 1789, fue la abolición de la censura.

Pero para entonces se había desarrollado ya un nuevo instrumento de comunicación, la prensa escrita, que puso a los Gobiernos ante nuevos retos. La consagración constitucional de la libertad coincidió con la proliferación de folletos, hojas sueltas, panfletos y periódicos de todo tipo, que tuvieron en vilo a los primeros Gobiernos constitucionales. Esta circunstancia determinó la aparición de una densa legislación sobre la libertad de imprenta, en Europa, o de legislación conducente a preservar la seguridad pública, en América, que aseguró a los poderes públicos su protección frente a las críticas excesivas.

Puede tenerse por cierto, además, que las contundentes declaraciones constitucionales en favor de la libertad de palabra quedaron marginadas durante largos períodos de los siglos XIX y XX. Es errónea la idea de que la libertad de palabra fuera una conquista definitiva desde que las primeras constituciones la proclamaran como un derecho solo limitable en supuestos excepcionales para la salvaguarda de los intereses generales o la defensa de otros derechos de los ciudadanos. Resultan sorprendentes los resultados de cualquier investigación que se introduzca en el conocimiento de la situación real porque es fácil descubrir cómo en la mayor parte de los países europeos, igual que en Estados Unidos, la superación plena de las limitaciones a la libertad de comunicación, especialmente cuando afectaba a la crítica política, no se produjo hasta bien pasada la primera mitad del siglo XX.

Fue en esta última época cuando los itinerarios que había seguido en Estados Unidos y en Europa la libertad de palabra confluyeron y se ajustaron a un mismo orden de valores y principios, tanto respecto de su contenido garantizado como de los límites a su ejercicio. Así como el pensamiento filosófico y político en favor de la tolerancia y la libertad de palabra surgió

en Europa y de aquí se trasladó a América, han sido muchas las ideas procedentes de América que los Estados europeos han incorporado a sus sistemas jurídicos en la segunda mitad del siglo xx. Actualmente se ha conseguido una práctica uniformidad de conceptos, sin perjuicio de que las tradiciones de partida y los procesos seguidos, en uno y otro lado del Atlántico, hayan sido diferentes.

Cuando este bagaje estaba ya formado, han aparecido en el itinerario, ahora unificado y común, nuevos retos.

Uno muy principal es el uso, personal o colectivo, en la calle, de la libertad de palabra, sin ninguna intermediación de los medios de comunicación. Sus manifestaciones son múltiples, y algunas inquietantes, porque revelan un cierto retorno de la intolerancia. Marchas o manifestaciones racistas, intransigencia religiosa, discriminación por razón del sexo o el origen, antisemitismo, antiislamismo, o resistencia al empleo de conceptos o de símbolos propios de una determinada religión, dificultades de integración en las escuelas, etc.

Y, por otro lado, se ha abierto un nuevo territorio para la utilización de la libertad de palabra, que son las infovías. Internet, que asombra por la novedad de los retos que plantea, pone en cuestión si la uniformidad de conceptos, lograda en todos los países occidentales respecto de la utilización y límites de la libertad de palabra, puede ser utilizada en dicho entorno.

Es seguro, en todo caso, que el universo digital marca el inicio de un nuevo itinerario para la libertad de palabra.

Se refiere este discurso a todas las cuestiones enunciadas, planteadas desde el siglo xvi al siglo xxi.

Pero me detengo primero en la mencionada polémica acerca de quién inventó la primera libertad.

II. La invención de la primera libertad

Se aprobaron con muy poca diferencia de tiempo las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos y la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano, en 1791 aquellas y en 1789 esta. La Constitución americana fue un poco anterior a esos documentos (1787), pero no contenía ninguna relación de derechos de los ciudadanos¹. Al-

¹ Los estudios clásicos sobre la declaración de derechos americana siguen siendo los de Irving BRANT, *The Bill of Rights*, Bobbs-Merrill, New York, 1965; Learned HAND, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1958; Alexander MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, New York, 1965, y Bernard SCHWARTZ, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1956. Específicamente sobre la Primera Enmienda, Waltar BERNS, *The First Amendment and the Future of American Democracy*, Regnery Gateway, Chicago, 1985, y Nat HENTOFF, *The First Freedom*, Delacorte, New York, 1980. Y resúmenes de la evolución concerniente a la interpretación de la Primera Enmienda, en Robert J. WAGMAN, *The First Amendment Book*, Pharos Books, 1991, y en George ANASTAPLO, *Reflections on Freedom of Speech and the First Amendment*, the University Press of Kentucky, 2007.

Para los debates y el pensamiento de los padres fundadores, son muy ilustrativas las exposiciones contenidas en los siguientes estudios monográficos: la muy influyente, conocida y debatida tesis de Charles A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 1.^a ed., 1913, Dover Edition, New York, 2004; Bernard BAILYN, *To begin the World Anew. The Genius and Ambiguities of the American Founders*, Vintage Books (Random House), New York, 2003. También de BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, Massa-

gunas afirmaciones, aunque no ordenadas y articuladas, se incluyeron en la Declaración de Independencia de 1776². En América, en verdad, la primera declaración de derechos fue la del «Buen Pueblo de Virginia», aprobada, casi simultáneamente con la Declaración de Independencia, el 12 de junio de 1776, secundada inmediatamente por otras colonias.

chussets, 1967 (edición ampliada), 1992 (traducción española en Tecnos, Madrid, 2012); Joseph J. ELLIS, *Founding Brothers. The Revolutionary Generation*, edición en Vintage Books (Random House), New York, 2002; Jack N. RAKOVE, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage Books, New York, 1997; Michael KAMMEN, *The Origins of American Constitution. A Documentary History*, Penguin Books, New York, 1986 (reimp. 1987).

² El texto, debido a la pluma de Jefferson, y aprobado por el Congreso, que reunía a las trece colonias, después de una breve introducción en la que se resume que la Declaración explica las causas que impulsan a la separación de la metrópoli, decía: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida y la libertad y la búsqueda de la felicidad...».

La autobiografía de Jefferson, donde explica su contribución y los cambios sucesivos introducidos en la Declaración de Independencia y otros documentos constitucionales, así como su valoración de la Revolución francesa, en *Jefferson Writings*, The Library of America, 1984. La autobiografía está incluida en las págs. 1-103.

Los borradores de la Declaración, para poder apreciar la evolución del texto hasta su redacción final, pueden consultarse en el libro de David ARMITAGE, *Las declaraciones de independencia. Una historia global*, trad. de Antonio J. Carrasco, Marcial Pons Historia, 2012, págs. 129 y sigs.

Excelentes compilaciones de los documentos del período constituyente son las de Bernard BAILYN, *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles and Letters during the Struggle over Ratification*, 2 vols., Litterary Classics of the United States, New York, 1993. Y, entre nosotros, la de Luis GRAU, *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

Todos los Estados europeos en los que había influido la Revolución francesa de 1789, por lo tanto España entre ellos y las colonias centro y sudamericanas, tuvieron por cierto que las garantías de los derechos y su proclamación en un texto legal de primer nivel fue el mayor legado que la Revolución difundió por todas las partes del mundo.

A su vez, tales conquistas, decisivas en la historia de la humanidad, eran tributarias de la filosofía racionalista que se había desarrollado en Europa central durante los siglos XVII y XVIII, y que concluía en la obra de los grandes pensadores ilustrados, que influyeron decisivamente en los cambios políticos y constitucionales acontecidos al final del XVIII, de los que la Revolución fue el máximo exponente.

Así estaba el asunto de generalmente asumido cuando, al final del siglo XIX, uno de los más importantes juristas de Alemania, Georg Jellinek, publicó una pequeña, y para muchos irritante, obrita titulada *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), que sostenía como más verosímil una trayectoria de los derechos diferente a la tradicionalmente asumida: no habrían irradiado desde Francia al mundo, sino desde América. En España tradujo la obra, algunos años después, Adolfo Posada (1908) sin disimular su admiración por Jellinek, aunque poniendo al texto un prólogo conciliador. Y en Francia fue recibida con las esperables críticas hacia un pensador que se había atrevido a cuestionar una de las mayores glorias de la historia gala.

La verdad es que Georg Jellinek nunca dejó de destacar su admiración por la obra revolucionaria francesa ni de rendir tributo a la importancia de la Declaración de 1789. Esta se convirtió en un nuevo catecismo que introdujo conceptos que cambiaron el curso de la historia. Gracias a la Declaración entró a formar parte del derecho positivo la noción de «derechos

subjetivos»³. Antes era un concepto que se manejaba por los cultivadores del derecho natural, pero del que no se habían hecho cargo textos con valor constitucional. La literatura y los escritos políticos manejaban como derechos los de los reyes y grandes privilegiados, o los de algunas entidades y corporaciones, pero no reconocían propiamente la categoría de los derechos generales de los ciudadanos.

Constatado todo lo anterior, Jellinek desarrolló su tesis en la que sostenía, nada menos, que la Declaración de 1789 no era tributaria de las ideas expuestas por Rousseau en el *Contrat social*; es decir que negó la doctrina que era de uso corriente en el pensamiento francés de su tiempo. A cambio sostuvo la siguiente proposición: «La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *Bills of Rights* o *Declarations of Rights* americanos»⁴. Para la demostración de su tesis se valió no solo de una documentada argumentación, sino también de una simple comparación entre los textos coloniales y los franceses.

Añadió a su original planteamiento la negación de que Rousseau hubiera influido en la Declaración francesa; y concluyó justificando por qué los textos americanos se anticiparon en el reconocimiento de los derechos.

³ Un desarrollo de esta observación, en el estudio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994 (fue su discurso de ingreso en la Real Academia Española, el 24 de octubre de ese mismo año). Sobre el concepto de «derecho subjetivo» y su aplicación en la Declaración de 1789, págs. 47-97.

⁴ La versión española del libro de Georg JELLINEK, con el título *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, con traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, cuenta con una edición moderna de la UNAM, México, 2000, por la que cito. La tesis que entrecomillo en el texto se reitera a lo largo del ensayo de Jellinek.

Su lectura del *Contrato social* le lleva a sostener que, de acuerdo con la filosofía de Rousseau, los hombres, para poder convivir en sociedad, aceptan el sacrificio de su autonomía individual, de su voluntad propia y capacidad de decisión, para integrarlas en la voluntad general, donde reside la soberanía. Esta voluntad general es la suma de las voluntades individuales de los ciudadanos que forman parte del Estado. La integración de la voluntad general exige la renuncia a los derechos propios. Sostiene Jellinek que en la filosofía del *Contrato social* el individuo «no conserva para sí ni un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado»⁵. Por tanto, «la concepción de un derecho originario que el hombre trasfiere a la sociedad y que se presenta como una limitación jurídica del soberano se rechaza expresamente por Rousseau»⁶. Y concluye, en fin: «La Declaración de 26 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el *Contrato social*»⁷.

Eliminada la influencia del filósofo francés, se apresta a demostrar cómo los americanos se anticiparon en la consagración positiva de los derechos individuales. La idea de esa anticipación no es de Jellinek, sino que la había utilizado pocos años antes Janet⁸. Pero el autor alemán se entretuvo en explicar las razones por las que se habían formado tan primerizamente las declaraciones americanas. No fue la Declaración de Independencia el primer texto que relacionó los derechos fundamentales, sino el

⁵ JELLINEK, *op. cit.*, págs. 85 y sigs.

⁶ JELLINEK, *op. cit.*, pág. 86.

⁷ JELLINEK, *op. cit.*, pág. 87.

⁸ JANET, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3.^a ed., París, 1887, págs. xi y sigs. Un comentario respecto de este precedente, que reconoce el propio Jellinek, en A. POSADA, «Estudio preliminar», a JELLINEK, *La Declaración...*, cit., págs. 47 y sigs.

Bill of Rights del Estado de Virginia, adoptado el 12 de junio de 1776, que fue secundado el mismo año, aunque no con idénticos contenidos, por Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte y, en los años siguientes, por otras colonias importantes⁹. Las mencionadas declaraciones no tenían parecido alguno con las proclamações históricas existentes en el derecho inglés, desde la *Carta Magna* de 1212 al *Bill of Rights* de 1689. Estos textos reconocieron retrospectivamente, confirmaron o interpretaron derechos de los súbditos, pero no pretendieron situarlos por encima del legislador. En contraste, las declaraciones americanas establecían criterios de organización política y, además, límites al poder legislativo ordinario fijando claramente las líneas de separación entre el Estado y los individuos. El reconocimiento de la igualdad de todos, la afirmación de que los derechos son patrimonio de cada uno y la enumeración más extensa de estos no tienen, para Jellinek, ninguna raigambre en los textos ingleses.

El origen de esta nueva concepción de los derechos es, para el autor alemán, religioso; arranca en el siglo XVI, en el marco de los movimientos reformistas, y alcanzaría sus primeras manifestaciones en la obra de Robert Brown y sus adeptos. Brown, como tantos otros perseguidos por sus ideas religiosas, tuvo que abandonar Inglaterra y se refugió en Holanda. Su movimiento acabó transformado en el Congregacionismo, que sostenía como principios esenciales la separación de la Iglesia y el Estado y la

⁹ Pennsylvania, el 28 de septiembre de 1776; Maryland, el 11 de noviembre de 1776; Carolina del Norte, el 18 de diciembre de 1776; Vermont, el 8 de julio de 1777; Massachusetts, el 2 de marzo de 1780; New Hampshire, el 31 de octubre de 1783. Las constituciones y declaraciones de derechos que se citan están compiladas en el vol. III del libro de Luis GRAU, *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism, 1765-1787*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

autonomía de cada comunidad, para la que exigía el derecho a gobernarse y administrarse en los asuntos espirituales mediante el consentimiento libre del pueblo y bajo la autoridad inmediata de Cristo¹⁰.

En materia religiosa estas ideas suponían que la libertad de conciencia era previa y no había sido otorgada por ningún poder terrenal, ni podía tampoco ser impedida. Pero también se proyectaban en el plano político porque consideraban que el Estado, al igual que la Iglesia, solo podía concebirse como una reunión de individuos soberanos. Ambas asociaciones, Iglesia y Estado, se forman sobre la base de pactos fundacionales celebrados usando los derechos originarios de los individuos. Su finalidad no es solo garantizar la seguridad y el bienestar, sino también asegurar la libertad de conciencia.

Aunque estas ideas tenían muchos antecedentes en la Europa de la Reforma, en América se ejecutan en la práctica por primera vez, ya que fue allí donde se celebraron pactos para organizar tanto las comunidades civiles como las religiosas. El más conocido de estos pactos es el que los peregrinos congregacionistas desterrados celebraron a bordo del *Mayflower*, la nave que les había llevado a América. Cuarenta y dos personas firmaron, el 11 de noviembre de 1620, un acta en la que se comprometían a asociarse en un cuerpo político y civil, establecer leyes, nombrar autoridades y someterse a sus determinaciones, para preservar su seguridad y alcanzar los fines comunes¹¹.

¹⁰ JELLINEK, *op. cit.*, págs. 115 y sigs.

¹¹ El *Mayflower Compact* de 1620 y la mayor parte de los documentos más importantes de la historia constitucional de Estados Unidos están compilados en los dos volúmenes preparados por Melvin I. UROFSKY y Paul FINKELMAN, *Documents of American Constitutional & Legal History*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2008; el pacto citado en I, págs. 8 y sigs. También el

De este tipo de pactos fundacionales se celebrarían muchos en los años inmediatos. En 1631 llegó a Massachusetts Roger Williams, a quien la comunidad de Salem, constituida poco antes (1629), eligió como pastor. Predicó la más absoluta separación entre la Iglesia y el Estado, y la libertad religiosa más amplia. Alcanzaba esta no solo a los cristianos sino también a los judíos y paganos, a los que el Estado debía reconocer los mismos derechos que a los demás. Williams acabó siendo proscrito y tuvo que huir, fundando seguidamente, con algunos de sus seguidores, la ciudad de Providence en 1636. Allí celebraron, los perseguidos por su manera de entender la religión, un nuevo pacto en el que se comprometían, como era habitual en estos *covenants*, a someterse a las leyes, pero remarcando que tal obediencia se ofrecería «*only in civil things*». Algunos separados de la comunidad de Providence crearon otra, en 1638 en Rhode Island, acogién-dose al mismo tipo de pacto¹².

texto completo en la compilación de Luis GRAU, *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism, 1765-1787*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009, vol. 1, págs. 191 y sigs.

¹² «*We whose names are underwritten do here solemnly, in the present of Jehovah, incorporate ourselves into a Body Politic, and as he shall help, will submit our persons, lives and estates, unto our lord Jesus Christ, the King of kings, and Lord of lords, and to be guided and judged hereby*». Una detallada exposición de los orígenes de la libertad religiosa en las declaraciones anteriores a la Constitución, las deliberaciones que llevaron a incluirla en la Primera Enmienda, y la jurisprudencia inmediata, en el libro de Barry ADAMSON, *Freedom of Religion the First Amendment and the Supreme Court*, Pelican Publishing Company, Gretna, Louisiana, 2006. Un análisis sobre los orígenes de la libertad de religión en Estados Unidos, conectando con las teorías sobre la tolerancia religiosa de John Locke hasta concluir con la cláusula de libre ejercicio de la religión, en el estudio de Michel W. McCONNELL, «The origins and historical understanding of free exercise of religion», en *Harvard Law Review*, vol. 103, May 1990, n.º 7.

El derecho de libertad religiosa estaba presente y era la finalidad esencial de los pactos fundacionales hasta para los puritanos que, no obstante, se mostraron bastante intransigentes en cuanto a las creencias y prácticas de los demás. De esta manera, el derecho de libertad religiosa fue tomando carta de naturaleza en los códigos y documentos elaborados por las colonias o en las cartas otorgadas por el rey, hasta que fue consolidándose como un derecho superior al Estado, que este no podía ni regular ni violar.

Este derecho de libertad de conciencia fue el primero de todos los derechos y, vinculados a él, como complementos indispensables, aparecieron otros considerados también como inalienables: el de manifestar o expresar los pensamientos, la libertad de palabra y, más tarde, la de prensa, de asociación y reunión, de emigración, de petición, las garantías frente a la imposición, ante los procedimientos y leyes penales, o la participación en la vida política del Estado.

Todo este complejo de derechos, nacidos a partir del reconocimiento de la primera libertad, que fue la de conciencia, se consagraron en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, ya citada. Todo lo cual permitió a Georg Jellinek asentar la siguiente conclusión: «El principio de libertad religiosa alcanzó en América una consagración jurídico-constitucional, según límites más o menos amplios. Este principio, que está ligado al gran movimiento político-religioso de donde ha surgido la democracia americana, proviene de la convicción de que hay un derecho natural del hombre, y no un derecho otorgado al ciudadano, en lo de tener libertad de conciencia y libertad de pensamiento en materia religiosa, siendo tales libertades un derecho superior al Estado que este no puede violar». «La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales e inviolables del individuo no

es de origen político sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución es, en realidad, un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado por su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de creencias, y cuyo nombre los americanos aún hoy recuerdan con veneración»¹³.

La referencia a Lafayette en este pasaje rememora su activa participación en la elaboración del borrador de la Declaración de Derechos francesa, inspirada por su experiencia americana (había participado con los revolucionarios en la lucha por la independencia), cuya preparación para Francia había sido vivamente recomendada por Jefferson, que fue partidario acérrimo de esta clase de textos¹⁴.

Complementariamente concluye Jellinek que la doctrina del derecho natural, tan importante en Europa, no llegó a ser la fundadora del sistema de los derechos del hombre. Reconoce que fue importantísima aquella doctrina. Algunos de los más destacados pensadores de esa corriente incluso llegaron a preparar listas de derechos (Puffendorf y Wolff). Pero para el jurista alemán, la existencia de toda una relación de derechos fundamentales especializados, que el Estado debe reconocer expresamente, «no se halla en parte alguna antes de la Revolución americana».

De cómo estas listas americanas de derechos son imitadas a la letra por los revolucionarios franceses ofrece otras muestras incluyendo en su obra cuadros con los que trata de expresar la

¹³ JELLINEK, *op. cit.*, págs. 120 y sigs.

¹⁴ La mención a esta intervención de Lafayette, en la obra de JELLINEK, *op. cit.*, pág. 125. Con carácter más general, en los estudios sobre la Declaración de derechos citados en la nota 1.

similitud de las redacciones entre los preceptos de los *Bills of rights* americanos y los de la *Déclaration* francesa.

Una tesis como la de Jellinek, tan radicalmente contraria a las convicciones culturales de los franceses y tan rompedora con la valoración, sostenida hasta entonces, de la influencia de los filósofos racionalistas en el reconocimiento de los derechos humanos, no resultó indiferente a los estudiosos de principios del siglo xx¹⁵. Algunas obras inmediatas, que ponían la reforma protestante en el centro de la renovación de las instituciones políticas, la cultura y la economía europea, como la de Max Weber (*La ética protestante y el espíritu del capitalismo*) o la de Troeltsch (*El protestantismo en la formación del mundo moderno*)¹⁶ pueden entenderse conectadas con el pensamiento de Jellinek, que, en definitiva, pone por delante las ideas derivadas de la Reforma religiosa como fundamento del enorme cambio cultural y político que tiene lugar en América. Aquel pangermanismo merecería muchas críticas ulteriores.

Pero *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, de Georg Jellinek fundó verdaderamente una corriente bibliográfica que alimentaron muchas publicaciones aparecidas en los años inmediatos y que han seguido editándose hasta hoy¹⁷.

¹⁵ Georg JELLINEK había publicado tres años antes su importantísimo *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, del que la obra comentada puede considerarse un análisis complementario y parcial.

¹⁶ Max WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. Joaquín Abellán, Alianza Editorial, Madrid, 2001. Ernst TROELTSCH, *El protestantismo y el mundo moderno*, Fondo de Cultura Económica, 2008.

¹⁷ Los principales textos de la época e inmediatamente posteriores están recogidos en el libro al cuidado de R. SCHNUR, *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1964, que recoge los trabajos de E. BOUTMY, J. HASHAGEN, O. VOSSLER, G. RITTER, H. WELZEL, J. BOHATEC.

La reacción más destacable que provocó en la doctrina francesa la obra del jurista alemán se debió a E. Boutmy, quien le imputó no haber interpretado bien a Rousseau, confundir a propósito publicando cuadros comparativos a conveniencia y minusvalorar el impulso europeo de la tolerancia y de la libertad de conciencia, que fue mucho más importante que el empeño de Roger Williams y los suyos en favor de la libertad religiosa¹⁸.

Leyendo bien a Rousseau, objeta Boutmy, podrá comprobarse que en su *Contrato social* no consideraba que los individuos tuvieran que entregar todo su poder al soberano, sino que asume la reserva de parcelas de autonomía precisamente para impedir la posible arbitrariedad de aquel. Esas facultades que el individuo no pierde son la materia propia de la Declaración de Derechos. Aunque Boutmy no reconoce que la Declaración francesa sea la simple realización del pensamiento de Rousseau, de Locke o de cualquier otro pensador, o de los *Bills* americanos, sino que es el resultado del gran movimiento intelectual y cultural del siglo XVIII.

Lafayette no citó en la Asamblea ni una vez, afirma Boutmy, las declaraciones americanas, mientras que sí pueden apreciarse referencias a la obra de Rousseau. Por otra parte, los cuadros comparativos entre textos usados por Jellinek están hechos eligiendo lo que más le convenía para confirmar sus tesis, pero no eran ni sistemáticos ni totales.

Los franceses, sostuvo nuestro autor, no necesitaban recibir de América ideas porque los independentistas de aquel conti-

¹⁸ El texto de BOUTMY es *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, *Annales de Science Politique* XVII, 1902. La polémica Jellinek/Boutmy fue estudiada también entre nosotros por G. ROBLES MORCHÓN, «El origen histórico de los derechos humanos: comentario a una polémica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 57, Madrid, 1979.

nente las habían tomado de Inglaterra que, en último término, quedaba más cerca de Francia para poderla utilizar directamente como fuente. Más de la mitad del contenido de los *Bills* americanos procede del *common law* inglés.

En definitiva, la diatriba de Boutmy concluye afirmando que, al menos para los Estados del continente europeo, resulta irrefutable que «la Declaración de Derechos es esencialmente francesa y revolucionaria... Quien habla de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano alude necesariamente a Francia y a la Revolución». Son aseveraciones estas con las que Jellinek estuvo de acuerdo porque lo que discutió en su obra fue el origen de la primera consagración normativa de la libertad, no cuál había sido el texto más reconocido e influyente en el mundo, que al alemán tampoco le cupo duda de que fue la Declaración francesa.

Desde que se publicó la obra de Jellinek y hasta hoy mismo no han dejado de difundirse otros estudios que, al considerar sus aportaciones, han subrayado algunos excesos valorativos y recalcado limitaciones de su análisis que han permitido establecer con más precisión las diferencias entre las declaraciones americanas y la francesa.

Algunos ulteriores estudios que afectan a las tesis del profesor alemán son las de S. Rials, M. Gauchet, Fioravanti, G. Öestrich¹⁹. Destaco entre ellos la crítica de G. Öestrich, que se

¹⁹ La aportación más aguda de S. RIALS (*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Pluriel, Hachette, París, 1988; sus tesis sobre la polémica Jellinek-Boutmy en págs. 355 y sigs.) es su observación sobre la importancia que la Declaración francesa reconoció a la ley. Aunque en ambos lados del Atlántico se hicieron proclamaciones que, respecto de su contenido, presentan bastantes identidades, las relaciones de los ciudadanos con el poder del Estado se organizan de una forma marcadamente distinta. Los americanos

detiene fundamentalmente en la cuestión del origen religioso y colonial de los derechos²⁰. Su tesis es que los orígenes de las

desconfían del Gobierno, pero lo aceptan pese a sus insuficiencias. Los asambleístas franceses, en cambio, pretenden proteger los derechos mediante leyes perfectas. Las garantías radican en la ley. «Las trompetas del progreso mediante ley [...] suponen creer en la ley perfecta, que realiza la racionalización del Derecho, asegura inevitablemente la garantía de los derechos y reconciliará al ciudadano, es decir, al hombre y al estado».

FIORAVANTI [*Los derechos fundamentales (apuntes de historia de las Constituciones)*], Trotta, Madrid, 1995; su comparación entre las revoluciones y doctrinas en la Revolución francesa y americana en págs. 55 a 97] ha destacado, siguiendo el criterio de Rials, el papel fundamental que se atribuye a la ley en la Declaración francesa, que no existe en la misma medida en los *Bills* americanos. Al convertirse el legislador en el intérprete de la voluntad popular, la ley quedará convertida en la más firme garantía de que nadie podrá ejercer el poder o la coacción sino en nombre de la ley general y abstracta. La Constitución americana se concibió, subraya Fioravanti, como un lugar de compartición entre los individuos y las fuerzas políticas y sociales, más que como un proyecto social para el futuro. En Francia el estatalismo de la Declaración supone al legislador no solo el deber de protección y conservación de los derechos individuales, sino la creación de un marco de convivencia en el que sean realizables los derechos del conjunto de la sociedad haciendo posible su transformación. Un legislador fuerte era indispensable para esa tarea.

M. GAUCHET destaca especialmente la inclinación social de la Declaración francesa (*La Révolution des droits de l'homme*, Éditions Gallimard, París, 1989; su comparación con América, en págs. 37 a 60; y las características de la Declaración de Derechos, en págs. 135 y sigs.). Los franceses pretendieron garantizar la plenitud de los derechos sociales, pero también asegurar la acción del Estado para transformar la sociedad y las instituciones remanentes del Antiguo Régimen creando una nueva Administración pública al servicio de dichos cambios.

²⁰ Otro grupo importante de autores ha puesto en cuestión también la extensión de la libertad religiosa durante el período colonial. Son relevantes los análisis de J. HASHAGEN y G. TARELLO, *Zur ens Entstehungsgeschichte der nordamerikanische Erklärungen der Menschenrechte*. También pueden verse las críticas a la obra de Jellinek en HÄGERMANN, «Die Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte», en *Historische Zeitschrift*, LXXVIII, 1910; O. VOSSLER,

declaraciones americanas fueron más bien profanos y una manifestación propia de la situación revolucionaria. Se formularon los derechos como instrumentos de lucha, para justificar la secesión armada de Inglaterra más que para prescribir la etiología moral de los revolucionarios. Öestrich cree difícil sostener, «dado el contexto intolerante de los puritanos de América», que baste el ejemplo de Roger Williams para la consagración de la libertad de conciencia y su conversión en ley. «El hecho de que en la mayor parte de las Declaraciones —prosigue—, la libertad religiosa y de conciencia aparezca en los primeros artículos es sin duda singular. Pero es más verdadero, en sustancia, que tales artículos no pretendían otra cosa que asegurar el *common law* y algunos antiguos derechos británicos de libertad»²¹.

Verdaderamente los revolucionarios americanos conocieron muy bien las ideas provenientes de Europa, estudiaron los textos de los grandes pensadores y fundaron sociedades en las que, por primera vez, podían llevarse a la práctica de verdad las ideas contractualistas. El americano era un territorio virgen. En Europa, la idea del estado de naturaleza en el que los hombres viven antes del contrato social fue siempre una ficción. En Amé-

«Studien zur Erklärung der Menschenrechte», 1930, y G. RITTER, «Ursprung und Wesen der Menschenrechte, 1958, ambos en *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, cit.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bolonia, 1976. Las situaciones en las colonias diferían mucho de unas a otras. Tarello, estudiando los *covenants* coloniales, señaló que «las comunidades de Nueva Inglaterra no fueron igualitarias, no fueron libertarias, no fueron tolerantes: al contrario, fueron esencialmente comunidades religiosas dedicadas a la persecución, incluso violenta, de la heterodoxia». Por tanto, es infundado situar en Nueva Inglaterra el origen del constitucionalismo liberal.

²¹ Su libro es *Geschichte des Menschenrechte und Grundfreiheiten in Umsiss*, Dunker y Humblot, Berlín, 1978, especialmente la totalidad del capítulo VIII, dedicado a los *Bills of Rights* en América.

rica, los *covenants* daban lugar verdaderamente a la fundación de las comunidades coloniales. También eran conocidas las libertades y privilegios existentes en el *common law* inglés, que tuvieron vigencia en el nuevo territorio americano. Pero se acogieron indudablemente en América libertades que nunca habían formado parte de los viejos derechos británicos, como la libertad de prensa, que aparece en la Declaración de Virginia y nunca antes había sido recogida en las declaraciones inglesas²².

No me parece que el texto de Jellinek excluya la presencia de otras influencias, además de la libertad religiosa, en las primeras declaraciones de derechos. Lo que el estudioso alemán enfatiza es la importancia de aquella libertad por encima de cualquier otra idea, para justificar la elaboración de listas de derechos fundamentales y fijarlas en una norma estable y de máxima jerarquía, dispuesta para regir las relaciones entre el poder y los miembros de la comunidad política.

Pero las influencias intelectuales fueron verdaderamente mucho más ricas, y quizá no pueda atribuirse a ninguna una preferencia absoluta. En el gran y clásico estudio de Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*²³, el autor sostiene que el estudio sobre las fuentes que sirvieron de inspiración a los abundantísimos folletos que se publicaron en los años cruciales del movimiento revolucionario permite

²² Entre las críticas más modernas a las tesis de G. Jellinek, también H. HOFMANN, *Zur herkunft des menschenrechts Erklärungen*, en Jus.XI.1988. Es esclarecedora la exposición de M. STOLLEIS, «Georg Jellinek Beitrag zur Entwicklung der Menschen und Hügerrechte», en *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk*, a cargo de S. L. PAULSON y M. SCHULTE, Siebeck, Tübingen, 2000, pág. 103.

²³ Traducción al español, *Los orígenes intelectuales de la Revolución norteamericana*, Tecnos, Madrid, 2012. Cito por esta edición.

concluir sobre la existencia de «un eclecticismo general, aparentemente indiscriminado»²⁴. No les faltó ni una gran obra de la herencia cultural de Occidente, conocieron la filosofía y la literatura griegas y romanas que citaron con parecida asiduidad que las obras de los filósofos racionalistas y los pensadores ilustrados; tuvieron próximas las tradiciones y el *common law* inglés; y se emplearon con enorme entusiasmo en los escritos de los grandes polemistas y opositores a los Gobiernos establecidos en Inglaterra desde finales del siglo xvii y durante todo el siglo xviii.

Las citas de autores clásicos se explican porque su estudio formaba parte de los programas educativos de las escuelas o eran enseñanzas obligatorias por parte de los preceptores privados. Charles F. Mullet²⁵ ha rastreado la presencia de aquellos autores en la literatura americana del xviii, constatando cómo, entre los griegos, están todos los escritores importantes (Homero, Sófocles, Platón, Eurípides, Heródoto, Tucídides, Jenofonte, Estrabón, Aristóteles...), y que lo mismo ocurrió con los romanos (Cicerón, Horacio, Virgilio, Tácito, Lucano, Séneca, Tito Livio, César...). Aunque no siempre las citas parecen reflejar un conocimiento preciso de las obras. E incluso algunos políticos e intelectuales americanos que las habían leído de verdad y en profundidad mostraron su desencanto sobre la calidad y vigencia de determinados autores (Jefferson y John Adams declararon su desilusión respecto de obras de Platón, como los *Diálogos* o *La República*)²⁶.

²⁴ Bernard BAILYN, *op. cit.*, pág. 35.

²⁵ Ch. F. MULLET, «Classical Influences on the American Revolution», en *Classical Journal* 35 (1939-40), págs. 93 y 94. Las influencias de los escritores griegos y romanos sobre los revolucionarios americanos, también en Carl J. RICHARD, *Greeks & Romans Bearing Gifts. How the Ancients Inspired the Founding Fathers*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2008.

²⁶ MULLET, *op. cit.*, pág. 37.

La doctrina de los derechos naturales, desarrollada por Grocio, Puffendorf, y los textos clásicos de la Ilustración europea son continuamente utilizados por Franklin, Adams o Jefferson. James Otis transcribe ampliamente la obra de Locke, Rousseau, Grocio o Puffendorf. Locke es, entre los pensadores racionalistas, el que más influye directamente en los escritores y políticos americanos. Sus ideas sobre gobierno basado en la cesión parcial, por cada individuo, de su libertad, como una exigencia de la integración en la sociedad, para poder, de esta manera, conservar sus bienes y autopreservarse, están continuamente reproducidas en los folletos y debates revolucionarios²⁷. Los escritos de James Otis, Samuel o John Adams muestran su acertado conocimiento de Puffendorf, aunque con variable profundidad. J. J. Burlamaqui, cuyas obras de derecho natural tuvieron una amplísima difusión en el siglo XVIII (la principal fue sus *Principes de Droit Naturel*, publicada en Francia en 1747) fueron manejadas ampliamente por Jefferson. Todos los principales actores de la Revolución americana conocieron y citaron la obra de Cesare Beccaria

²⁷ La finalidad de toda sociedad política, según las expresivas frases del filósofo en el *Second Treatise on Government* (vid. edición española, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Tecnos, 2010), consiste en la «mutua salvaguarda de sus vidas, libertades y tierras»; «la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en estados [...] es la de salvaguardar sus bienes»; «una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil». Cada una de estas sentencias fueron lemas continuamente reproducidos. Los principios ideológicos que más caracterizadamente defienden los líderes coloniales son los mismos que dejó escritos Locke: «La vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas, tales como dineros, tierras, casas, muebles y otras semejantes». Es decir, «regular y preservar la *property*».

Dei delitti e delle pene publicada en 1764²⁸. También fueron seguidos con gran entusiasmo los escritores ingleses del XVII, que se habían enfrentado en la práctica con el poder y luchado por la libertad. Muy especialmente Milton, Harrington, Sydney y Neville²⁹. El estudio de las fuentes ideológicas de la

²⁸ Escrita por Beccaria cuando tenía veintiséis años, contiene planteamientos muy originales, aunque sea visible en ella la influencia de los filósofos franceses y el estado de la práctica judicial de su tiempo. Muchos argumentos aparecen también en Voltaire o Montesquieu, pero tuvieron un reflejo manifiesto en todas las declaraciones de derechos, donde la legalidad de los delitos y las penas, y su aplicación en el marco de un proceso justo e imparcial, y atendiendo a criterios de igualdad y proporcionalidad, aparecerá en todas las declaraciones de derechos. Remito a la edición de F. Tomás y Valiente, BECCARIA, *Los delitos y las penas*, Aguilar, Madrid, 1974.

²⁹ Del primero no tuvieron tanto en cuenta su obra poética, tan importante, como sus escritos políticos, principalmente *Paradise lost*, de 1644, y *Aeropagítica*, a la que hago detalladas referencias en el capítulo cuarto. En la primera describe un mundo de hombres libres y con derechos, que forman asociaciones basadas en su exclusivo consentimiento. La voluntad individual permite reconducir los poderes a la posición de servidores de la sociedad, y limitar sus atribuciones, que son, exclusivamente, las que le han sido delegadas. Existe para Milton un *birth right* de libertad que permite actuar en cualquier campo sin interferencias del poder.

Harrington (1611-1670) fue mucho más influyente y estuvo más presente en los escritos y debates americanos. Un político tan destacado como John Adams le otorgaba la misma importancia que a John Locke. Y James Otis lo menciona en sus obras (especialmente en *The right of the British Colonies Asserted and Proved*) como el más grande de los pensadores. La obra de Harrington que utilizan es *The Commonwealth of Oceana*, un relato utópico sobre la Inglaterra de la guerra civil, fuertemente crítico contra los poderes constituidos y sus arbitrariedades más comunes. En dicho libro está la distinción entre los dos tipos de gobierno cuya formulación se convertiría en clásica: «the empire of laws and not of men» y «the empire of men and not of laws».

Sydney (1622-1682) fue otro de los escritores favoritos de John Adams, hasta el punto de que se ocupó personalmente de la reedición de sus obras en las colonias. Jefferson también se refiere a él con frecuencia. Lo utilizaron

revolución norteamericana que llevó a cabo el citado Bernard Bailyn destaca como conclusión de estas visibles comunicaciones entre la literatura europea y los escritores y políticos norteamericanos, que «las figuras importantes de la Ilustración europea —y no pocas de las menores— contribuyeron sustancialmente al ideario de los norteamericanos; pero su influencia, exceptuando la de Locke, aunque más relevante que los autores de la Antigüedad clásica, no llegó a ser claramente dominante, ni del todo decisiva»³⁰.

Señala lo anterior Bailyn porque le parece necesario reconocer también la influencia que ejerció el *common law* inglés sobre la generación revolucionaria y, por otro lado, también la de un grupo de escritores ingleses de comienzos del siglo XVIII, radicales y políticos de oposición, que, aunque no han llegado a ser tan conocidos, «contribuyeron a formar el pensamiento de la generación revolucionaria norteamericana mucho más que cualquier otro grupo aislado de escritores»³¹. Respecto de la tradición del *common law*, la figura más ilustre, conocida y utilizada fue Edward Coke, cuya obra y sentencias estuvieron continuamente presentes en la literatura de la época. El derecho inglés, como ha sostenido J. G. A. Pocock, influyó en los revolucionarios americanos de forma conjunta con el racionalismo

como defensor de los derechos del Parlamento frente a las prerrogativas previas.

Y Neville, en fin, también publicó una obra, *Plato redivivus* (1680), cuyas ideas fueron ampliamente difundidas en América.

Además del estudio clásico de Bernard Bailyn ya citado, entre nosotros, sobre esta cuestión, puede seguirse el libro de A. APARISI MILLARES, *La revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, CEC y BOE, Madrid, 1995, págs. 161 y sigs.

³⁰ BAILYN, *op. cit.*, pág. 42.

³¹ BAILYN, *op. cit.*, pág. 47.

de la Ilustración³². Y en cuanto a los intelectuales que lucieron por sus escritos contra la situación política en Inglaterra, ninguno tan conocido en Norteamérica como la pareja formada por John Trenchard y Thomas Gordon, fundadores del semanario *Independent Whig* y, sobre todo, autores de las *Cato's Letters*, que se reproducirían en los periódicos americanos y editarían compiladas, alcanzando un éxito y consiguiendo una influencia extraordinarios.

Salvo estas experiencias y tradiciones tan específicas, las demás influencias intelectuales tienen origen en el continente europeo y son las mismas que estarán en la base del alumbramiento de la declaración francesa de derechos de 1789. Aquellas apelaciones a la tradición jurídica inglesa, que suponían fundamentar derechos basándose en una jurisprudencia histórica, era de imposible traslación al continente porque eran inasumibles por el racionalismo de la Ilustración, que pretendía prescindir de costumbres e instituciones del pasado creando un sistema político nuevo y acomodado a los dictados de la razón.

³² J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge, 1957, pág. 31. Hay traducción española en Tecnos, 2011.

III. La tolerancia abrió el camino (ss. XVI y XVII)

Es posible construir una historia de la tolerancia que parta del Antiguo Testamento y acabe en el siglo XVI, el siglo de la Reforma, como hizo admirablemente Joseph Lecler³³, o incluso en la Ilustración y las declaraciones de derechos, o que se prolongue hasta la actualidad, como se verá más adelante que pretendo en este discurso; pero, verdaderamente, cuando la tolerancia empezó a valorarse como la solución única a controversias irreductibles, que habían causado persecuciones, procesamientos, torturas, condenas o desplazamientos migratorios de grupos humanos enteros, fue desde principios del siglo XVI, que marca el momento en que la uniformemente religiosa Europa fue sacudida por la Reforma protestante.

Antes de esa época no hubo espacio intelectual para un concepto moderno como el de tolerancia porque los Estados tenían una religión única que dominaba también la vida política y civil. Los valores religiosos estaban por encima de cualesquiera otros y guiaban la vida de las comunidades, de manera que ninguna idea que contradijera o pusiera en peligro ese orden podía ser admitida. Se reprimían inquisitorialmente las heterodoxias aplicando los medios más expeditivos y los castigos más crueles porque suponían atentados contra el orden establecido.

³³ J. LECLER, *Histoire de la tolérance au Siècle de la Réforme*, Éditions Albin Michel, Paris, 1994.

El catolicismo, que era la religión única de los principales Estados europeos, constituía el lazo de unión de todos los príncipes cristianos, y debía disponerlos a la defensa en común de sus valores frente a los paganos. Esta lógica religiosa resultaba contradicha de continuo por la realidad política, que mostraba la confrontación habitual entre los príncipes europeos. Las primeras apelaciones al pacifismo y a la tolerancia vinieron del humanismo cristiano. El representante más cualificado de esa corriente de pensamiento fue Erasmo de Rotterdam, con quien coinciden, entre otros, Luis Vives, Tomás Moro y, de forma más matizada, Francisco de Vitoria.

Erasmo participa de la idea de que la protección y la auto-defensa son los fundamentos primarios de la creación de los Estados. Dentro de ellos el poder está atribuido al príncipe, que ha de usarlo cuidando siempre del bienestar de la sociedad que gobierna. Y en esta tarea debe tener en cuenta los criterios morales establecidos por Cristo. Tienen los príncipes el deber de cuidar que en las sociedades reine la concordia. Aunque los conflictos y las porfías acompañan al hombre durante toda su vida, su condición racional y los valores éticos que deben inspirar su comportamiento han de ser aplicados para evitar las discordias. La máxima expresión de la confrontación es la guerra. El príncipe cristiano debe evitarla porque la guerra es la mayor negación imaginable de los principios que deben inspirar su gobierno y, además, desde la perspectiva de la ética individual, ese tipo de confrontaciones armadas constituye una negación de la razón, que es la cualidad más elevada del hombre. La guerra es condenable siempre; pero si quien se involucra en ella es un príncipe cristiano, se añade el problema de la incompatibilidad con los mandatos evangélicos. Estas ideas del Roterodamo están expuestas con particular detalle en sus tratados *Dulce bellum*

inexpertis y *Querella pacis*, aunque las retoma en otros textos muy característicos del pensamiento del holandés, como su *Institutio principis christiani*, escrito especialmente para la educación del príncipe Carlos³⁴.

Los españoles Luis Vives³⁵ y Francisco de Vitoria³⁶ entienden la confrontación y la discordia con diferentes grados de

³⁴ Para los textos mencionados, *vid. Erasmo*, compilación de Jordi BAYOD y Joaquim PARELLADA, Gredos, 2011, y mi estudio *Sepúlveda, cronista del emperador*, Edhasa, 2012, págs. 189 y sigs. Su posición contraria a que los Estados cristianos puedan guerrear entre sí es muy firme siempre, aunque en alguna ocasión admite, por ejemplo en la última obra mencionada, la defensa frente a la violación de los derechos del príncipe, o contra la ofensa. Cuando su doctrina pacifista es más comprensiva con la guerra es si se dirige contra los turcos. En una carta que escribió en 1530 al jurista Juan Rinck, que tituló *Utilissima consultatio de bello Turcis inferendo*, abordó derechamente la cuestión de la legitimidad de la guerra con los turcos, cuyo análisis concluye aseverando que, dadas las condiciones y características de este enemigo, la guerra contra ellos es lícita. No oponer resistencia a los turcos, dice, equivaldría a «entregar a la cristiandad y los cristianos a sus bestiales enemigos, y a dejar desamparados a esos nuestros hermanos que gimen en su servidumbre». No le cabe, pues, ninguna duda si la guerra se esgrime frente a un pueblo opresivo y pagano. Pero aun en las confrontaciones entre cristianos el cerrado pacifismo de Erasmo presenta algunas fisuras en las cartas que dirige a Francisco I de Francia y otros escritos.

³⁵ Luis VIVES es acérrimo apologista de la capacidad del hombre para superar las discordias, a las que, sin embargo, está naturalmente abocado. Además de las obras en las que argumenta sobre la «humanidad» del hombre, como *De subventione pauperum* (1526) o *De prima philosophia* (1531), en diversos escritos, como una carta que dirige a Adriano VI en 1522 con ocasión de su elección, o en *De diputatio et concordia in humano genero*, que dedicó a Carlos V, insistió en el papel capital que correspondía al príncipe para asegurar la paz. Si de turcos se trata, su pacifismo se modera, como se comprueba en el texto *De Europa dessidis et bello turcico*, de 1526. Todas estas obras pueden verse en la edición de las obras completas a cargo de Lorenzo RIBER, Aguilar, dos volúmenes, 1947, con un amplio ensayo biobibliográfico de Riber.

³⁶ FRANCISCO DE VITORIA puede integrarse también en el grupo más excelente de los humanistas cristianos, pero su posición sobre la guerra es bas-

aceptación. La aplicación de la tolerancia directamente a la convivencia entre creencias religiosas diferentes fue un ejercicio imaginativo que otro de los grandes humanistas cristianos de comienzos del siglo XVI, Tomás Moro, desarrolló en su obra *Utopía*. La noticia de la tierra y el pueblo de Utopía la recibió Moro, según su ficción, de un navegante portugués, Raphaël Hythlodée, que había acompañado a Américo Vespuccio en sus viajes. Utopía era un Estado todavía pagano cuyos habitantes convivían tolerando las diferentes creencias de unos y otros sin tratar de imponerlas por la fuerza. Desde esta diversidad originaria se producirá una tendencia natural a aproximarse todos a la religión única, pero eso ocurrirá de modo providencial y por la gracia de Dios, sin necesidad de aplicar ninguna violencia. La diversidad de religiones no solo es un hecho, sino un derecho de los hombres. «Los utopianos —escribe— incluyen entre sus instituciones más antiguas la que prescribe no causar perjuicios

tante más matizada. Argumentó que es un instrumento inevitable para la defensa del Estado en *De potestate civile*; pero también que «ninguna guerra es justa si consta que se hace con mayor detrimento que provecho e utilidad para la República, aun cuando, por otra parte, sobren títulos y razones para una guerra justa». En su segunda *Relectio De Indis*, Salamanca, 1539 (puede utilizarse, por ejemplo, la traducción de Luis Frayle Delgado, Tecnos, Madrid, 1998. Editado junto a las relecciones «Sobre el poder civil» y «Sobre el derecho de la guerra»), sostiene con muchos argumentos la compatibilidad de la guerra con la ética cristiana. Pero advierte de los condicionamientos que restringen su legitimidad. En las obras de Vitoria está, sin embargo, una viva proclamación de la tolerancia con las creencias de los paganos, especialmente los indios americanos, a los que reconoce libertad de conciencia. Bartolomé de las Casas elevará a la máxima protección la igualdad y la libertad de conciencia de los amerindios (la significación de su obra la estudio en mi *Sepúlveda, cronista del emperador*, Edhasa, Barcelona, 2012). Un análisis de la influencia de la *Brevísima* desde el punto de vista de la tolerancia, en Consuelo VARELA, «Tolerancia, denuncia y utilización política de la *Brevísima*», en *La tolerancia en la Historia*, Universidad de Valladolid, 2004, págs. 95 y sigs.

a nadie por razón de su religión». Sin embargo, continúa, «no prohibió el proselitismo que propaga la fe por medio del razonamiento, con dulzura», sin pretender destruir la religión contraria por la fuerza bruta, ni mediante la violación y la injuria³⁷.

Tomás Moro publicó *Utopía* en 1516, un año antes de que Martín Lutero difundiera, el 31 de octubre de 1517, sus noventa y cinco tesis contra las indulgencias y sus supuestos fundamentos teológicos. Éste será el punto de partida de la gran conmoción religiosa que habría de conducir a la ruptura de la unidad del cristianismo y al irreductible enfrentamiento entre protestantes y católicos y, unos y otros, con las diversas variantes de las Iglesias reformadas.

La confrontación de Lutero, primero con el papado (que libró las bulas *Exurge Domine*, de junio de 1520, condenándolo, y la *Decet Romanum Pontificem*, de junio de 1521, excomulgándolo) y enseguida con el emperador (desde el fracaso de la Dieta de Worms de 1521), concluyó con una apelación del reformador a su propia libertad de conciencia, que le hacía imposible aceptar la sumisión que la Iglesia y el emperador querían imponerle. Así lo hizo constar en su famosa y emocionante declaración final ante la Dieta de Worms: «... y en tanto mi conciencia es esclava de la palabra de Dios, no puedo ni quiero retractarme de nada, ya que ir contra lo que dice la conciencia es arriesgado y peligroso para la salvación. Que Dios me ayude. Amén».

La religión cristiana quedó convertida en una causa de confrontación. Así como la pretensión principal de Erasmo y otros humanistas fue la unidad entre los cristianos, los reformis-

³⁷ Tomás MORO, *Utopía*, traducción y notas de Emilio García Estébanez, y estudio preliminar de Antonio Poch, Tecnos, Madrid, tercera edición, 1996.

tas rompen con Roma y establecen la más cerrada intolerancia respecto de las posiciones religiosas del adversario. Cuando la confrontación con el emperador de los protestantes y los príncipes que los apoyaban concluye con la Paz de Augsburgo de 1555, quedó aceptado que cada príncipe podía implantar en su Estado la religión que profesaba o de la que era partidario (*cuius regio eius religio*). Los Estados se hacen confesionales y, al tiempo, intolerantes con cualquiera que pretenda profesar otra religión. Las divergencias se saldan con procesos, torturas y muertes en la hoguera. Quienes quisieran evitar esas persecuciones no tenían otra alternativa que la huida. De esta manera la intolerancia generó movimientos migratorios desde los países más cerradamente confesionales hacia los más tolerantes, que fueron, primero, Polonia y, después, las Provincias Unidas del Norte.

La pacificación de 1555 fue un acuerdo que afectaba a católicos y protestantes, no a otras corrientes religiosas como los anabaptistas o los calvinistas, que, especialmente estos últimos, consiguieron un éxito inmediato e implantación fuerte en muchas zonas de Europa, especialmente en algunas ciudades suizas. En Ginebra, precisamente, se produjo uno de los conflictos religiosos más conocidos que habrían de influir decisivamente en la lucha por la tolerancia: el que concluyó con el procesamiento y ejecución del médico y humanista español Miguel Servet³⁸.

³⁸ Se citan en todas las notas siguientes estudios relevantes en materia de tolerancia, pero, en general, pueden verse: Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ y Luis PRIETO SANCHÍS, «La Filosofía de la Tolerancia», en *Historia de los derechos Fundamentales*, tomo I (*Tránsito de la modernidad, siglos XVI y XVII*), Dykinson, Madrid, 1998, págs. 265 y sigs., con un recorrido por los textos franceses («Coloquio de Poissy de 1561», «Edicto de Nantes» de 1598, los textos de Bodino, y otros hasta finales del XVII). En general con gran

Servet nació el 29 de septiembre de 1511. Posiblemente estuvo en Bolonia en 1530, en la coronación del emperador, y de allí se trasladó a Basilea. Permaneció en esta ciudad con Escolampadio y con Johan Hauzsgen. Con este último, reconocido erasmista, convivió y aprendió durante un año (Hauzsgen murió en 1531). Redactó entonces su primer texto, *Declaración sobre Jesús el Cristo hijo de Dios*, cuyo contenido ampliado incorporó a sus dos primeros libros, *De los errores acerca de la Trinidad* y *Dos libros de diálogos acerca de la Trinidad*, con los que provocó su primera persecución, que le determinó a vivir en Francia, donde ejerció la medicina dos décadas. Tomó el nombre de Michelle de Villeneuve, y escribió entonces algunos libros de medicina y se interesó por los clásicos. Su obra prin-

apoyo en el libro de J. LECLER, *Historia de la tolerancia en el siglo de la Reforma*, 2 vols., Alcoy, Marfil, 1969. También J. R. DE PÁRAMO, *Tolerancia y liberalismo*, CEC, 1993; M. HILLAR, *The Case of Michael Servetus (1511-1553). The Turning Point in the Struggle for Freedom of Conscience*, Edwin Mellen Press, NY, 1997; H. KAMEN, *Los caminos de la tolerancia*, Guadarrama, Madrid, 1967; H. GUGGISBERG (ed.), *Religiöse Toleranz, Dokumente zur Geschichte einer Forderung*, Stuttgart, Frommann-Holzborog, 1984; *Id. et al* (eds.), *La liberté de conscience (XVIe-XVIIe siècles). Actes d colloque de Mulhouse et Bâle (1989)*, Ginebra, Droz, 1991; *Id.*, «Wandel deer Argumente für religiöse Toleranz und Glaubensfreiheit im 16, und 17, Jarhundert», en su *Zusammenhänge in historischer Vielfalt: Humanismus, Spanien. Nordamerika*, Basilea, 1994, págs. 135-155; *Id.* (con B. MOELLER), *Ketzeverfolgung im 16 und 17, Jahrhundert*, ed. de S. Seldel Menchi, Weisbaden, Harrassowitz, 1992; *Id.*, *Sebastián Castellio, 1515-1563: Humanist and defender of religious toleration in a confessional age (1956)*, Burlington, Ashgate, 2002; M. HILLAR, «From the Polish Socinians to the American Constitution», *A Journal for The Radical Reformation. A Testimony to Bibliocal Unitarism*, 3 (1994), págs. 22-57; «The Philosophical legacy of the XVI and XVII Century Socinians: Their rationality», en M. HILLAR y F. PRAHL (eds.), *The Philosophy of Humanism and the Issues of Today*, Houston, 1995, págs. 117-125; y los trabajos incluidos en el libro colectivo *La tolerancia en la historia*, Universidad de Valladolid, *op. cit.*, 2004.

principal fue *Christianismi restitutio*³⁹, que concluyó en 1553. Contiene una crítica radical del dogma de la Trinidad, y un alegato inmisericorde contra las formas organizativas y los vicios administrativos de la Iglesia. Cuestiona cualquier creencia no apoyada en la Escritura u opuesta a la razón. Rechaza la creencia en la Trinidad de personas divinas porque ese dogma no está enunciado en la Escritura, y por otros argumentos basados en la razón. El antitrinitarismo era una de las posiciones más perseguidas, y en la lucha contra él coincidían tanto la Iglesia oficial como la reformada.

En esta ocasión sería el propio Calvino quien se encargó de demostrar a Europa que los métodos represivos crueles y la intolerancia más seca formaban parte del acervo común de las Iglesias, y que la que él dirigía estaba convencida más que ninguna de la utilidad de esos procedimientos. En el caso Servet hasta estuvieron de acuerdo con Calvino algunos protestantes, como Melancton, con el que solía disputar⁴⁰.

³⁹ Las obras completas de SERVET, edición de Ángel Alcalá, con un extenso estudio preliminar del editor en el volumen I, en Larumbe, Clásicos Aragoneses, seis volúmenes, 2003. Las cartas y disputas con Calvino y Melancton, en vol. IV.

⁴⁰ Melancton, a quien Servet había atacado personalmente, escribió a su «buen hermano» Calvino: «La Iglesia te da las gracias. Vuestros magistrados han actuado correctamente al condenar a muerte a ese blasfemo». Lo recoge S. ZWEIG, *Castellio contra Calvino, conciencia contra violencia*, traducción de Berta Vías Mahou, El Acantilado, Barcelona, 2001. Cuando Calvino escribió su tratado contra Servet, al que me refiero enseguida en el texto, también recibió una misiva de Melancton, firmada el 14 de octubre de 1554, en la que le decía: «He leído tu tratado, en el cual refutas excelentemente las horribles blasfemias de Servet y agradezco al hijo de Dios que ha sido el árbitro del combate. La Iglesia también te debe su agradecimiento ahora y en el porvenir. Me adhiero por supuesto a tu juicio. Afirmando que vuestros magistrados han actuado justamente condenando a muerte a un

La obra de Servet se publicó haciendo constar solamente las iniciales del autor, M. S. V. (Michael Servetus Villanovanus), pero fue delatado enseguida como sospechoso. Sus denunciantes aportaron nuevas pruebas que se consideraron bastantes para la detención cuando se le ocurrió la mala idea de pasar por Ginebra. Allí fue procesado y su causa se convirtió en un símbolo para el protestantismo suizo, cuyos principales representantes participaron en la acusación. En la mañana del 27 de octubre de 1553 Miguel Servet fue quemado en la hoguera, en la llanura de Champal, a las puertas de Ginebra.

A pesar de que Calvino tuvo el apoyo de los principales líderes religiosos, provocaba inquietud la cerrada dictadura que ejercía sobre la ciudad de Ginebra, y él mismo sintió la necesidad de explicar lo ocurrido por escrito. A finales de enero de 1554, cuatro meses después de la ejecución, publicó su tratado *Declaration pour maintenir la vraye foy*, cuyo contenido es una terrorífica manifestación a favor de los métodos más intransigentes para combatir las herejías. Ni el parentesco ni la sangre pueden disminuir la contundencia de la represión. Es deber de las autoridades vengar el honor de Dios. Él puede a veces, para conseguir sus fines, arrasar las ciudades y exterminar a las gentes, como enseña el Antiguo Testamento. De modo que la acción despiadada ante los herejes es solo una manera de apoyar, con el brazo de hombre, el triunfo de la fe. El tratado de Calvino es, pues, una formidable apología de la intolerancia, pletórica de justificaciones del ajusticiamiento de Servet. Nada valían, naturalmente, frente a esa brutal ideología, definitivamente ordena-

blasfemo, después de un juicio regular». Citado por Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, París, 1994 (la primera edición es de 1955), pág. 319.

da por escrito en la citada *Declaratio orthodoxae fidei*, aquellas súplicas cursadas por Servet a sus acusadores el 22 y el 28 de agosto del año de su ajusticiamiento, en las que invocaba el derecho a expresar sus opiniones y el reconocimiento de su libertad de conciencia, porque, según sostenía, «en materias académicas no hay acusación, y en las discusiones es común que cada cual mantenga su causa, aunque la parte adversa estime que corre el riesgo de condenarse»⁴¹.

La defensa de la libertad de conciencia expresada por Servet se mantuvo viva en la actividad de un grupo conocido como el «Círculo de Basilea» (Lelio Sozzini, Celio Secondo Curio, Martín Borrhaus, David Jovis), que distribuyó un libro colectivo contestando a Calvino (*Sobre los herejes, si deben ser perseguidos y cómo hay que tratarlos*). Pero destacó entre ellos Sebastián Castellio, que se convirtió enseguida en el más documentado defensor de la libertad de conciencia frente a la intolerancia calvinista.

Un mes después de la *Declaratio* de Calvino, a finales de marzo de 1554, se publicó una obrita titulada *De haereticis an sint persecuendi* (poco después se editó en francés: *Traité des hérétiques*). Aunque el autor utilizó un seudónimo, Calvino y su íntimo colaborador, Teodoro de Bèze, supieron enseguida que era obra de Castellio. Más que una refutación directa de la *Declaratio*, era una recopilación de textos sobre la tolerancia de las ideas heréticas. Castellio exponía, no obstante, sus propias ideas en dos prólogos. Su posición de fondo era que el verda-

⁴¹ Cit. por Ángel ALCALÁ en «El origen judeoconverso de Miguel Servet y sus grandes legados: ecumenismo, radicalismo y derecho a la libertad de conciencia», en su libro *Los judeoconvertos en la cultura y sociedad españolas*, Trotta, Madrid, 2011, págs. 468 y sigs. La referencia, en pág. 491.

dero cristianismo reside en la pureza de la vida moral más que en la exactitud de la doctrina. Examina a fondo la noción de herejía para terminar concluyendo que la investigación teológica no le conducía a otra cosa que a la afirmación de que «consideramos heréticos a todos los que no están de acuerdo con nuestra opinión».

Intervino también en la polémica, en el mismo año de 1554, pero situándose firmemente al lado de las posiciones de Calvino, el citado Teodoro de Bèze, que publicó también un *Traité des hérétiques*. Pero Castellio enriqueció sus posiciones completando lo ya escrito con un nuevo tratado titulado *Contra libellum Calvinii*⁴². Su defensa de la libertad de conciencia continuaría hasta el mismo año de su muerte (1553), cuando escribió su colofón: *De arte dubitandi et confitendi, ignorandi et sciendi*⁴³.

En el *Contra libellum* no defiende las tesis de Servet, como empieza por aclarar en sus primeras páginas («Yo no defiendo las tesis de Servet, sino que ataco las falsas tesis de Calvino»). Ni siquiera, dice, tenía los libros de Servet porque Calvino los había quemado, de manera que se levanta contra el cinismo de Calvino que, después de haber quemado los libros y a su autor, se atreve en su obra a remitirse a determinadas páginas de los libros quemados. Arremete después contra el injusto proceso:

⁴² Para el libelo contra Calvino, E. BARILIER, *Contre le libelle de Calvin*, Ginebra, Zoé, 1998. Sobre la vida y obra de Castellio, F. BUISSON, *Sébastien Castellio, Sa vie et son Temps*, París, 1892. El texto no fue publicado hasta 1612, en Holanda. La noticia de la traducción al español en Alcalá, *op. cit.*, pág. 494. Lecler ha sostenido, en la obra citada, que lo escribió en 1554, y Alcalá (*op. cit.*) en 1562. Esto último es improbable considerando las fechas sobre la vida y obra de Castellio que manejamos en el texto.

⁴³ Tampoco fue publicado en su época, sino en francés en 1937. LECLER, *Histoire de la tolérance*, cit., pág. 340.

«Tu primera acción consistió en detenerle. Encerraste a Servet y durante el proceso, no solo excluiste a cualquier amigo suyo, sino incluso a todo aquel que no fuera su adversario». Para concluir en la condena moral de su intransigencia: «Matar a un hombre no es defender una doctrina, es matar a un hombre»⁴⁴.

Los escritos de Castellio tuvieron una importancia fundamental para propagar la necesidad de la tolerancia. Su última obra, *El arte de dudar*, coincide con la desolación de su patria natal, Francia, por las guerras de religión. La libertad de conciencia, la tolerancia con los diversos cultos, la aceptación de la diversidad de las religiones empezó a considerarse imprescindible. En Francia, Enrique IV haría un importante ensayo de tolerancia con el Edicto de Nantes, que supuso un reconocimiento oficial de los hugonotes en la patria de un rey que, por entonces, era católico.

Pero la intransigencia no era solamente un valladar levantado frente al pensamiento religioso, sino también contra el progreso científico, que en la época estaba cambiando las ideas y las concepciones del mundo, los paradigmas establecidos⁴⁵, de forma revolucionaria.

⁴⁴ Y continúa: «Los ginebrinos, al matar a Servet, no estaban defendiendo una doctrina. Estaban matando a un hombre. No es asunto del magistrado defender una doctrina. ¿Qué tiene que ver la espada con la doctrina? Eso pertenece a los doctores. Proteger al doctor sí, esa es la función del magistrado, al igual que su oficio es el de proteger al artesano, al labrador, al médico, a todos los ciudadanos si se les ofende. Si Servet hubiera querido matar a Calvino, el magistrado hubiera tenido que defender a Calvino. Pero habiendo combatido Servet con sus escritos y con razones, con razones y con escritos se le habría tenido que combatir».

⁴⁵ La utilización del concepto de paradigma para medir la profundidad de las revoluciones científicas es de Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962, tercera edición española e introducción de Carlos Solís Santos, Fondo de Cultura Económica, 2006.

El período de tiempo que, coincidiendo con las indicadas convulsiones religiosas, transcurre entre la publicación en 1543 de la obra de Nicolás Copérnico *De revolutionibus* y la de Isaac Newton *Philosophiae naturalis principia mathematica*, que aparece en 1687, se suele denominar como el tiempo de la Revolución Científica⁴⁶. Fueron capitales los avances de la astronomía con el citado Copérnico y Tycho Brahe, Kepler y Galileo, cuya línea de pensamiento concluye Newton. Pero también la aportación de ideas y métodos de investigación decisivos por filósofos como Bacon y Descartes. Las averiguaciones astronómicas, al poner al Sol en el centro del mundo, sustituyendo a la Tierra, establecieron las bases para la demolición de la cosmología aristotélico-ptolemaica. Brahe aportó la noción de órbita. Kepler llevó a cabo una sistematización matemática del modelo copernicano y calculó el movimiento elíptico de los planetas. Galileo demostró que la Luna tiene la misma naturaleza que la Tierra y formuló el principio de inercia. Y Newton, con su teoría gravitacional, unificará la física de Galileo y la de Kepler.

Estos sucesivos descubrimientos cambiaron la concepción del mundo, que se había mantenido estabilizada desde la An-

⁴⁶ Sobre la Revolución Científica, P. ROSSI, *La Rivoluzione Scientifica: da Copernico a Newton*, Loescher, Turín, 1973. El tema es habitual en las historias de la ciencia. Por ejemplo John GRIBBIN, *Science: A History*, Penguin Books, 2003, que se inicia precisamente con la revolución copernicana y la ciencia del Renacimiento (en el capítulo primero); dedica el segundo a Tycho Brahe y Kepler, y el tercero a Galileo, etc. La revolución newtoniana la incluye en un bloque separado que titula expresivamente «The founding fathers» (págs. 149 y sigs.). También M. ARTOLA y J. M. SÁNCHEZ RON, *Los pilares de la ciencia*, Espasa, 2012, págs. 165 y sigs. Y en las historias de la filosofía y de la ciencia, como la de G. REALE y D. ANTISERI, *Historia del pensamiento filosófico y científico. II. Del humanismo a Kant*, Herder, 2009, págs. 171 y sigs.

tigüedad clásica. El hombre dejó de ser el centro del universo. La creación no fue hecha en función del hombre, ni el universo está a su servicio exclusivo. La idea de la ciencia también se transformó radicalmente: no ha de basarse en tradiciones, ni intuiciones o revelaciones; no es dominio de los magos o los astrólogos, sino que consiste en una indagación sobre la naturaleza completamente autónoma respecto de la fe o de las concepciones filosóficas. Esta autonomía se basa en el método experimental, que lleva al descubrimiento de verdades acerca del mundo. El experimento es el método, y no cualquier clase de especulación religiosa. La ciencia se independiza de la fe. Las nuevas teorías astronómicas no serán consideradas por sus autores como suposiciones o instrumentos de cálculo (según pretendieron teólogos como el luterano Andreas Osiander, al prologar el *De revolutionibus* de Copérnico, o el cardenal Belarmino para defender a Galileo de los ataques inquisitoriales). Nada tendrá que ver ya con las pretensiones sostenidas por la filosofía aristotélica. La revolución científica rechaza esa filosofía.

Se había formado esta concepción de la ciencia poco a poco, fundiendo ideas de diversa procedencia, combatiéndolas o incorporándolas (misticismo, astrología, magia, hermetismo, filosofía neoplatónica), pero se presentaba finalmente como un desafío al monopolio de las escrituras y de la fe como fuente única para explicar el mundo. La colisión entre los avances científicos y la Revelación, escrita o administrada por las jerarquías eclesíásticas, sería inmediata y general. La misma oposición manifiestan a las concepciones copernicanas la Iglesia católica que Lutero, Melanchton o Calvino.

La confrontación más expresiva y conocida se produjo entre la Iglesia católica y Galileo. A pesar de su esfuerzo por

convencer de que las Escrituras no eran un tratado de astronomía y que «no se nombran si quiera los planetas, excepto el Sol y la Luna, y solo una o dos veces Venus, con el nombre de Lucero de la Mañana», sus teorías determinaron que se le abrieran dos procesos. El primero empezó con la denuncia formulada por Niccoló Lorini ante el Santo Oficio el 7 de febrero de 1615. Las dos proposiciones que habrían de estudiar los teólogos de dicha institución eran: primera, «que el Sol sea el centro del mundo y, por consiguiente, carente de movimiento local»; segunda, «que la Tierra no está en el centro del mundo ni inmóvil, sino que se mueve toda ella en sí misma, *etiam* con movimiento diurno». La sentencia vino cinco días después. Calificaba la primera posición de necia, filosóficamente absurda y teológicamente herética. Parecida conclusión, aunque algo más leve, establecieron respecto de la segunda. El cardenal Belarmino, en nombre del papa, amonestó a Galileo el 28 de febrero exhortándole para que abandonara las ideas copernicanas y, bajo amenaza de prisión, que se abstuviera de enseñarlas o divulgarlas. Galileo accedió.

El 6 de agosto de 1623 fue elegido papa el cardenal Barberini (Urbano VIII), que era amigo de Galileo y le había ayudado en el proceso de 1616. Ello animó al científico a volver a tomar las riendas de su obra y publicó algunos tratados más sobre cometas (*El ensayador*, 1623), mareas (*Diálogo entre el flujo y reflujos del mar*) y *El Diálogo*, donde se desarrollan coloquios en cuatro jornadas sobre los dos máximos sistemas del mundo, ptolemaico y copernicano (1632).

Esta última obra fue la definitivamente atacada por sus enemigos, que convencieron a Urbano VIII de que el texto ridiculizaba su autoridad y prestigio. La difusión de la obra fue paralizada. Galileo fue llamado a Roma para que se pusiera a

disposición del Santo Oficio, que procedió a acusarlo con extrema dureza. En el proceso se hicieron reproches gravísimos contra el carácter recalcitrante del personaje y el peligro de sus ideas, inasumibles racional y teológicamente. El 22 de junio de 1633 se dictó la sentencia que declaraba que Galileo se había «vuelto ante este Santo Oficio vehementemente sospechoso de herejía, esto es, de haber defendido y creído doctrinas falsas y contrarias a las Sagradas y divinas Escrituras, que el Sol sea centro de la Tierra y que no se mueva de oriente hacia occidente, y que la Tierra se mueve y no está en el centro del mundo, y que se puede pensar y defender como probable una opinión, después de que haya sido declarada y definida como contraria a la Sagrada Escritura; y consiguientemente, ha incurrido en todas las censuras y penas de los sagrados cánones y demás constituciones generales y particulares que se hayan impuesto y promulgado en contra de semejantes delincuentes».

Galileo, acto seguido, pronunció su famosa abjuración: «Yo, Galileo, hijo de Vincenzo Galileo de Florencia, a los setenta años de edad, constituido personalmente en juicio y arrodillado ante vosotros [...] abjuro, maldigo y detesto los susodichos errores y herejías, y de modo general todos y cualquier otro error, herejía y secta contraria a la Santa Iglesia; y juro que en el porvenir nunca diré ni afirmaré de viva voz o por escrito cosas tales que puedan justificar una sospecha semejante con respecto a mí; y si conozco algún hereje o un sospechoso de herejía, lo denunciaré a este Santo Oficio, o al Inquisidor o al Ordinario del lugar donde me encuentre»⁴⁷.

⁴⁷ Sobre la biografía y este suceso particular, L. GEYMONAT, *Galileo Galilei*, Ediciones 62, Barcelona, 1965; A. KOYRÉ, *Estudios galileanos*, Siglo XXI de España, Madrid, 1980; K. FISCHER, *Galileo Galilei*, Herder, Barcelona, 1986.

Los métodos racionales, experimentales, empíricos impuestos por el progreso científico precisaban de un ambiente de libertad en el que desaparecieran los corsés impuestos por la religión. También la diversidad de prácticas religiosas, que surge con las Iglesias reformadas, exigía respeto de la libertad de conciencia para que ninguno de sus miembros pudiera ser suprimido o perseguido dependiendo de cuál fuese la religión dominante en cada Estado.

No había lugares en Europa donde las diversas religiones pudiesen convivir y se respetaran, en consecuencia, la libertad de conciencia y pensamiento. Durante algún tiempo Polonia fue una excepción⁴⁸. Pero el reducto europeo de la tolerancia, desde finales del siglo XVI, serán las Provincias Unidas del Norte. Se dio en ellas la convivencia efectiva de católicos, luteranos, calvinistas, anabaptistas y otras minorías; aunque se desarrollaron grandes polémicas también allí, movidas por predicadores y escritores notables, no se reprimieron las ideas violentamente por el poder eclesiástico o estatal. Quizás la circunstancia de que todos esos territorios tuvieran como enemigo común a los españoles sirvió para conjugar sus intereses y la tolerancia mutua. Aquél fue, en todo caso, el territorio más informado y liberal de toda Europa. Lo primero porque en aquellas provincias habían sobresalido grandes e influyentes escritores pacifistas, a la cabeza de los cuales Erasmo, que mantenía intacto su prestigio, pero también teólogos e irenistas como Cassander o Junius, polemistas laicos como

Una versión novelada de la vida y obra de Galileo en *Talento y poder (Historia de las relaciones entre Galileo y la Iglesia Católica)*, de Antonio Beltrán Marí, Laetoli, Pamplona, 2006.

⁴⁸ LECLER, *Histoire de la tolérance...*, cit., pág. 364.

Dirk Coornhert; adversarios del calvinismo como Arminius, Wtenbogaert, Taurinus o Grotius; familistas, que defendían un espiritualismo místico que arranca de Henry Niclaes y que conoció cultivadores destacados como Christopher Plantin o Henry Jansen.

Se tradujeron y publicaron allí las obras capitales de los protagonistas intelectuales de la lucha por la libertad de conciencia. Muchos escritos de Sébastien Franck, contemporáneo de Lutero, fueron traducidos. También los tratados principales de Castellio. Su capital *Contra libellum Calvinii* se publicó por primera vez en Holanda en 1612. También se publicó allí, en 1638, el segundo *Diálogo* de Galileo (Discurso y demostración matemática relativa a dos nuevas ciencias).

Tuvieron gran predicamento algunos «libertinos», como se llamaba en las Provincias Unidas a ciertos adeptos del espiritualismo místico, que formaban pequeñas minorías absolutamente contrarias a la violencia y reclamaban la convivencia pacífica con las confesiones rivales. Eran sinceros en sus prácticas, que reducían al mínimo la dogmática. Se consideraban humanistas cristianos muy vinculados a la escritura. Uno de ellos, Pierre de Zuttere, que no pertenecía a ninguna confesión, publicó en 1563 un folleto reclamando la tolerancia de todas las sectas que no perturbasen el orden público. Respondía a una obra del calvinista Guy de Brès, *Le Baston de la foy chrétienne*, que defendía el castigo por los magistrados de cualquier hereje, incluyendo la pena de muerte, en el sentido que lo habían argumentado Calvino y Bèze. Otro personaje importante fue Huber Duifhuis (1531-1581)⁴⁹. Muy notables fueron las polémicas de Gaspar Crolhae contra los calvinistas rígidos. E importantísimos,

⁴⁹ LECLER, *op. cit.*, pág. 617.

por su repercusión, los escritos de un laico muy culto, Dick Coornhert⁵⁰ (1522-1590), que llegaría a ser uno de los más destacados paladines de la libertad religiosa. Aunque nunca dejó de pertenecer a la Iglesia católica, escribió muy críticamente contra su doctrina y mantuvo la misma actitud severa contra aspectos muy relevantes de las doctrinas luterana y calvinista. Es apreciable en sus ideas la influencia de las obras de Sébastien Franck y de Castellio. Su obra más conocida es *Sínodo de la libertad de conciencia* (1582).

Este ambiente de tolerancia permitió, en fin, la aparición de obras filosóficas esenciales para propiciar el cambio de mentalidades. Un siglo después se verían recogidas y reforzadas por el pensamiento de la Ilustración, y permitirían consolidar la conquista de la libertad de pensamiento, de palabra y otros derechos del hombre en un texto normativo de valor general.

El primero de esos filósofos, formado precisamente en los Países Bajos, fue Baruch Spinoza (1632-1677).

Era miembro de una familia judía que, huyendo de la intolerancia dominante en España y Portugal, había llegado a Holanda, como tantos otros europeos del período final del siglo xvi

⁵⁰ Una valoración de la obra de Coornhert, en LECLER, *Histoire de la tolérance...*, cit., págs. 627 y sigs. Una visión de conjunto sobre la época, en el clásico libro de Paul HAZARD, *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, trad. de Julián Marías, 4.ª ed., Ediciones Pegaso, Madrid, 1988. Algunos estudios de autores españoles sobre el período son los de J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa de fines del siglo xvii y la distinción entre moral y Derecho de principios del siglo xviii», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, Madrid, 1986-1987, págs. 359 y sigs. También G. PECES-BARBA, «Notas sobre la filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos xvi y xvii», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, EUDEMA, Madrid, 1988. Y Massimo FIRPO, *Il problema della tolleranza religiosa nell'età moderna*, Loescher Editore, Torino, 1989.

e inicios del XVII, buscando libertad y seguridad. En general, en aquel país todas las Iglesias convivían sin coacción ni violencia, ni amparo especial del poder político, con muy pocas excepciones, entre las que se encontraban precisamente los judíos. La jerarquía de esta comunidad mantenía posiciones muy rígidas respecto de la interpretación de los textos bíblicos, excluyente de cualquier libertad individual. Se establecía la interpretación de modo uniforme e imperativo por los jerarcas. Tales limitaciones dieron lugar a persecuciones y excomuniones, entre las cuales la más sonada fue la que afectó a Baruch Spinoza. Fue acusado de ateísmo y expulsado de la comunidad judía de Ámsterdam en 1656. La resolución por la que se le excomulgaba refleja el autoritarismo implacable de los administradores de la interpretación única de la escritura: «Maldito sea de día y maldito sea de noche; maldito sea cuando se acuesta y maldito sea cuando se levanta; maldito sea cuando sale y maldito sea cuando regresa. Que el Señor no le perdone. Que la cólera y el enojo del Señor se desaten contra ese hombre y arrojen sobre él todas las maldiciones escritas en el Libro de la Ley. El Señor borraré su nombre bajo los cielos y lo expulsará de todas las tribus de Israel, abandonándolo al Maligno con todas las maldiciones del cielo escritas en el Libro de la Ley. Pero vosotros, que sois fieles al Señor vuestro Dios, vivid en paz. Ordenamos que nadie mantenga con él comunicación oral o escrita. Que nadie le preste ningún favor, que nadie permanezca con él bajo el mismo techo o a menos de cuatro yardas, que nadie lea nada escrito o transcrito por él»⁵¹.

⁵¹ El texto de la excomunión de Spinoza en M. ALLENDESALAZAR OLASO, *Spinoza. Filosofía, pasiones y política*, Alianza, Madrid, 1988, pág. 13. También en C. GEBHARDT, *Spinoza*, edición Losada, Buenos Aires, 1977, págs. 31-32.

Esta terrible declaración de excomunión sumió a Spinoza en la preocupación por explicar de modo preciso cuál era su verdadero pensamiento en materia de religión, lo que determinaría la publicación, en 1670, de su obra más famosa: el *Tratado teológico-político*, donde desarrolla sus posiciones sobre la libertad de pensamiento y expresión contrastando su compatibilidad con la fe y la interpretación de la Escritura. Combate en su *Tratado* la idea de que la libertad de filosofar pueda ser dañina para la religión o para la seguridad del Estado⁵². Respecto del Estado, no solo no concibe ninguna incompatibilidad sino que se apresta a demostrar que no es posible mantenerlo establemente si no se tolera la libertad de pensamiento y expresión. Si se

⁵² Para el *Tratado teológico-político* la edición más completa es la de Atiliano Domínguez, Alianza, Madrid, 1986. También su traducción y notas del *Tratado político*, Alianza, Madrid, 1986. Se puede encontrar en aquella una información bibliográfica muy completa. Hay una edición del *Tratado teológico-político*, con el texto seleccionado, y del *Tratado político* con traducción e introducción de Enrique Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1985. También estos textos en *Spinoza*, Gredos, Biblioteca de Grandes Pensadores, Madrid, 2011, págs. 285 y sigs., con introducción de Luciano Espinosa. Para el análisis de la obra de Spinoza entre nosotros, F. J. PEÑA ECHEVARRÍA, *La filosofía política de Espinosa*, Universidad de Valladolid, 1989, y específicamente sobre su pensamiento político, J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «El pensamiento filosófico-político de Baruch Spinoza», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 36, 1983, pág. 169. Y sobre su concepción de la libertad de expresión, J. P. DE LUCAS, *Nota sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza*, Doxa, n.º 4, Alicante, 1987; C. GEBHARDT, *Spinoza*, edición Losada, Buenos Aires, 1977; A. DOMÍNGUEZ, «Spinoza», en F. VALLESPÍN (ed.), *Historia de la Teoría Política, II*, Alianza, Madrid, 1990; VIDAL PEÑA, «Spinoza», en Victoria CAMPS (ed.), *Historia de la ética, II*, págs. 108 y sigs.; L. MUGNIER-POLLET, *La Philosophie politique de Spinoza*, Librairie Philosophique J. Vrin, París, 1976; Jonathan I. ISRAEL, *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford University Press 2002, págs. 159 y sigs.; y F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994.

suprime esta libertad es imposible la subsistencia del Estado. Y en relación con la religión, el *Tratado* se dirige a demostrar que bajo el nombre de «religión» se agrupan muchas supersticiones y prejuicios que no forman parte, en verdad, de la religión verdadera, y que se utilizan como un medio «eficaz para gobernar a la masa». La libertad de pensamiento ha de servir para eliminar tales prejuicios. No debe oponerse a aquella la Escritura porque no se encontrará en esta ningún obstáculo para la realización de la libertad intelectual⁵³.

⁵³ Tiene sentido que a una autoridad política se le atribuya aquella facultad, pero ordinariamente la libertad individual no puede ser condicionada. Asegura, en fin: «Puesto que cada uno tiene por sí mismo el derecho de pensar libremente, incluso sobre la religión, y no se puede concebir que alguien pueda perderlo, cada uno tendrá también el supremo derecho y la suprema autoridad para juzgar libremente sobre la religión, y, por tanto, para darse a sí mismo una explicación y una interpretación de ella». *Vid. Tratado VII*, págs. 194 y sigs., y 208.

La libertad de filosofar está inescindiblemente vinculada a la naturaleza humana y es compatible con la fe y la Escritura. La interpretación de esta puede llevarse a cabo de un modo único, siguiendo los criterios de la jerarquía de una determinada Iglesia, o individualmente por cada cual de acuerdo con su libertad. No puede aceptarse la primera fórmula porque la interpretación de la Escritura ha de asemejarse a la interpretación de la naturaleza: en ambas ha de dominar la posición de cada individuo. Hay que utilizar la historia y la razón, pero de modo individual y no de forma coactiva. No es aceptable la imposición de interpretaciones arbitrarias a menos que las leyes religiosas tengan al tiempo la condición de leyes políticas.

Esta debe ser la regla general, solo excepcionalmente en los casos en que puedan invocarse razones superiores de orden político o social concernientes a la paz o a la estabilidad del Estado. En estos casos acepta que «la autoridad suprema para interpretar las leyes y el juicio definitivo sobre los asuntos públicos residan en un magistrado». Así es si se trata de asuntos públicos. Pero lo concerniente a la religión es cuestión privada en la que la suprema autoridad debe ser cada individuo.

La interpretación libre de la Escritura es posible porque no hay en ella dogmas de obligado acatamiento que vayan más allá de lo imprescindible para obedecer a Dios. Postula, por tanto, una religión concentrada en aspectos muy precisos, los imprescindibles para mantener la obediencia a Dios. Todo lo demás queda de la mano del pensamiento libre de cada individuo. La verdadera religión no debe ser más que un núcleo muy restringido de verdades. Más allá de ese dominio, el individuo no tiene que aceptar interpretaciones de autoridad ni prejuicios de ninguna clase. Dado que el ámbito de la religión es muy reducido, son posibles muchas posiciones particulares distintas, que tienen que ser aceptadas en un marco de tolerancia. Una vez aceptados por todos los hombres los dogmas esenciales que forman parte de la verdadera religión, todo lo demás podrá construirlo libremente cada uno de acuerdo con sus convicciones.

La conclusión del *Tratado teológico-político* de Spinoza en relación con el dilema interpretación individual —dogmas impuestos— e interpretación de autoridad es que «la fe concede a cada uno la máxima libertad de filosofar, para que pueda pensar lo que quiera sobre todo tipo de cosas sin incurrir en crimen; y solo condena como herejes y cismáticos a aquellos que enseñan opiniones con el fin de incitar a la contumacia, el odio, las discusiones y la ira; y, al revés, solo considera como fieles a aquellos que invitan a la justicia y la caridad cuanto les permiten su razón y sus facultades»⁵⁴.

La separación entre la fe y la razón, la fe y la ciencia, el Estado y la Iglesia son las trascendentales aportaciones de la filosofía de Spinoza, que pueden reconocerse, en resumen, en el siguiente párrafo de la obra citada: «La revelación divina tiene

⁵⁴ *Tratado*, XIV, pág. 410.

por objeto la obediencia del hombre a Dios, no el conocimiento natural: fe y ciencia son independientes, y ninguna de ellas es dueña ni sierva. Pero son muchas y muy opuestas entre sí las opiniones religiosas, como lo son todos los hombres entre sí y en su espíritu. Por eso debe dejarse el juicio individual en libertad completa, y que entienda cada uno la religión como le plazca y no juzgue de la impiedad o piedad de los demás sino por sus obras. Así todos podrán obedecer a Dios con espíritu libre y puro, y solamente tendrán algo de valor la caridad y la justicia»⁵⁵. Y en cuanto a la separación entre la Iglesia y el Estado, afirma: «Nada hay más funesto a la vez a la religión y al Estado que confiar a los ministros del culto el derecho de legislar o de administrar los negocios públicos, nada es tan peligroso como someter al derecho divino las cosas de mera especulación e imponer leyes a las opiniones que son o pueden ser objeto de discusión entre los hombres...».

Estas ideas tuvieron una expresión simultánea y en buena parte coincidente, en lo que concierne a la defensa de la tolerancia, en los escritos de John Locke (1632-1704). También el filósofo inglés hubo de exiliarse de su país de origen y vivió durante algún tiempo en Holanda, donde es seguro que recibió las influencias determinantes para la preparación de sus *Ensayos sobre la tolerancia*, que datan de 1667, y sus definitivas *Cartas sobre la tolerancia*, que precisan y amplían las ideas de los *Ensayos*. También le mueve, como a Spinoza, la competitividad entre las Iglesias de su tiempo y la firme convicción de que era improcedente que un creyente sincero pudiera verse forzado a abandonar sus convicciones. Ejerció sobre el joven Locke una influencia históricamente constatada lord Shaftesbury, del que

⁵⁵ *Tratado*, XIV, pág. 316.

fue secretario quince años. También recibió con seguridad las ideas de Limborch, que publicó en 1687 su libro *Theologia christiana ad praxim pacis christianae unica directa*. Tenía una manifiesta simpatía por los antitrinitarios y su biblioteca ha mostrado que tenía leídas las obras de Spinoza⁵⁶.

La *Carta sobre la tolerancia*, escrita inicialmente en latín (*Epistola de tolerantia*), fue publicada en Holanda e inmediatamente traducida al alemán y al francés. Locke hizo personalmente la traducción al inglés en 1689.

John Locke alcanzó un enorme prestigio en toda Europa y América, y su pensamiento contribuyó decisivamente a dar los últimos pasos no solo hacia la libertad religiosa, sino también a la libertad científica, abriendo el camino a métodos experimentales, racionales, que prescinden de las cuestiones escriturísticas y se utilizan con separación e independencia de la fe.

Su primera *Letter concerning Toleration* fue publicada en 1685. A ella añadiría otras tres en 1690, 1692 y 1702⁵⁷. Vivía,

⁵⁶ Un estudio sobre la carta de Locke y la influencia de lord Shaftesbury, en el trabajo de C. A. VIANO, «L'abbozzo originario e gli stadi di composizione di "an Essay concerning toleration" e la nascita delle Teoria-politico religiose di John Locke», *Rivista di Filosofia Politica*, vol. 52, n.º 53, julio 1961. Para la vida y obra de J. Locke, I. AARON, *John Locke*, Oxford, 1955; H. R. BOURNE, *The life of John Locke*, Londres, 1876; M. W. CRANSTON, *John Locke: A Biography*, Londres, 1957; H. O. CHRISTOPHERSEN, *A Bibliographical Introduction to the Study of John Locke*, Oslo, 1930; J. GIBSON, *Locke's Theory of Knowledge and Its Historical Relations*, Cambridge, 1917 y J. W. YOLTON, *John Locke and the Way of Ideas*, Oxford, 1956.

⁵⁷ Utilizo JOHN LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, edición de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 4.ª ed, 1998, reimp. 2002, con presentación de Pedro Bravo Gala. Sobre la *Carta sobre la tolerancia*, también las referencias de Teófanos EGIDO, «Época Moderna: de los confesionalismos a la tolerancia», en el libro colectivo *La tolerancia en la Historia*, Universidad de Valladolid, 2004, especialmente págs. 83 y sigs. También en el estudio de

como ya he indicado, en Holanda, cuya posición de refugio para perseguidos por causa de sus pensamientos y convicciones se había engrandecido aún más después de que Luis XIV revocara, en 1685, el Edicto de Nantes, reabriendo la intolerancia contra los hugonotes.

En este ambiente político y religioso escribe Locke en favor, sobre todo, de la razón. Ésta es la facultad que distingue a los hombres de las bestias y, por tanto, es también el don que el hombre debe emplear para alcanzar la felicidad y dirigir sus actos. Considera la tolerancia «la principal característica de la Iglesia verdadera»; es una exigencia del Evangelio. Se pronuncia, en consecuencia, contra la violencia y la tortura. Si los opresores de la libertad de conciencia desearan sinceramente «el bien de nuestras almas, seguirían sus huellas y el ejemplo perfecto del príncipe de la paz, que mandó a sus discípulos a someter a las naciones y reunirlos en su Iglesia armados no con espadas ni instrumentos de fuerza, sino con el evangelio de la paz y con la santidad de la vida».

Las relaciones entre la Iglesia y el Estado deben ajustarse a los límites de la fe y la razón, que imponen separar las jurisdicciones de la Iglesia y del poder civil. De los intereses civiles se ocupa el Estado. La esfera religiosa no es un asunto civil que tenga que ver con las relaciones entre personas. No le concierne al Estado la salvación de las almas y ha de abstenerse de actuar en este dominio. Su competencia no se extiende a las cuestiones de conciencia, sino únicamente a la aplicación de leyes, en su

PECES-BARBA y PRIETO SANCHÍS, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I (*Tránsito de la modernidad, siglos XVI y XVII*), Dykinson, Madrid, 1998, págs. 349 y sigs. También H. KAMEN, *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa Moderna*, traducción de M. J. del Río, Alianza, Madrid, 1987.

caso mediante la fuerza. La religión verdadera no usa la fuerza sino la «persuasión interna de la mente».

Tampoco la protección de los intereses civiles es asunto que concierna a la Iglesia. «El fin de una sociedad religiosa — escribe— es el culto público de Dios, y a través de él, la adquisición de la vida eterna. Toda disciplina debe, por tanto, tender a ese fin y todas las leyes eclesiásticas deben limitarse a él. Nada debe y puede tratarse en una sociedad respecto de la posesión de pertenencias civiles y mundanas»⁵⁸.

La incorporación a la Iglesia ha de ser libre y voluntaria. Aquella no puede emplear la fuerza, ni recabar el auxilio de los magistrados para que la empleen contra los disidentes. Puede la Iglesia expulsar a quien trasgreda sus normas, pero no añadir represalias civiles como la confiscación de bienes. «En definitiva —concluye— ni las personas individuales ni las Iglesias, ni siquiera los Estados, tienen justos títulos para invadir los derechos civiles ni las propiedades mundanas de los demás bajo el pretexto de la religión»⁵⁹.

⁵⁸ Estudios generales sobre la obra lockeana son el de Ch. BASTIDE, *John Locke, ses théories politiques et leur influence en Angleterre. Les libertés politiques. L'Eglise et l'État. La Tolérance*, París, 1906; N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Turín, 1963; J. W. GOUGH, *John Locke's Political Philosophy*, Oxford University Press, 1973; C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism; Hobbes to Locke*, Oxford, 1962; R. POLIN, *La politique morale de John Locke*, París, 1960, y L. RODRÍGUEZ ARANDA, «La recepción y el influjo de las ideas políticas de John Locke en España», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 76, Madrid, 1954. También los estudios en las compilaciones generales como los trabajos de J. M. COLOMAR, «Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña: J. Locke», D. HUME, «Los economistas clásicos, los utilitaristas», en F. VALLESPÍN (ed.), *Historia de la teoría política*, III, Alianza, 1991.

⁵⁹ *Carta sobre la tolerancia*, cit., pág. 22.

La verdad «no es enseñada por las leyes ni tienen ninguna necesidad de fuerza para procurar su entrada en la mente de los hombres [...] pero si la libertad no logra por su propia fuerza entrar en el entendimiento, no será sino más débil en razón a la fuerza que pueda prestarle la violencia». La libertad de pensamiento se concibe por Locke como un derecho natural que pertenece por igual a todos los hombres. El disentimiento forma parte de aquella y, por ello, en materia de religión, nadie debería ser obligado «ni por la ley ni por la fuerza».

La apología de la tolerancia en Locke, tan bellamente expresada e influyente, comprende también algunas excepciones notables en las que acepta la práctica de la intolerancia, como son las que afectan a los fanáticos, los ateos y los católicos. Los primeros por intolerantes e irracionales; los segundos porque suponen un peligro para el Estado y la sociedad ya que, según sostiene, «prescindir de Dios, aunque solo sea en el pensamiento, es la disolución de todo»⁶⁰; y, en cuanto a los católicos, porque también suponen un peligro político, social y religioso. Si se hicieran con el poder, serían intolerantes con los demás e impondrían con crueldad sus principios y prácticas.

John Locke entra de lleno en el pensamiento ilustrado, y su obra influirá grandemente en los políticos y philosophes del siglo XVIII, y repercutirá en los procesos revolucionarios de ambos lados del Atlántico y en la invención subsiguiente del constitucionalismo con su ordenación del poder y sus proclamaciones de los derechos del hombre.

El último gran alegato contra la intolerancia del Antiguo Régimen es el de Voltaire (1694-1778), que publicó en 1763 un

⁶⁰ V. un comentario en Victoria CAMPS, «Locke», en *Historia de la ética*, cit., II, especialmente págs. 159 y sigs.

Tratado sobre la tolerancia. Está escrito con ocasión y en defensa del caso de Jean Calas, y así lo hace notar en el subtítulo de la obra⁶¹. Calas fue procesado y ajusticiado en la rueda⁶², en

⁶¹ Muchas veces publicado en castellano el *Tratado de la tolerancia*, traducción y edición de M. Armiño, Espasa Calpe, 2002 (nueva edición de col. Austral, enero 2013). La última edición en castellano, a la fecha de la preparación de este escrito, en *Voltaire, Obras*, con prólogo de Fernando Savater, Gredos, Madrid, 2010; el *Tratado de la tolerancia* se incluye en las págs. 163 y sigs.

⁶² La práctica de la tortura durante el Antiguo Régimen acompañaba también a la ejecución de la pena de muerte, de manera que el espectáculo de la ejecución durara lo suficiente para ejemplo y «gozo» del pueblo. Aunque Beccaria se pronuncia con toda gravedad frente a la tortura judicial, encontró sorprendentemente respuestas de algunos teóricos que defendían abiertamente la postura tradicional, como Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, que publicó en 1767 un texto contra el libro de Beccaria («Réfutation du Traité des délits et peines», incluido al final de su libro *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Benoit Morin, París, 1780, págs. 811 y sigs.). Las ejecuciones se practicaban en cualquier ciudad, donde se reunían a miles de personas. En París se celebraban las ejecuciones en la place de Grève, que era también donde la familia real celebraba los matrimonios y nacimientos con fuegos artificiales. El dolor y el castigo eran un espectáculo celebrado bulliosamente.

En toda Europa eran corrientes las formas brutales de castigo de los declarados culpables (una exposición clásica y documentada es la de M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI Editores S. A., Buenos Aires, 2002; también con amplia dedicación a la tortura, el libro de Lynn HUNT, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009, págs. 35 y sigs.). El *Bill of Rights* británico de 1689 había prohibido los castigos crueles, pero los jueces seguían ordenando azotes, zambullidas, cepo, picota, marcaje a hierro y la ejecución por desmembramiento (normalmente utilizando caballos). En Francia, la pena de muerte se imponía usando diferentes procedimientos: la decapitación para los nobles; la horca para los delincuentes comunes; el descoyuntamiento en los casos de «lesa majestad» (delitos contra el soberano); la hoguera en casos de herejía, magia, incendio provocado, envenenamiento, bestialidad y sodomía, y el descoyuntamiento en la rueda para los supuestos de asesinato o salteamiento. El descoyuntamiento en la rueda fue el ejemplo más claro de cómo se hacía durar el sufrimiento de los ejecutados antes de que murieran. Se ataba a un aspa al condenado, se le aplastaban sistemáticamente

Toulouse, en 1763, acusado de haber asesinado a su hijo. En verdad, Jean Calas, hugonote, era un hombre mayor que no había tenido ninguna responsabilidad en el asunto. Su hijo, persona inestable, se había suicidado por no haber podido soportar haberse hecho católico a la fuerza para poder ejercer la abogacía, condición aquella que era exigible para acceder a esta profesión. El populacho acusó a Calas y un tribunal débil acor-

todos los huesos de los brazos y las piernas golpeándolo con una barra de hierro, hasta que quedaba completamente dislocado, o descoyuntado, para colocar el cuerpo alrededor de una rueda de carro. Se mantenía allí al condenado incluso después de muerto, lo que se lograba haciendo que un ayudante del verdugo tirara fuertemente del cuello, atado con un dogal. La progresiva desaparición de la tortura cuenta con todas las protestas que vienen de las obras de Beccaria a la de Voltaire, hasta que la Revolución francesa acoge la forma de llevar a cabo el procedimiento penal y la abolición de la tortura. La presentación de la nueva codificación penal tuvo lugar en la Asamblea el 23 de mayo de 1791 con una intervención de Louis-Michel Lepeletier de Saint Fargeau.

Detalladamente sobre los diferentes métodos de tortura, Alain CORBIN, Jean Jacques COURTINE y Georges VIGARELLO (eds.), *Histoire du corps*, 3 vols., Éditions du Seuil, París, 2005-2006, vol. I, *De la Renaissance aux Lumières*, 2005; hay traducción española: *Historia del Cuerpo*, 3 vols., Taurus, Madrid, 2005, vol. II, pág. 213 y sigs. Sobre la evolución de la práctica de la tortura hasta su abolición en Europa, Edward PETERS, *Torture*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1985, con traducción española de Néstor MÍGUEZ, *La Tortura*, Alianza Editorial, Madrid, 1987. Particularmente en España, F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura judicial en España*, primera edición, Ariel, 1973; ulteriormente, Crítica, 2000. También sobre la situación del derecho penal y procesal y sus prácticas en los siglos XVI y XVII, los trabajos de M. SEGURA ORTEGA, «La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII»; y de Jerónimo BETEGÓN CARRILLO, «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», en el libro dirigido por Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ y Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I (*Tránsito de la modernidad, siglos XVI y XVII*), Dykinson, Madrid, 1998 (págs. 457 y sigs. y 483 y sigs., respectivamente).

dó rápidamente la injusta condena. Voltaire ya se había pronunciado en otras ocasiones contra la intolerancia. Lo hizo en 1775 en su *Ensayo sobre las costumbres y el espíritu de las naciones*, cuyo capítulo 134 se refiere a la ejecución de Servet, que utiliza para arremeter contra la intolerancia de Calvino. También mostraría su disconformidad con la aplicación de la represión penal en asuntos como el de Pierre Sirvent o el del Caballero de la Barre.

«El derecho de la intolerancia es, por lo tanto —sostiene en una de sus principales tesis—, absurdo y bárbaro: es el derecho de los tigres, y es mucho más horrible porque los tigres solo matan para comer, y nosotros nos hemos exterminado por unos párrafos»⁶³. Y dedica la parte más extensa del *Tratado* a recorrer la historia de la tolerancia en los griegos, los romanos y otros pueblos, para desarrollar seguidamente su argumento de que no puede encontrarse el menor indicio de intolerancia en la doctrina de Jesucristo ni en el Evangelio. Utiliza en su demostración algunos hechos evangélicos y parábolas de Jesús para mostrar que no propuso la construcción de mazmorras ni juzgar mediante autos de fe inquisitoriales, sino que predicó «la dulzura, la paciencia, la indulgencia...»⁶⁴.

La tolerancia que él propugna no es peligrosa ni para la Iglesia ni para el Estado. El fanatismo es, sin embargo, con la

⁶³ VOLTAIRE, *op. cit.*, 2010, pág. 189.

⁶⁴ «Él mismo [Jesucristo] —prosigue— justifica a sus discípulos por no ayunar, perdona a la pecadora, se contenta con pedir fidelidad a la mujer adúltera, se digna e incluso condesciende en el gozo inocente de los invitados de Caná, que, un poco borrachos ya, siguen pidiendo vino... Ni siquiera ataca a Judas, que debe traicionarlo. Ordena a Pedro que no utilice nunca la espada... Finalmente muere víctima de la envidia... Si queréis pareceros a Jesucristo, sed mártires, no verdugos».

intransigencia un sentimiento irracional que conduce a la violencia. La razón y la difusión libre del pensamiento no pueden producir enfrentamientos. En una república de ese nombre la libertad de pensar y de publicar las opiniones es un estado natural del ciudadano. Puede este «utilizar la pluma lo mismo que la voz, no debe estar más prohibido escribir que hablar y los delitos cometidos con la pluma deben ser castigados como los delitos cometidos con la palabra...». Concluye: «Sé de muchos libros que han aburrido; no conozco ninguno que haya causado verdadero mal».

IV. Contra la censura (s. xvii)

La proposición de Voltaire, que acabo de recordar, de que igual de permitido debe estar escribir que hablar porque, en su caso, los mismos excesos pueden cometerse con la comunicación oral que con la escrita, tiene que ver con que a mediados del siglo xviii, cuando él escribe su *Tratado sobre la tolerancia*, no estaba despejado el camino a ninguna de las dos formas de expresión, pero mucho menos a la difusión escrita de las opiniones e ideas que, en casi todos los países europeos, estaba sometida a autorizaciones administrativas y censuras previas.

Las grandes obras sobre la libertad de pensamiento y conciencia de que acabo de dar cuenta no produjeron el efecto inmediato de que se cambiara el régimen de control de las publicaciones. La libertad de hablar y de imprimir llevaba en toda Europa bastante retraso respecto de la consagración del derecho a profesar una determinada religión.

La de hablar, la libertad de discurso, se planteó, en primer lugar, como una libertad parlamentaria que debía proteger a los miembros de las cámaras de cualquier responsabilidad por las opiniones vertidas en los debates. Tomás Moro, siendo *speaker* de la Cámara de los Comunes, planteó en 1521 al rey Enrique VIII una petición en ese sentido, que ha sido considerada el primer documento en el que es reconocida la libertad de

discusión, aunque las palabras «*freedom of speech*» no aparecen expresamente en el documento⁶⁵.

El problema general del control de las comunicaciones escritas no se presenta vivamente en Europa hasta la introducción de la imprenta, que es cuando, en los principales países, se regulan las intervenciones previas o permisos de impresión que, de modo general, se mantuvieron en los países europeos, como Francia y España, hasta el constitucionalismo (e incluso se recuperaron coyunturalmente otras formas de intervención previa en la legislación ordinaria después de abolida la censura). Inglaterra, sin embargo, donde se había introducido la imprenta desde 1477, por iniciativa de William Caxton, tuvo desde el principio planteamientos diferentes al respecto. Inicialmente, como en los demás países europeos, se usó como instrumento en beneficio del poder o de la Iglesia oficial para la comunicación y la propaganda⁶⁶. Cuando empezó a ser también una herramienta usada para la comunicación de ideas políticas o religiosas no oficiales, la Star Chamber, que hacía en Inglaterra las funciones de control que en otros países asumió el Santo Oficio, dictó una resolución, el 11 de junio de 1637, que estableció un régimen de intervención y control de los impresos de toda clase.

El cuidado del cumplimiento de la norma quedaba bajo la responsabilidad de dos de los obispos más influyentes de Inglaterra. El régimen establecido mostraba a las claras que la libertad

⁶⁵ Está reproducido entero como anejo D al libro de G. ANASTAPLO, *Reflections on freedom of speech and the First Amendment*, University Press of Kentucky, 2007, págs. 15 y 215.

⁶⁶ En este sentido, R. CHARTIER, «Barroco y comunicación», en R. CHARTIER y C. ESPEJO (eds.), *La aparición del periodismo en Europa*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2012.

de pensamiento no aparejaba sin más la libertad de expresión, porque un escrito contrario a la religión, a la moral pública o al Gobierno podía considerarse un libelo blasfemo, obsceno o sedicioso, respectivamente.

La intervención sobre las obras impresas se llevaba a cabo conforme a los siguientes trámites: los autores o impresores tenían que someter sus obras a un control previo que, dependiendo de la materia sobre la que versara el libro o impreso, correspondía evacuar a diferentes instituciones; si era un libro sobre derecho, se examinaba por magistrados designados para tal fin; si de historia, por la Secretaría de Estado competente; si de religión, física, filosofía o semejantes, por autoridades religiosas o universitarias. La opinión que daban los censores se refería a originales que guardaban en sus oficinas para que, una vez editada la obra, pudiesen comprobar que no se habían producido añadidos o modificaciones. Las obras editadas se inscribían en un registro que llevaba la Compañía de Libreros (*Company of Stationers*).

La Cámara Estrellada fue suprimida unos años después (1641) de establecida la regulación indicada. Pero una ordenanza de 14 de junio de 1643 recuperó y puso al día la resolución de 1637. Las restricciones a la libertad de impresión se justificaron, en ese momento, por los continuos abusos y ofensas que se cometían con escritos y panfletos, y la enorme proliferación de los que tenían contenidos escandalosos, sediciosos o calumniosos, especialmente contra la religión o el Gobierno. El establecimiento encargado de la represión era la *Company of Stationers*, que estaba habilitada para investigar, perseguir y secuestrar libros e impresos no autorizados. El régimen de intervención consistía esencialmente en la censura previa. Lo curioso, para las costumbres administrativas de los europeos

continentales, que siempre conocieron formas de censura ejercidas por la Iglesia o por las instituciones públicas del Estado, es que las potestades de control se entregaban a la mencionada Compañía de Libreros, que era un gremio que reunía a los comerciantes del sector. Una organización privada era, pues, colaboradora del poder para ejercer funciones de policía, preventiva y represiva. Se conseguía de esta manera, al mismo tiempo, que las instituciones del Estado tuvieran una adecuada protección y que los editores y libreros gozaran del monopolio sobre ese mercado, que también incluía la publicación de resoluciones de carácter público, entre las cuales los debates producidos en el Parlamento, que en la época no podían ser libremente divulgados.

Este régimen de intervención previa se mantendría y haría aún más severo con la *Licensing Act* de 1662, derogada en 1694, gracias a la influencia de obras como la de John Locke.

Desde 1643, cuando se aprobó la nueva regulación de la censura y registros previos, no dejaron de manifestarse protestas de pensadores y políticos que consideraban que dicha norma era un atentado gravísimo a la libertad. Se inició de esta manera el primer gran debate de toda la historia contra la censura de las publicaciones.

El gran activista de esta protesta fue John Milton, y el escrito en el que difundió sus posiciones fue un texto, indisimuladamente panfletario, titulado *Aeropagítica*.

Milton (1608-1674) era de familia burguesa, terrateniente y bien acomodada. Estudió en el Christ College de Cambridge, donde obtuvo los títulos de *Bachelor of Arts* (1629) y *Master of Arts* (1632), y complementó de forma autodidacta su conocimiento de los autores clásicos. Escribió un número importante de obras, destacó como poeta, opinó sobre temas teológicos y civiles complejos, como el divorcio, al que dedicó un tratado

(*The doctrine and discipline of divorce*, 1643), y consiguió gran fama, sobre todo, por dos obras, la citada *Aeropagítica* y *Paradise lost* (*Paraíso perdido*, 1667)⁶⁷. Ocupó algunos cargos públicos y estuvo próximo a la generación de escritores liberales y republicanos que habían apoyado el movimiento revolucionario y la dictadura de Cromwell.

En *Aeropagítica*⁶⁸ Milton arremete contra la ordenanza de 1643 y todo lo que implica la censura previa. Pone de relieve todos los intereses políticos y económicos que están detrás de dicha restricción, empezando por el gremio de libreros. La sistemática del libro está ordenada mediante la división de su contenido en cuatro grupos de argumentos: los orígenes de la censura previa; los beneficios que a los individuos proporciona la lectura de libros con independencia de su contenido, la lectura, por tanto, de cualquier libro; la falta de adecuación de la ordenanza para alcanzar los fines que pretende; y el desaliento que produce la censura en el progreso de la ciencia y en la búsqueda de la verdad.

Reconoce la existencia de censura en todas las épocas de la historia. En Atenas y Roma la hubo, si bien aplicada a libelos y

⁶⁷ Sobre el papel de la prensa en la Inglaterra de los siglos xv y siguientes: G. M. TREVELYAN, *Historia social de Inglaterra*, traducción de Adolfo Álvarez-Buylla, FCE, México, 1984. Las obras esenciales de MILTON, además de *Aeropagítica*, son: *Of Reformation Touching Church Discipline in England*, 1641; *The Reason of Church Government Urged Against Prelaty*, 1642; *The Doctrine and Discipline of Divorce*, 1643; *The Tenure of Kings and Magistrates*, 1649; *Ready and Easy Way to Establish a Free Commonwealth*, 1660; *Defensio pro populo anglicano*, de 1651; y *Defensio secunda*, de 1654, en favor de Cromwell.

⁶⁸ Las traducciones al español de *Aeropagítica* que pueden utilizarse son las de J. Carner, en FCE, Buenos Aires, 1976, y la edición bilingüe, con traducción de Joan Curbet y estudio preliminar de Marc Carrillo, Tecnos, 2011. Utilizo para las transcripciones esta última edición.

escritos de contenidos blasfemos o difamatorios. Imputa a la Iglesia católica la generalización de los sistemas de censura, basada en las licencias previas, los registros de publicaciones y los índices de libros prohibidos.

Estas restricciones limitan la lectura, lo que para Milton es un mal horrendo y una desconsideración total hacia la capacidad de los hombres para discernir, elegir, conocer las opiniones de los demás y adherirse a las que crean más coincidentes con su pensamiento o mejor fundadas. Hará la elección de lo que considere más próximo a la verdad. «Todos los pareceres» y también «todos los errores» son «de capital servicio y valimiento para la ganancia expedita de la verdad»⁶⁹.

La verdad no puede ser impuesta ni ser objeto de censura porque resiste al debate abierto: «Mientras la verdad se halle en el campo de batalla —alega Milton— haremos muy mal si censuramos o prohibimos cualquier cosa, dudando así la fuerza que ella tiene. Dejémosla luchar contra la falsedad. ¿Quién vio jamás a la verdad llevar desventaja en una lucha libre y abierta?». La búsqueda de la verdad no debe limitarse de ninguna manera. El hombre debe mantenerse siempre activo y en posición receptiva y de búsqueda, asumiendo el riesgo de conocer también lo falso y lo malo. Asevera: «El conocimiento y examen de los vicios de este mundo son necesarios para la constitución de la virtud humana, como lo es el análisis del error para la confirmación de la verdad». El deseo de aprender generará «mucha discusión, mucha escritura, muchas opiniones, pues la opinión no es, en los buenos hombres, más que conocimiento en gestación»⁷⁰. El bien y el mal no se presentan con una separación clarísima, de

⁶⁹ *Aeropagítica*, cit., pág. 81.

⁷⁰ *Aeropagítica*, cit., pág. 141.

modo que es imposible acceder a la verdad si no se examina también lo falso.

En cuanto a los beneficios de la lectura, constata que la censura previa la limita y, de esta manera, se priva a los individuos del conocimiento de los vicios y cuestiones inmorales para construir, a partir de ellos, la verdad.

Sobre la inutilidad de la censura argumenta: «Cómo podremos confiar en quienes licenciaren, salvo si les conferimos o asumen ellos por encima de todos los habitantes del país, la gracia de permanecer infalibles e incorruptibles». Y añade: «Es innegable que quien se hace juez sobre el nacimiento de los libros, sobre si deben ser llevados o no a este mundo, debe ser un hombre fuera de la medida común, estudioso, erudito y juicioso; de otro modo podrá haber errores en su censura de lo que puede o no puede ser aprobado, errores que en sí mismos llevarán no poco daño. Si ese hombre, pues, es de tanto valor como corresponde, no podrá haber tarea más tediosa y desagradable, mayor pérdida de tiempo impuesta sobre su cabeza, que la de convertirse en lector perpetuo de libros y panfletos, a veces de enormes volúmenes, que no han sido escogidos por él»⁷¹.

⁷¹ *Aeropagítica*, cit., pág. 101.

En fin, sus argumentos sobre la inutilidad de la censura mantienen que «los libros de cualquier clase son especialmente contagiosos para los sabios, y que estos últimos pueden trasladar más rápidamente al público común todo lo que es herético o disoluto». Afirma que «las costumbres perversas se pueden aprender perfectamente de mil maneras que jamás podrán impedirse; y que la doctrina malvada puede propagarse sin libro alguno». Es categórico concluyendo que «esta ley no es de utilidad alguna para la eliminación de libros sediciosos, escandalosos o calumniosos, cuya supresión se buscaba principalmente».

Milton ve también en la censura una afrenta contra el avance de la ciencia porque no permite a personas insignes, que jamás delinquieron, «dar su opinión a las prensas sin un tutor o examinador, por miedo que de él se des-

El gran alegato de Milton contra la censura y la intolerancia incurrió en algunos desfallecimientos que no han dejado de anotarse por todos los comentaristas de su *Aeropagítica*: la exclusión de los católicos. Considera que no puede tolerarse el «papismo» y la superstición católica porque «extirpa todas las religiones y supremacías civiles» y, por ello, deberá ser también extirpada. La misma exclusión, por su carácter peligroso para el orden social, hace del ateísmo⁷².

Aun con estas precisiones negativas, *Aeropagítica* es un libro crucial en la historia de la libertad de palabra e impresión, determinante, junto con la obra de Locke, de la eliminación de la censura previa en Inglaterra. Influyó tanto en la doctrina y la política europea (Mirabeau acogió el texto por completo en sus *Discursos revolucionarios sobre la libertad de prensa*, según veremos más adelante) como en la norteamericana. Inspiró alguna jurisprudencia muy progresista, hasta que las constituciones de finales del XVIII y primeros del XIX acogieron finalmente sus ideas⁷³.

lizara un cisma o algún tanto de corrupción...». Y esto es «la mayor indignidad y el mayor disgusto que puede caer sobre un espíritu libre y sapiente».

⁷² *Aeropagítica*, cit., pág. 143.

⁷³ Algunos estudios específicos sobre la obra de Milton y su influencia: D. M. WOLFE, *Milton and the puritan revolution*, Cohen and West, Londres, 1941; W. KENDALL, «Cómo debe leerse la *Aeropagítica* de Milton», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 186, nov.-dic., Madrid, 1972; C. E. MIRANDA, «John Milton y la libertad de prensa», *Estudios Públicos*, n.º 32, Madrid, 1989; M. DZELZAINIS, *John Milton. Political Writing*, Cambridge University Press, Nueva York, 1991; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994; V. BLASI, «John Milton's *Aeropagítica* and the modern First Amendment», en *Communications Lawyer*, vol. XIV; C. HILL, *Milton and the English Revolution*, Faber Paperbacks, London, Boston, 1997; M.ª N. SALDAÑA DÍAZ, «El poeta de la revolución puritana: teoría política de John Milton», en *Historia Constitucional* (rev.

La más inmediata influencia de Milton es apreciable en los autores que unos años después escribieron sobre la intolerancia y la libertad de conciencia, y también en los grupos de escritores de oposición política que escriben en periódicos y reclaman la libertad de expresión sin cortapisas en la Inglaterra de los primeros años del siglo XVIII.

Entre los primeros, el *Tratado teológico-político* de Spinoza, al que ya me he referido. Según su concepción del Estado y del derecho, el individuo cede al Estado sus derechos naturales y esta cesión es el origen de su poder. Pero la transferencia nunca es total. Algunos derechos son retenidos. «Nadie, en efecto, podrá transferir a otro su poder ni, por tanto, su derecho hasta el punto de dejar de ser hombre, ni existirá jamás una potestad suprema que pueda hacerlo todo tal como quiera». Entre los derechos que el individuo retiene, algunos conciernen a la comunicación de sus ideas y opiniones: «Nadie puede transferir a otro su derecho natural o su facultad de razonar libremente y de opinar sobre cualquier cosa, ni ser forzado a hacerlo». La libertad de pensamiento y expresión es un complemento indispensable de la teoría del Estado de Spinoza. Esta libertad no solo es totalmente compatible con las finalidades del Estado, sino que este no podría sobrevivir sin ella. El fin del Estado no es dominar a los hombres ni someterlos por el miedo, «no es convertir — escribe Spinoza — a los hombres seres racionales en

electrónica), n.º 2; de la misma autora, «Defensa de la libertad de prensa: la Aeropagítica de John Milton», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 125, jul.-sept., 2004; y también de ella «Libertad de prensa y energía política en la Aeropagítica de John Milton», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. III, 2007, págs. 213 y sigs.; también ROY FLANAGAN, *John Milton. A Short Introduction*, Blackwell, 2002, y BARBARA K. LEWALSKI, *The Life of John Milton*, Blackwell, 2003.

bestias o autómatas, sino lograr más bien que su alma y su cuerpo desempeñen sus funciones con seguridad, y que ellos se sirvan de su razón libre y que no se combatan con odios, iras o engaños, ni se ataquen con perversas intenciones. El verdadero fin del Estado es, pues, la libertad»⁷⁴.

La libertad de expresión, en particular, es crucial porque permite a «ciudadanos excelentes» criticar las leyes irracionales. Excluye, sin embargo, que la libertad de expresión sea absoluta y que el Estado tenga que soportar abusos como acusaciones falsas o insultantes. Acepta que aquella libertad pueda tener límites pero, a la hora de concretarlos, solo se refiere en términos generales a los que pueden producir un mal grave al Estado. Considera que de esta naturaleza son las opiniones sediciosas porque, a su juicio, son contrarias al pacto mismo del que surgió el Estado. Es decir, que solo son susceptibles de prohibición aquellas opiniones que afectan al cumplimiento de los fines del Estado o destruyen los fundamentos del pacto. Más allá de esas situaciones límite, que atentan contra la paz social e imposibilitan el correcto funcionamiento del Estado, todas las opiniones son libres y no pueden ser restringidas ni castigadas. Si se limitaran o suprimieran, el propio Estado quedaría demolido y el progreso de la ciencia sería imposible. Sostiene al respecto: «¿Puede concebirse mal mayor para el Estado que enviar como réprobos al exilio a varones honestos porque tienen otras ideas y no saben disimularlas? ¿Qué puede haber, insisto, más pernicioso que tener por enemigos y llevar a la muerte a hombres que no han cometido ningún crimen ni fechoría, simplemente porque son de talante liberal; y que el cadalso, horror para los malos, se convierta en el teatro más hermoso, donde se expone, ante el

⁷⁴ SPINOZA, *Tratado teológico-político*, XVII, 350.

oprobio más bochornoso de la majestad, el mejor ejemplo de tolerancia y de virtud?».

Son todas estas, además, represiones inútiles porque los hombres «son, por lo general, de tal índole, que nada soportan con menos paciencia que el que se tengan por un crimen opiniones que ellos creen verdaderas [...]. De aquí que detesten las leyes y se atrevan a todo contra los magistrados, y que no les parezca vergonzoso, sino muy digno, incitar por ese motivo a la sedición y planear cualquier fechoría»⁷⁵.

Todas estas argumentaciones spinozianas están consignadas en el capítulo xx del *Tratado teológico-político*, que lleva el expresivo título «Se hace ver que en un Estado libre es lícito a cada uno, no solo pensar lo que quiera, sino decir aquello que piensa»⁷⁶.

En el *Tratado y Las cartas sobre la tolerancia* de John Locke es asimismo apreciable la influencia de Milton. La misma defensa del poder de la verdad y la imposibilidad de coartar el acceso a ella centran sus argumentaciones: «El fin de las leyes no es

⁷⁵ *Tratado*, xx, pág. 410.

⁷⁶ Dicho Capítulo xx termina con las siguientes conclusiones: «Hemos demostrado: 1.º Que es imposible arrebatarse a los hombres la libertad de decir aquello que piensan. 2.º Que la libertad puede ser concedida a cada uno dejando a salvo el derecho y la autoridad de los poderes soberanos y que puede, salvo este mismo derecho, conservarla cada uno si de ello no toma licencia alguna para introducir, como derecho, alguna novedad en la república o para ejecutar algo contra las leyes recibidas. 3.º Que cada uno puede gozar de esa misma libertad sin daño para la paz del Estado, y que no nacen de ella inconvenientes que no puedan ser fácilmente resueltos. 4.º Que puede también disfrutarse sin perjuicio alguno para la piedad. 5.º Que las leyes que se refieren a las cosas especulativas son absolutamente inútiles. 6.º Hemos demostrado, finalmente, que esta libertad puede poseerse no solo manteniendo la paz del Estado, la piedad y el derecho de los nuevos poderes, sino que debe mantenerse para conservar esas mismas cosas.

asegurar la verdad de las opiniones — escribe —, sino la seguridad y salud de la nación, y los bienes y personas de cada uno [...]. Así debe ser porque la verdad se abre camino si se la deja por su cuenta». La proximidad a Milton se hace muy evidente cuando explica que la verdad «no es enseñada por las leyes ni tiene ninguna necesidad de fuerza para procurar su entrada en la mente de los hombres. Los errores prevalecen en verdad con la ayuda de refuerzos extraños y postizos. Pero si la verdad no logra por su propia luz entrar en el entendimiento, no será sino más débil en razón de la fuerza que pueda prestarle la violencia»⁷⁷.

Pero fue aún más explícito Locke en sus opiniones contra la censura, que fueron determinantes de que se dejara sin efecto la *Licensing Act* de 1662. Se había aprobado esta para un período de vigencia limitado y en el debate sobre su prórroga, que tuvo lugar en los Comunes, prevaleció la opinión contraria basándose en argumentos lockeanos.

Su oposición a la censura se fundó en motivos de orden teórico y de tipo práctico. Locke consideró, como Milton, que la censura era absurda e improductiva. No tiene sentido el control que se ejerce sobre los escritos por considerarlos peligrosos o contrarios a la ley. Esta misma justificación podría usarse para poner en vigilancia todos los actos de los individuos, porque todos pueden ser considerados peligrosos. No solo sería preciso restringir la libertad de expresión. Como también había dicho Spinoza, Locke escribió que la única limitación legítima sobre la libertad de comunicación sería la que tuviera por objeto reprimir ataques efectivos y reales a la ley. La acción del Estado no tiene que ser previa sino que ha de consistir en una punición

⁷⁷ *Carta*, cit., pág. 39.

de la infracción. Tal clase de afrentas las producen los libelos denominados sediciosos, que tenían en el derecho inglés una tradición que continuó durante muchos decenios posteriores a la obra de Locke, tanto en Inglaterra como en Norteamérica.

Este tipo de limitaciones no constituyen, sin embargo, censura. Sostiene Locke: «No sé por qué un hombre no debería tener libertad de imprimir todo aquello que él quiera decir; y ser responsable de sus escritos como lo es de sus palabras, si transgrede la ley. Pero amordazar a un hombre por el peligro de que sea herético o sedicioso no tiene otro fundamento que si lo encadenamos por miedo a que, con las manos libres, pueda usar la violencia; y deberíamos encarcelar a todos aquellos que supiéramos capaces de cometer un delito de alta traición o un crimen. Para evitar que se eludan las responsabilidades por aquello que se escribe, la ley debe prohibir que se imprima, publique o venda ningún libro, sin el nombre del impresor o del librero, bajo rigurosas penas cualquiera que sea su materia. Y el impresor, o librero, cuyo nombre figura en el libro, será responsable de lo que este contenga contrario a la ley, como si él fuera el autor, a menos que pueda presentar a este, tal es la restricción que podemos imponer a las imprentas...»⁷⁸.

Todo el pensamiento de la Ilustración repetirá y amplificará las ideas contrarias a la censura, y defenderá la libertad de crítica. Kant consideró esta última como una manifestación del uso público de la razón. Apreció, tratando de la censura, que el gobernante «hará agravio a la majestad de su persona si en ello

⁷⁸ Vid. sobre ese texto, Ch. BASTIDE, *John Locke. Ses théories politiques et leur influence en Angleterre. Les libertés politiques. L'Église et l'État. La tolérance*, Slatkine Reprints, Genève, 1970, reimpresión de la edición de París de 1906, pág. 126.

se mezcla hasta el punto de someter a su inspección gubernamental aquellos escritos en los que sus súbditos tratan de decantar sus creencias, ya sea porque estime su opción como la mejor, en cuyo caso se expone al reproche *caesar non est supra gramaticos*, ya porque rebaja a tal grado su poder soberano que ampara dentro del poder del Estado el despotismo espiritual de algunos tiranos como el resto de sus súbditos»⁷⁹.

En el plano más pragmático de la lucha política la libertad de impresión recibió un extraordinario impulso, a principios del siglo XVIII, tanto en Inglaterra como en las colonias americanas, gracias a los escritos de John Trenchard y Thomas Gordon. El primero era un acomodado *gentleman* bien conocido en la sociedad londinense. De Gordon, en cambio, apenas se sabía nada hasta que se unió a Trenchard para formar juntos una pareja de editores y periodistas que llegó a disfrutar de grandísima influencia. Colaboraron primero en su periódico *The independent Whig*, que defendía el libre ejercicio de la religión. Pero su fama mayor les vino de la publicación de una larga serie de ensayos (ciento treinta y ocho en total) en los periódicos londinenses, bajo el lema «*Cato's Letters*». Estas «Cartas de Catón» fueron apareciendo entre 1720 y 1723, y fueron editadas también en cuatro volúmenes que conocieron hasta seis ediciones entre 1723 y 1726. Su temática era muy variada, aunque siempre alrededor del gobierno constitucional y los derechos de los ingleses. Las «Cartas de Catón» y los escritos de Locke fueron las primeras

⁷⁹ El texto de *¿Qué es la Ilustración?*, en KANT, Biblioteca de Grandes Pensadores, Gredos, 2010, vol. II, con un estudio introductorio de Maximiliano Hernández, págs. 3 y sigs. Con traducción de Roberto R. Amarayo. Algunos fragmentos, junto con otros procedentes de obras de Erhard, Herder, Lessing, Mendelssohn y Schiller, en el volumen *¿Qué es la Ilustración?*, con estudio preliminar de Agapito Maestre, 4.ª ed., 1999.

fuentes de ideas políticas y los textos más influyentes en las colonias norteamericanas⁸⁰.

Una de aquellas cartas, titulada «*Of freedom of speech*», se refería a la libertad de pensamiento y expresión considerándola un derecho tan fuerte e imprescindible como la seguridad y la propiedad, que eran los derechos fundantes de cualquier sociedad organizada. Aquella libertad, afirmaron, «es tan esencial para el gobierno libre que la seguridad, la propiedad y la libertad de palabra siempre van juntas. Que los hombres siempre tienen que hablar bien de sus gobiernos es verdad, mientras los gobiernos se merezcan estas buenas palabras, pero si no actúan de un modo adecuado, si su comportamiento se aproxima a la tiranía, el pueblo puede comentar todo esto en ejercicio de su libertad de palabra»⁸¹. Incluían el derecho, o el riesgo, del libelo, como inherente a aquella libertad, lo cual no implicaba que aceptasen que la libertad de expresión pudiera usarse para calumniar al Gobierno.

⁸⁰ Las *Cato's Letters* fueron difundidas en muchos periódicos de las colonias. El joven Benjamin Franklin fue el primer reimpresor de estos ensayos en América después de que la Asamblea de Massachusetts metiera en prisión a su hermano. John Dickinson, John Adams y Thomas Jefferson tuvieron la edición de las *Cato's Letters* en sus bibliotecas. Sobre la influencia de las *Cato's Letters*, además de la obra de Levy que se cita en la nota siguiente, también las referencias en B. BAILYN, cit., págs. 43 y sigs. y M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution*, Oxford University Press, 1978, págs. 190 y sigs. Algunas de las *Cartas de Catón* están recogidas (págs. 399 y sigs.) en los documentos y debates compilados por Bernard Bailyn, en los volúmenes titulados *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, 2 vols., Literary Classics of the United States, Inc., New York, 1993.

⁸¹ Leonard W. LEVY, *Emergence of a Free Press*, Oxford University Press, 1985, págs. 109 y sigs.

Los libelos contra el Gobierno deben considerarse siempre ilegales, según las *Cartas de Catón*, salvo que pueda demostrarse que su contenido es veraz. Esta excepción, basada en la verdad, conecta con las ideas de Milton, Spinoza y Locke acerca del carácter inseparable de la verdad y el debate libre. Su incorporación a las *Cartas de Catón* repercutió extraordinariamente en la evolución de las garantías de la libertad de prensa en América, como se verá en el capítulo siguiente⁸².

⁸² La invocación de la verdad como excepción exonerante de responsabilidad solo era aplicable en el *common law* a los libelos que ofendían a sujetos privados. Cuando la agresión concernía al Gobierno, la verdad no era ninguna excusa e incluso podía ser considerada como agravante por su efecto desestabilizador de las instituciones y de la sociedad. Pero en un artículo de Catón titulado «Reflecting upon libelling», se lleva a cabo una revisión de la doctrina del *common law* sobre los libelos, y muy especialmente de la explicación de esa doctrina formulada por Blackstone (el texto fundamental de BLACKSTONE es *Commentaries on the Laws of England*. Facsímil de la primera edición de 1765-1769, con una Introducción de Stanley N. Katz, 4 vols., The University of Chicago Press, Chicago & London, 1979; sus consideraciones sobre los derechos individuales en vol. 1, págs. 117 y sigs.). La distinción entre libelos de relevancia exclusivamente privada y los de trascendencia pública sirvió a los autores para sostener que así como hay aspectos de la vida y las relaciones privadas en los que pudiera tener justificación el ocultamiento de la verdad, no hay ninguna razón que impida desvelar la verdad sobre los asuntos públicos y de gobierno. La denuncia de la verdad es un deber de cualquiera que la conozca. No solo no puede sostenerse que sea libelo un escrito de contenido verdadero sino que, al contrario, su represión por las autoridades puede considerarse un libelo contra el pueblo. El pueblo desea conocer la verdad, y publicarla, y juzgar si las actuaciones de los gobernantes son buenas o malas. Reprimir la publicación de la verdad es actuar contra el pueblo.

Estas concepciones de las *Cato's Letters* resultaban absolutamente revolucionarias y tardaron todavía más de dos siglos en hacerse efectivas, como se verá en los capítulos siguientes.

V. Los inicios del itinerario americano (s. XVIII)

A la altura de 1776, cuando Jefferson redactó la Declaración de Independencia americana, pudo dejar escrito en ella que los colonos tenían por «evidentes»⁸³ algunas verdades concernientes a los derechos de libertad, igualdad y búsqueda de la felicidad que correspondían a todos los hombres⁸⁴. La formación de esas evidencias siguió varios caminos, como he puesto de relieve en el capítulo primero. Las influencias intelectuales fueron múltiples, y sus itinerarios de entrada en América muy diversos. Así como las ideas concernientes a la libertad religiosa las compartían en común las comunidades que los *planters* y *pilgrims* fueron estableciendo, que comprendían aquella libertad con diversos grados de tolerancia, la libertad de palabra siguió un camino más apegado al pensamiento político y a la literatura (los principales revolucionarios americanos reunieron ordinariamente ambas vocaciones), que tuvieron sus fuentes de inspiración en los escritos de los filósofos racionalistas ilustrados.

⁸³ Para el texto de la Declaración, ver nota 1. Y sobre la inclusión del concepto «evidente», la explicación en la propia «Autobiografía» de Jefferson, en *Jefferson Writings*, cit. en nota 2.

⁸⁴ La significación del enunciado «*pursuit of happiness*», anclado en la civilización inglesa y las concepciones de los primeros colonos, así como el desarrollo social de ese pensamiento ulteriormente, en Jack P. GREENE, *Pursuits of Happiness. (The Social Development of Early Modern British Colonies and the Formation of American Culture)*, The University of North Carolina Press, 1988.

Y siempre de un modo muy especial la obra de John Locke, la más presente e influyente en materia de libertad de expresión junto a los textos de Trenchard y Gordon. Sus escritos contrarios a la censura y favorables a la libertad de palabra gozaron de gran repercusión con ocasión de algunos procesos judiciales en los que se debatió sobre los límites de los libelos sediciosos.

La libertad de palabra, como derecho natural de los hombres, no aparece en ninguna de las declaraciones de derechos inglesas: la Carta Magna de 1215 es un documento de carácter feudal arrancado por veinticinco barones a Juan sin Tierra a cambio de asegurarle su lealtad y obediencia. Los sesenta y tres párrafos del documento mencionan derechos hereditarios, garantías de la propiedad privada frente al rey, participación en el Consejo del Reino en el establecimiento de tributos, requisitos de los procesos, etc. El siguiente documento constitucional, la Petición de Derechos de 7 de junio de 1628, surgió de las disputas entre el Parlamento y la Corona (que en el período inmediato anterior había pertenecido a Jacobo I y entonces ostentaba Carlos I, que fue el receptor de la *Petition of Rights*). Fue esta una relación de quejas contra las violaciones de derechos de los ingleses imputables a la Corona: tributos excesivos y no aprobados por el Parlamento, vulneraciones del *habeas corpus*, procesos y condenas ilegales y abusivos, etc. Y la tercera y última gran declaración es el *Bill of Rights* de 1689. Se logró tras la república de Cromwell y la restauración monárquica con Carlos II. Habían retornado entonces los conflictos entre el Parlamento y aquel monarca, y también su sucesor, Jacobo II, que provocaron la salida de Inglaterra de este último en diciembre de 1688. Guillermo y María de Orange accedieron al trono el 3 de febrero de 1689 y zanjaron los conflictos ratificando, al final de ese mismo año (16 de diciembre de 1689), el *Bill of*

*Rights*⁸⁵. El texto vuelve a reconocer los diversos agravios causados por la Corona a los ingleses, y se formula una relación de «antiguos derechos y libertades» que comprende trece artículos entre los que se enuncia la necesaria intervención del Parlamento para la aprobación de tributos, el derecho de petición y una serie de prerrogativas del Parlamento que incluyen la libertad de palabra en los debates.

Como he indicado más atrás, el derecho a la inmunidad de los parlamentarios y su libertad de expresión en los debates fue objeto de una petición formulada por Tomás Moro a Enrique VIII. No obstante, el asunto siguió suscitando problemas después. Dio lugar a procesamientos y motivó nuevas reacciones del Parlamento. La más importante fue la Declaración, redactada por Edward Coke y aprobada por la Cámara el 18 de diciembre de 1621, confirmando que todos los parlamentarios disponían de libertad de palabra para el debate de los asuntos⁸⁶.

Fuera de este contexto parlamentario, el concepto de *freedom of speech* no está presente en los textos. Alguna aparición hizo en la época previa a la *Petition of Rights* en una «proclamación» expedida por Jacobo I en la que se advertía contra la ilegalidad de escritos que afectasen a la Corona o a asuntos de Estado.

La utilización de la libertad para la crítica política creció exponencialmente cuando se empezaron a utilizar hojas sueltas y periódicos impresos⁸⁷. La impresión se sometió a control

⁸⁵ Para ese período histórico, el clásico estudio de G. M. TREVELLYAN, *La Revolución inglesa, 1688-1689*, traducción de Florentino M. Torner, FCE, México, 1981.

⁸⁶ G. M. TREVELLYAN, *Historia política de Inglaterra*, traducción de Ramón Iglesia, FCE, México, 1984.

⁸⁷ Joad RAYMOND, «El rostro europeo del periodismo inglés», en R. CHARTIER y C. ESPEJO (eds.), *La aparición del periodismo en Europa*.

desde los reinados de Enrique VIII e Isabel I, y consistió en la censura y las intervenciones previas que se han descrito en el capítulo anterior. En el sistema de *prior restraint* cumplían papeles esenciales tres organismos: la Court of High Commission, que era el más alto tribunal eclesiástico; la Stationers Company, el gremio de editores que monopolizaba la impresión y controlaba la expedición de licencias, y la Star Chamber, que se ocupaba de los asuntos criminales. El sometimiento a licencia, o *prior restraint*, se mantuvo hasta 1694. Pero su supresión no implicó el reconocimiento de la libertad de impresión sin límites. A partir de entonces se aplicaría el *common law* para corregir los excesos que los editores pudieran cometer contra otros sujetos privados o contra el Gobierno.

El régimen jurídico de los libelos había sido elaborado, como tantas otras instituciones del *common law*, por sir Edward Coke. Su informe *De libellis famosis*, emitido en 1606 con ocasión de un asunto que había conocido aquel año la Cámara Estrellada, constituyó la opinión invocada en lo sucesivo. Sostenía que un libelo contra una persona privada puede ser castigado criminalmente, pero no puede considerarse que sea una ofensa contra la paz social. En cambio, un libelo contra el Gobierno es una ofensa inaceptable porque, además de romper la paz, escandaliza sobre la función y el trabajo de aquel. En las leyes medievales se aplicaba la regla de que el libelo de carácter privado, para ser punible, tenía que faltar a la verdad. En el caso de los libelos contra el Gobierno o alguno de sus oficiales, la verdad o no de lo escrito era completamente indiferente ya que la verdad podía dañar al Gobierno aún más.

Comunicación y propaganda en el Barroco, Marcial Pons, Madrid 2012, págs. 177 y sigs.

Cuando se abolió la Star Chamber, en 1642, siguieron conociendo de las denuncias por libelo los tribunales del *common law*. Distinguía la jurisprudencia diferentes tipos de libelo: el libelo criminal, que se refería principalmente a las ofensas contra la religión; el libelo obsceno, que protegía la moralidad pública contra escritos literarios y publicaciones generales; el libelo privado, que protegía la reputación individual y hacía posibles las reclamaciones por daños; y, en fin, el libelo sedicioso, que permitía la imposición de sanciones penales. Junto a estos libelos comunes, se decantó otro especial, que era el más grave, cuya especialidad radicaba en que contenía ofensas contra el Gobierno formuladas dolosamente.

En el influyente libro de Sergeant William Hawking *A Treatise of the Pleas on the Crown*, publicado en Londres en 1716, se decía que una circunstancia señaladamente agravante de un libelo era que tendiese a escandalizar sobre el Gobierno refiriéndose a algún asunto público que estuviera gestionando⁸⁸. La exigencia de que el escrito incriminado produjera escándalo fue siempre entendida con bastante laxitud porque el juez Holt, en el caso *Tuchin*, describió el libelo sedicioso sosteniendo que era «una reflexión sobre el Gobierno» que debe ser castigada porque «es muy necesario para el Gobierno que el pueblo tenga una buena opinión de él», y nada puede ser peor para un Gobierno que tener que enfrentarse a comentarios insidiosos.

No era aceptable tampoco, en el caso de libelos sediciosos, la *exceptio veritatis*, es decir, que tales escritos eran punibles aunque dijeran la verdad. La jurisprudencia sostenía que la ver-

⁸⁸ Tomo la referencia de L. W. LEVY, *Emergency of a Free Press*, cit., pág. 8.

dad aún podía hacer más sedicioso el libelo porque los efectos desestabilizadores se incrementaban.

Considerando lo anterior, es claro que la desaparición de la censura y las licencias previas no suponía la implantación del reino de la libertad de palabra. Quedaba viva la aplicación del derecho de libelo, que, en su versión sediciosa, quedó descrito por Blackstone así: «Cuando [se trata de castigar] libelos blasfemos, inmorales, traidores, cismáticos, sediciosos o castigados por el Derecho inglés [...], la libertad de prensa, propiamente entendida, no queda infringida o violada. La libertad de prensa es, en verdad, esencial por su naturaleza para un Estado libre. Pero consiste en no establecer restricciones previas a la publicación, y no en la libertad de seguir procesos criminales cuando se ha publicado. Cualquier hombre libre tiene el derecho indestructible de manifestar sus sentimientos ante el público. Prohibir esto es destruir la libertad de prensa. Pero si lo que se publica es impropio, dañino o ilegal, el autor tiene que sacar las consecuencias de su propia temeridad...»⁸⁹.

El *common law* configura, por tanto, la libertad de prensa como un derecho incompatible con la censura o cualquier forma de *prior restraint*, pero limitado por su contenido y susceptible de represión cuando se ejerce de modo ilegal.

Esta fue la concepción que se recibió en las colonias de América del Norte. No puede ser, por tanto, menos fundada la idea de que no hubo nunca allí restricciones a la libertad de prensa. Bien al contrario, las asambleas coloniales estuvieron muy atentas a los escritos y textos impresos, así como a los discursos que, por su contenido crítico, pudieran ser calificados de libelos a efectos de procesar, incriminar y condenar a los

⁸⁹ BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., libro IV, cap. 2, pág. 151.

culpables. Ejemplos de ese tipo son los pronunciamientos, en 1635, de la Asamblea de Massachusetts contra las «nuevas y peligrosas opiniones» de Roger Williams contra la autoridad de los magistrados. Williams tuvo que salir de la ciudad con sus seguidores y fundar Providence. Y algo parecido le ocurrió a Anne Hutchinson en 1647.

No existía censura previa, pero la libertad de comunicación no era libre. La represión de las publicaciones criminales se mantuvo. Casos como el de Thomas Fleet, editor de *The Evening Post*, por artículos publicados en 1742, o el de Daniel Fowle, sospechoso de ser el impresor de un panfleto titulado «The monster of monsters», revelaban que las críticas agresivas contra las autoridades no eran admisibles y resultaban punibles aun en el caso de que su contenido fuera cierto.

Esta situación no cambió sustancialmente en todo el siglo XVIII, pero un importante proceso, el caso Zenger, ocurrido en 1735, puso en cuestión estos principios y estableció las bases para cambiar las concepciones jurídicas recibidas⁹⁰.

El origen del caso fue un pulso político entre el gobernador de Nueva York, William Cosby, y una fracción política dirigida por Lewis Morris, que consideraba el gobierno de Cosby arrogante y mendaz. Llegó para ocupar su cargo en 1732 y en poco tiempo logró la animadversión de las élites locales. El cargo para el que había sido elegido Cosby lo había ocupado interinamen-

⁹⁰ Una narración del caso Zenger en James ALEXANDER, *A brief Narrative of the Case and Trial of John Paul Zenger, Printer of the New York Weekly Journal*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1963. También L. LEVY, *Emergence of a Free Press*, cit., págs. 37 y sigs. Un resumen del caso Zenger en el volumen I del libro de Melvin I. UROFSKY y Paul FINKELMAN, *Documents of American Constitutional & Legal History*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2008, págs. 29 y sigs.

te un miembro sénior del Consejo, Rip van Dam, a quien Cosby, nada más llegar, pidió la mitad del salario que había estado cobrando. El primero rechazó la reclamación y el segundo lo demandó. El juez que conoció el asunto le dio la razón a Van Dam. El gobernador Cosby cambió al presidente del tribunal, formó una comisión judicial y despidió al juez. Este reaccionó formando un grupo («*Popular Party*») que desafiaría las arbitrariedades del gobernador. Para que sus acciones tuvieran el eco social adecuado, acordó montar un periódico de oposición. Este fue el origen del *New York Weekly Journal*, de cuya edición se encargó a John Peter Zenger, un inmigrante alemán que había sido profesionalmente impresor y que no había tenido, hasta entonces, experiencia como editor. Actuaría como redactor jefe James Alexander, uno de los abogados de Van Dam.

El *New York Weekly Journal* cobró fuerza inmediatamente. Publicó extractos de artículos y escritos liberales ingleses, muy especialmente reimpresiones de las *Cartas de Catón*⁹¹. Cada semana incluía, además, información sobre la Administración pública y las prácticas del gobernador. En 1733, apoyándose en la doctrina de las Cartas de Catón, Alexander empezó a escribir ensayos sobre la libertad de prensa. Argumentaba sobre la necesidad de la libertad de prensa para el gobierno democrático y, de paso, criticaba las actuaciones del gobernador Cosby.

Y así hasta que Cosby decidió reaccionar contra el periódico. Pidió a la Asamblea que algunos artículos fueran quemados y el impresor Zenger perseguido. Pero la Asamblea no lo autorizó. Entonces decidió, sin más, encarcelar a Zenger acusándolo de haber publicado repetidamente libelos sediciosos. El fiscal

⁹¹ Sobre las *Cato's Letters*, *vid. supra* nota 80.

Richard Bradley imputó a Zenger que la información era un libelo «falso, escandaloso, malicioso y sedicioso». Incluía la acusación el concepto «falso», a pesar de que la veracidad o no de un libelo sedicioso era indiferente para la condena, según el *common law*. Hubo seguidamente cruces de recusaciones contra el tribunal, inclinado contra Zenger, que también incluyeron a los abogados de este, que fueron acusados de desacato. Y se designó un jurado formado por personas muy próximas a los intereses del gobernador Cosby.

El juicio comenzaría el 4 de julio de 1735 y, para sorpresa de todos los participantes, al iniciarse la sesión apareció en la sala Andrew Hamilton, de Filadelfia, el mejor y más conocido abogado de América, que se haría cargo de la defensa de Zenger. Sus anteriores abogados le habían pedido que los sustituyera.

La defensa de Hamilton se basó en que Zenger tenía derecho a publicar la verdad. El fiscal sostuvo que, para condenar, bastaba con la prueba de que el acusado era responsable de la publicación, lo que el mismo Zenger había admitido. De acuerdo con el *common law*, la verdad no eximía de responsabilidad, sino que, como ya he dicho, podía agravar el crimen. El fiscal repasó delante del jurado las publicaciones incriminadas para mostrar que, por su contenido, perturbaban la paz y resultaban perjudiciales para la correcta gobernación. Hamilton se mantuvo firme en su tesis de que, para que fueran libelos, tenían que ser falsos; y, además, pudo apoyarse en el tenor literal de la acusación, que había utilizado la palabra «falso» al precisar las características de los escritos. Reclamó, por consiguiente, que el fiscal probara la falsedad, lo que este rechazó hacer ya que no estaba obligado a probar nada. Hamilton ofreció entonces practicar él mismo la prueba, aunque tampoco le correspondiera esa carga. El juez intervino finalmente para indicar al abogado que

era impertinente la prueba de la verdad en un caso de libelo sedicioso.

Hamilton insistió en sus posiciones alegando que la doctrina del libelo sedicioso y la exclusión en estos procesos de la prueba de la verdad tenía sus precedentes en las decisiones del tiránico tribunal de la Cámara Estrellada, que había sido suprimido hacía muchos decenios. Por tanto, era necesario reconfigurar los límites de la libertad de palabra. Su alegato se enfrentaba, no obstante, con el nada liviano problema de que el gran juez Edward Coke y otros notables juristas ingleses habían mantenido y aplicado dicho precedente. Hamilton agotó entonces un nuevo turno de alegaciones contra la doctrina de que la verdad agravaba la responsabilidad por libelo sedicioso. Y, para sortear la prohibición de que se practicara ninguna prueba sobre la verdad, se dirigió al jurado apelando a las evidencias y a su propia ciencia y conocimiento de lo que estaba ocurriendo en Nueva York, y los modos de gobierno de su gobernador. El juez volvió a cerrarle el paso, reiterando que el único pronunciamiento que se esperaba del jurado era el concerniente a «determinar que Zenger había publicado tales papeles, dejando al tribunal el juicio sobre si eran libelos». El jurado no tenía que pronunciarse nada más que sobre el hecho de la publicación, dejando la valoración jurídica al tribunal.

Hamilton, sin embargo, no cejó ni rindió su argumento principal ante los precedentes que el juez invocaba y la naturaleza de los procesos por libelo sedicioso. Si lo escrito era verdad, repetía el abogado, un pueblo libre y la justicia tienen que proteger la inocencia de quien la divulga. Pretender que el Gobierno está por encima de la crítica no debe ser tolerado. Las autoridades gubernamentales que abusan del poder y causan

injusticias desacatan al pueblo que delega en ellos. Acabó con estas aseveraciones convirtiendo el caso contra Zenger en un caso del pueblo contra el gobernador Cosby. Y dejó advertido que la causa Zenger era algo más que un proceso contra un pobre impresor: era «la causa de la libertad», que tendría consecuencias «sobre cada hombre libre que vive bajo el gobierno británico o en el ámbito de América».

El veredicto final del jurado, acordado en muy poco tiempo, fue no culpable.

Tenía razón Hamilton en su pronóstico de que el caso resonaría por Inglaterra y toda América, porque alcanzó, en efecto, una grandísima popularidad y sería continuamente invocado por escritores, políticos y abogados. No cambió, desde luego, el *common law* sobre procesos por libelo sedicioso, pero estableció las bases para una nueva concepción de la libertad de palabra, que acabaría siendo implantada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo muchos años después.

Las ideas que expuso el abogado Hamilton durante el proceso Zenger estaban muy vinculadas, como se hace visible con solo reproducirlas, al pensamiento desarrollado en Europa en el período final del siglo XVII y primeros del siglo XVIII, y, particularmente, eran tributarias de las obras de Milton, Locke, y de las *Cartas de Catón* escritas por Trenchard y Gordon.

Las mismas influencias se aprecian en los escritos de Thomas Jefferson, sin duda el miembro de la generación revolucionaria mejor informado, por sus hábitos de erudito y sus estancias en Europa, del desarrollo del pensamiento ilustrado, del que él mismo fue el mejor exponente en la América británica⁹².

⁹² Compartiendo aquí la tesis de H. S. COMMANGER, «Jefferson y la Ilustración», en L. WEYMOUTH, *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su*

Fue también el máximo defensor de las libertades de pensamiento y expresión, muy singularmente de prensa, que siempre consideró la libertad fundante y primera sin la cual no pueden mantenerse las demás. Su aprecio por esa libertad se hizo notar en todos los proyectos de declaración de derechos en cuya redacción participó: en ninguno falta la proclamación de la libertad de palabra. El mejor instrumento de la libertad de expresión eran, para Jefferson, los periódicos. La opinión del pueblo es capital para mantener bajo vigilancia a los Gobiernos, orientarlos o censurarlos, y dicha opinión no puede formarse si no existiera la prensa, que contribuye a ello, ilustra al pueblo y lo dota de la información precisa para corregir las desviaciones y errores de los gobernantes.

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

Jefferson se mostró muy flexible al tratar de los límites de la libertad de prensa. Sus escritos son más tolerantes incluso que los de Locke porque no excluye a los católicos y ateos, como hizo aquel. No dejó de ser consciente de que, ya en su tiempo, muchas quejas contra los abusos de la prensa eran completamente ciertas, como también lo era la corrupción existente en su entorno. Pero creyó que estos riesgos eran asumibles. En los casos de abuso, por ejemplo mediante la difusión de falsedades, sostuvo que el debate y la libre circu-

influencia, traducción de J. Belloch Zimmerman, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 43 y sigs.

lación de las ideas terminaban reponiendo la verdad en su sitio. De ningún modo aceptó la imposición de censuras o restricciones previas⁹³.

Las normas que se aprobaron en las colonias de América del Norte en los años inmediatamente anteriores y posteriores a la Declaración de Independencia de 1776, que redacta el propio Jefferson, aunque proclaman en su mayoría expresamente la libertad de palabra y de prensa, no establecen garantías nuevas para su ejercicio. Ordinariamente proscriben que estas libertades puedan ser limitadas mediante leyes, y excluyen la censura previa. Pero en todos los Estados se mantendrá el *common law* inglés en materia de libelos criminales, y muy especialmente la criminalización de los de carácter sedicioso, excluyendo, en los procesos correspondientes, la *exceptio veritatis*. Lo cual significaba que, a pesar de la influencia de las obras de Locke, de las *Cato's Letters* y de las exposiciones de *framers*, tan influyentes como Jefferson, el *common law* y las ideas blackstonianas y de otros sistematizadores de la tradición inglesa continuarían siendo el derecho aplicable.

Es comprensible que no se flexibilizara la libertad en un período de subversión y guerra, y que fueran muchos los patriotas, como John Adams, que se quejaron continuamente de los abusos de la prensa conservadora, y también que el mundo colonial se dividiera según las lealtades de cada individuo. La libertad de prensa estuvo al servicio de estas situaciones, y la

⁹³ Vid. al respecto la información y documentos que aporta James R. WIGGINS, «Jefferson y la prensa», en el libro dirigido por Lally WEYMOUTH, *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, traducción de J. Belloch Zimmermann, Tecnos, Madrid, 1986.

represión de los excesos se llevaba a cabo con diferente severidad, pero aplicando la disciplina de siempre⁹⁴.

L. W. Levy⁹⁵, que ha llevado a cabo una muy documentada investigación acerca de la continuidad del *common law* sobre libelo a pesar de las enfáticas declaraciones de derechos o de las prescripciones constitucionales en materia de libertad de prensa, ha probado que en el tiempo que discurre entre la Declaración de Independencia (1776) y la ratificación de la Primera Enmienda (1791), América tuvo su primera oportunidad de desarrollar un sistema legal en el que existieran oportunidades reales de expresar libremente opiniones sobre cualquier asunto. Pero, aunque en ese tiempo América fue tan libre, si no más, que cualquier otro lugar del mundo, los americanos no aprovecharon la oportunidad de abandonar o modificar profundamente el opresivo *common law* sobre libelos sediciosos. Por el contrario, muchos Estados mantuvieron expresamente vigente el *common law* inglés, que no pensaron en sustituir por una legislación nueva. Virginia lo declaró así expresamente en 1776⁹⁶, y lo mismo hizo la Constitución de New Jersey aquel año. Y así casi todos los demás Estados.

Por otro lado, los *Bills of Rights* empezaron a incluir declaraciones en favor de la libertad de palabra y de prensa, proclamando su carácter de derecho no sometido a intervenciones del legislador. La primera Declaración de Derechos fue la de Virginia, pocos días antes de la Declaración de Independencia

⁹⁴ Muy bien documentada la exposición de L. LEVY, *Emergence of a Free Press*, cit., págs. 62 y sigs., y 173 y sigs.

⁹⁵ LEVY, *Emergence of a Free Press*, cit., *in totum*.

⁹⁶ Una ley de Virginia de 1776 establecía: «The common law of England shall be the rule of decision, and shall be considered in full force until the same be altered by the legislative power of the colony».

de 4 de julio de 1776 (el texto de Virginia es de 12 de junio), cuyo artículo 12 estableció: «Que la libertad de prensa es uno de los baluartes de la libertad y no puede ser restringida nunca por gobiernos despóticos». Pennsylvania incluyó un precepto parecido en su Constitución de 16 de agosto de 1776 (artículo 12: «Que el pueblo tiene derecho a la libertad de expresión, y de escribir y publicar sus sentimientos; por tanto, la libertad de prensa no debe ser limitada»). En términos más o menos repetidos, la misma prescripción se incorporó a las constituciones o declaraciones de derechos de Delaware, Maryland, Carolina del Norte, Massachusetts y otros Estados, entre 1776 y 1778.

Estas declaraciones han sido interpretadas por algunos constitucionalistas como manifestaciones evidentes del deseo de los Estados americanos de desembarazarse del *common law* inglés en materia de expresión y prensa, pero no hay muestras de que se consiguiera, y ni siquiera, considerando las normas que se pronunciaron favorablemente al mantenimiento de aquel derecho tradicional, parece que hubiera voluntad de desplazarlo. Continuaron las persecuciones por libelo criminal e incluso, años más tarde, la *Sedition Act* de 1798 dejaría sin efecto la protección constitucional de la libertad de prensa en casos de excepción⁹⁷.

⁹⁷ Una referencia importante en la que se ha tratado de basar la supuesta voluntad de separarse del *common law*, pero que ha sido leída reconociéndole consecuencias que no tuvo, fue el texto del llamamiento que el I Congreso continental dirigió a la ciudad de Quebec, donde consta lo siguiente: «El último derecho que mencionaremos se refiere a la libertad de prensa. Su importancia consiste, junto con el avance de la verdad, de la ciencia, de la moralidad y las artes en general, en la difusión de abundantes opiniones sobre la administración del gobierno, la fácil comunicación de pensamiento entre los individuos, y la consecuente promoción de la unión entre todos ellos, además de la intimidación y avergonzamiento de funcionarios tiránicos, tendente a conseguir una más honorable y justa administración de los asuntos».

Incluso algunos Estados que declararon la libertad de prensa la concibieron al modo blackstoniano. Los procesos por libelos sediciosos siguieron siendo moneda corriente. Fórmulas constitucionales que incluían el mandato «*the freedom of the press ought not to be restrained*» no supusieron un repudio de la tradición del *common law*. Incluyeron exactamente la negación de la prueba de la verdad como exculpación. No hay en los textos indicios que permitan pensar en un abandono de la sistematización de Blackstone, ni tampoco en la universalización del antecedente Zenger. La pionera Virginia mantuvo su aceptación de los procesos por libelos sediciosos. Nueva York, la patria del caso Zenger, repudió sus principios. La Constitución de dicho Estado, aprobada en 1777, adoptó el *common law*. En Pennsylvania, cuyas regulaciones constitucionales de 1776 y 1790 fueron las más liberales de la Unión sobre la libertad de palabra, se mantuvo el mismo régimen del derecho inglés sobre libelos criminales. Una exposición de McKean sobre la cláusula de libertad de prensa podría haber sido suscrita, sin ningún embarazo, por Hutchinson, Blackstone o Mansfield⁹⁸.

La Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, aunque implicaba en la relación de agravios cometidos por la Corona la reducción de los derechos naturales, no contenía ninguna reclamación expresa de la libertad de expresión o de prensa, que no aparecieron en el continente americano hasta el precepto citado de la Declaración de Virginia, que situaba dicha libertad como baluarte de las demás libertades⁹⁹.

⁹⁸ LEVY, *Emergence of a Free Press*, cit., págs. 185, y 220 y *passim*.

⁹⁹ Para los textos de estas declaraciones, *vid.* las compilaciones de documentos de la historia constitucional norteamericana que se citan en la nota 2.

La Constitución de 1787 tampoco incluyó una relación de derechos protegidos, contra los deseos de algunos de los *Founder Fathers* como Jefferson, que insistieron mucho en la conveniencia de que se incorporara¹⁰⁰. Precisamente la falta de una declaración de derechos fue determinante de que se demorara en algunos Estados el proceso de ratificación de la Constitución. Madison asumió la presentación del texto de una declaración, como había prometido a sus comitentes de Virginia¹⁰¹. Lo presentó a la Cámara de Representantes el 8 de junio de 1789, y en 1791 quedaron aprobadas las diez primeras enmiendas. La primera estableció: «El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios». La primera libertad declarada, por el orden de la redacción, es la libertad religiosa, pero todas las de la Primera Enmienda, en verdad, pueden considerarse parte de la primera por su estricta vinculación histórica e incluso instrumental: la libertad de conciencia y de religión presenta un aspecto interno, el mero establecimiento e interiorización, pero también necesi-

¹⁰⁰ Remito, sobre este punto, además de a los estudios que se citan en las notas 1 y 2 *supra*, también a la correspondencia entre Adams y Jefferson: *The Adams-Jefferson Letters (The complete Correspondence Between Thomas Jefferson and Abigail and John Adams)*, edición a cargo de Lester J. Cappon, University of North Carolina Press, 1959; especialmente las cartas recogidas en las págs. 168 y sigs., y 244 y sigs.

¹⁰¹ Un trabajo sobre la contribución de Madison a la preparación del *Bill of Rights* es el de Richard LABUNSKI, *James Madison and the Struggle for the Bill of Rights*, Oxford University Press, 2006; también Jack N. RAKOVE, *James Madison and the Creation of the American Republic*, 3.^a ed., Library of American Biography, 2007; Drew R. MCCOY, *The Last of The Fathers. James Madison & The Republican Legacy*, Cambridge University Press, 1989.

ta de la manifestación externa; la libertad de palabra está vinculada con la prensa, la opinión con la asociación de ciudadanos libres que la formen y difundan.

La cuestión de más interés es, para este discurso, la de saber si la consagración de la libertad de palabra y de prensa cambió finalmente las prácticas legislativas y procesales que mantenían la tradición del *common law*. La respuesta es claramente negativa y hay muchas razones que la avalan. La primera es que, antes que la Federación, los Estados habían recogido en sus textos constitucionales declaraciones parecidas que no habían tenido consecuencia alguna para el desplazamiento del *common law*. De hecho, en los procesos por libelo continuaron aplicándose los mismos principios. La segunda es que durante muchos años se entendió que las primeras enmiendas no eran de aplicación a los Estados, por lo que no pudieron provocar cambios de ninguna clase. En tercer lugar y como consecuencia de lo anterior, los procesos que el Tribunal Supremo conoció de asuntos relacionados con la Primera Enmienda a lo largo de todo el siglo XIX fueron nada más que doce¹⁰². Y, por último, apenas unos años después de aprobadas las primeras enmiendas, se dictó por el Congreso la *Sedition Act* de 1798. Esta ley fue dictada ante la preocupación del Gobierno por los sucesos revolucionarios de Francia, que agobiaban especialmente a los elementos más conservadores del país. Era una ley de defensa frente a un hipotético enemigo exterior, que pudiera extender sus redes en el territorio americano. La protección buscada justificó que se pudieran imponer restricciones a la libertad de expresión y de prensa, inicialmente de modo provisional, pero marcando

¹⁰² Robert J. WAGMAN, *The First Amendment Book*, New York, 1995, pág. 45.

pautas sobre restricciones que fueron protestadas por algunos Estados. Algunos la consideraron inconstitucional, pero todavía no se había producido la sentencia *Marbury vs. Madison* (1803) y no se sabía nada acerca de la posible declaración de inconstitucionalidad de las leyes¹⁰³.

Durante un siglo entero apenas se produjo ningún avance importante en Estados Unidos en materia de libertad de prensa desde el punto de vista legal, jurisprudencial o práctico¹⁰⁴.

La libertad de palabra y la represión de sus excesos siguieron bajo la misma influencia del viejo *common law* inglés, del que los nuevos Estados no quisieron, o no pudieron, separarse.

Un siglo después, el Tribunal Supremo empezaría a renovar todas las viejas doctrinas y ofrecería a Europa un modelo jurídico e intelectual completo sobre cómo entender la libertad de palabra. Y los Estados europeos aceptarían esa influencia.

¹⁰³ La sección segunda de la ley establecía multas y penas de prisión para quienes escribieran, imprimieran o ayudaran a hacerlo, cualquier información falsa, escandalosa o maliciosa contra el Gobierno de los Estados Unidos, el Congreso, el presidente..., contra las instituciones públicas, en fin. El texto de la *Sedition Act* está recogido en cualquiera de las series documentales que cito en la nota 2. También en los anexos del libro de G. ANASTAPLO, *Reflections on Freedom of Speech*, cit., pág. 224.

¹⁰⁴ No digo desde el punto de vista del pensamiento político porque a mediados de siglo se publica el gran ensayo de John Stuart MILL, *On Liberty*, cuya segunda parte está dedicada a la libertad de pensamiento y discusión. Vid. John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, traducción de Pablo de Azcárate con un prólogo de Isaiah Berlin, primera edición, Alianza Editorial, 1970, novena reimpresión en 2009, págs. 75 y sigs.

VI. Palabras revolucionarias (ss. XVIII-XIX)

Dos preceptos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea revolucionaria francesa el 26 de agosto de 1789, proclamaron las libertades de pensamiento y comunicación en los términos que habían reclamado los filósofos ilustrados desde hacía un siglo. El artículo 10 prescribió: «Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden establecido por la ley». Y el artículo 11 que «La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir e imprimir libremente sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley».

Las declaraciones de estos preceptos son muy enfáticas y rotundas, pero presentan, entre otros detalles, una diferencia fundamental con la Primera Enmienda, de 1791, a la Constitución de Estados Unidos: en la Declaración francesa las libertades de palabra e impresión, como las demás que se especificaban en los artículos 10 y 11, pueden ser delimitadas por las leyes para salvaguardar otros intereses; las libertades de la Primera Enmienda son, en cambio, ilegislables («Congress shall make no law respecting...»).

Esa capital diferencia tuvo importantes consecuencias para la historia de la libertad de palabra en Francia porque, desde el

inicio de la Revolución y durante todo el siglo XIX, se legisló sin parar sobre la imprenta. La cultura política y jurídica francesa, en relación con la publicación de libros e impresos, había sido distinta desde siglos atrás a la inglesa (que, como hemos visto, fue la imitada en América). La intervención política y administrativa en la impresión y difusión de escritos, en régimen de censura o *prior restraint*, duró relativamente poco tiempo en el ámbito anglosajón. Se había establecido sobre la base de determinada jurisprudencia del tribunal de la Cámara Estrellada, que fue superada relativamente pronto. A finales del siglo XVII y gracias a la influencia de las obras de Milton, Locke, Trenchard y Gordon, los debates subsiguientes y las aportaciones de otros pensadores, la censura se abolió manteniéndose únicamente mecanismos represivos basados en el *common law* sobre libelo. En Francia, por el contrario, la intervención administrativa previa para supervisar el contenido de los libros, folletos, periódicos y hojas impresas de cualquier clase formó parte de su tradición desde que se introdujo la imprenta. Ciertamente la Declaración de 1789 estableció las bases para aliviar la opresión y fundar un régimen más favorable a la libertad de palabra, pero no forzó la desaparición de la censura previa para siempre, ni menos, desde luego, los procesamientos y sanciones administrativas por los abusos en el ejercicio de aquella libertad.

La específica remisión a lo que estableciesen las leyes, recogida en los artículos 10 y 11 de la Declaración, supuso la continuación de la práctica de someter la impresión a regulación, que es más antigua que el proceso revolucionario, aunque el «legicentrismo»¹⁰⁵, continuamente invocado en la Declaración,

¹⁰⁵ RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Pluriel, Hachette, París, 1988.

potenciara aún más la acción del legislador. Uno de los más notables juristas ingleses de todos los tiempos, A. W. Dicey, comparando las particularidades del régimen inglés y el francés, hizo notar que los franceses habían producido diez veces más leyes que los ingleses en materia de libertad de prensa desde los tiempos de Isabel I hasta cuando él escribe, que es en los umbrales del siglo xx¹⁰⁶.

La práctica durante el Antiguo Régimen, basada en normas cambiantes, llenas de especialidades y privilegios, hacía bastante impredecible la decisión de los órganos competentes en materia de intervención y autorización previa. Los criterios de aplicación de la censura estaban basados en un régimen de *bon plaisir*, con grandes aperturas a la pura arbitrariedad¹⁰⁷.

Dos textos de 1758 y 1763, respectivamente, explicaron la situación de la época inmediatamente anterior a la Revolución. El primero son las *Mémoires sur la librairie* redactadas por Malesherbes; el segundo un informe sobre la libertad de prensa escrito por Diderot con el título *Lettres sur le commerce de la librairie*. Las *Mémoires* de Malesherbes tenían al delfín como destinatario; y el informe de Diderot, en cambio, había sido elaborado a petición del gremio de libreros, y especialmente por incitación del líder del mismo, que era entonces Le Breton, uno de los editores de la *Encyclopédie*. En ambos textos están rese-

¹⁰⁶ A. V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, edición a cargo de Wade, Londres, 1985 (la primera edición es de 1885). Dice en la página 253, que «Las leyes que han sido aprobadas en Inglaterra desde los días de la reina Isabel I sobre la prensa están en una proporción de uno a diez, si no de uno a veinte, en relación con las aprobadas en Francia en el mismo período sobre la misma materia».

¹⁰⁷ HATIN, *Théorie et pratique de la liberté de presse. Histoire, législation, doctrine et jurisprudence, bibliographe, 1500-1868, I*, Librairie Pagnerrer, París, 1868, páginas introductorias.

ñados los excesos de la censura, que se hacía insoportable, además de por las dificultades que imponía a la libertad de la ciencia y el pensamiento, por las consecuencias económicas de su arbitrariedad.

La intervención de los censores, siempre desconcertante, se veía acompañada, en bastantes ocasiones, por las interferencias de los Parlamentos, especialmente el de París, que eran órganos con funciones predominantemente judiciales que se habían atribuido la función de juzgar también la pertinencia o no de una edición. Malesherbes expone el conflicto entre el Parlamento y el monarca con ocasión de *D'esprit* de Helvecio. El libro fue publicado después de haber sido aprobado, con algunas observaciones, por dos censores y recibir el privilegio de edición en mayo de 1758. Pero su contenido, considerado irreligioso e inmoral, suscitó un gran escándalo y el Consejo se vio forzado a revocar la licencia el 10 de agosto de 1758, obligando a Helvecio a retractarse públicamente. A pesar de que el conflicto estaba decidido por el Consejo, también el Parlamento de París juzgó la obra: el libro fue condenado a ser quemado y la sentencia se ejecutó el 10 de febrero de 1759. Esta doble actuación revela que, además de la imprevisibilidad de la decisión de los censores, los Parlamentos asumían competencias de control que ponían en cuestión las decisiones de los Consejos del rey.

Un problema semejante afectó a la *Enciclopedia*. La obra estaba protegida por tres privilegios, otorgados en abril de 1745, enero de 1746 y abril de 1748. Pero en febrero de 1759 el Parlamento sometió los siete volúmenes ya publicados a la consideración de censores designados por él. Antes de que el Parlamento llegara a pronunciarse, y para evitar a los editores una catástrofe económica, el Consejo del rey acordó revocar el privilegio de edición, evitando de esta manera que fuera el Par-

lamento quien acordara la anulación de la licencia. Lo curioso del asunto es que la indicada revocación sirvió para que, aun sin autorización, la obra pudiera seguir distribuyéndose clandestinamente. Era fácil hacerlo porque las sucesivas entregas de la *Enciclopedia* tenían suscriptores, de manera que la relación directa con ellos permitía sortear el control. Malesherbes, que había influido en la estratagema urdida en beneficio de la obra, clamaba en su informe antes citado contra la intolerancia, que era moneda corriente en la relación entre los poderes públicos y las obras impresas, lo que era insostenible en un mercado en el que la difusión de aquellas crecía sin parar y la avidez del público por la lectura también se incrementaba rápidamente¹⁰⁸.

Las medidas represivas contempladas en la legislación del siglo XVIII contra quienes no se atuvieran al régimen de censura previa eran terroríficas. La regulación estaba en tres textos: el *Règlement du Conseil pour la librairie et imprimerie de Paris* de febrero de 1723 (habitualmente denominado *Code de la librairie*), la *Déclaration concernant les imprimeries* de mayo de 1728, y la *Déclaration* de abril de 1757, cuyo artículo primero despachaba el siguiente mandato: «Todos aquellos que estén conde-

¹⁰⁸ Se produjo una explosión de la lectura en toda Europa en el ochocientos. En Alemania, R. Engelsing ha descrito lo ocurrido a lo largo de esa centuria: frente a la lectura repetitiva de una misma serie de libros (normalmente de naturaleza religiosa y, especialmente, de la Biblia), que fue lo habitual en los siglos anteriores, en el XVIII irrumpe un lector laicizado, con avidez por conocer textos nuevos, más variados, que reclama la lectura como un recurso para el entretenimiento. En Francia y Alemania los nombres de Richardson, Rousseau, Kloestock y Goethe son ingredientes de esta revolución. *La nouvelle Héloïse* (1761) es el gran *best seller* del siglo. Sobre ello, R. WITTMANN, «¿Hubo una revolución de la lectura a finales del siglo XVIII?», en G. CARVALLO y R. CHARTIER (dirs.), *Historia de la lectura en el mundo occidental*, Taurus, Madrid, 1998, págs. 435 y sigs.

nados por haber compuesto, hecho componer e imprimir escritos tendentes a atacar la religión, a remover las conciencias, a atacar nuestra autoridad y a perturbar el orden y la tranquilidad de nuestros estados, serán castigados con la muerte».

La sanción carecía de cualquier sutileza y sentido de la proporción. La evaluación quedaba en manos de los magistrados, que eran, por otra parte, los que normalmente se sentían más ofendidos por los impresos y folletos clandestinos.

Es llamativo, en medio de tan poco matizada severidad, el desarrollo que tuvieron durante todo el siglo XVIII los permisos tácitos que, según explica Malesherbes, eran tan comunes como los expresos. A veces no se autorizaban los libros, pero tampoco las autoridades los prohibían, por razones políticas o de conveniencia. En estos casos se usaba el procedimiento de no seguir los trámites señalados en las leyes y comunicar verbalmente a los interesados el propósito de no obstaculizar la difusión. Una vez que esto ocurría, los libros en circulación se hacían figurar en una lista que, de alguna manera, producía el efecto de legalizarlos. Hubo, por ejemplo, una «lista de las obras impresas en países extranjeros cuya venta está permitida en Francia»¹⁰⁹.

Malesherbes, que contó estas situaciones en una segunda obra suya, *Mémoire sur la liberté de la presse* de 1788, clamaba contra la práctica de los permisos tácitos. Desde un punto de vista comercial, favorecía sobre todo a los editores extranjeros, con lo que se estaban poniendo obstáculos al desarrollo nacional de un sector económico de importancia creciente. Y, desde la

¹⁰⁹ Las peculiaridades del tráfico cultural y comercial que describo, con referencias a la situación de los autores, talleres, circulación de libros clandestinos y otros aspectos concernientes al mundo sumergido de la edición pre-revolucionaria, en la obra de Robert DARNTON, *Edición y subversión. Literatura clandestina en el Antiguo Régimen*, Turner, FCE, Madrid, 2003.

perspectiva de la legalidad, era una vergüenza porque las leyes no se aplicaban y la propia Administración responsable de ejecutarlas se abstenía y participaba en la burla de la legalidad, con todas las consecuencias demoledoras que cabía esperar.

«A menudo se sentía la necesidad de tolerar un libro — escribe Malesherbes— y sin embargo no se quería reconocer que se toleraba... En este caso, se optaba por decirle a un librero que podía emprender su edición, pero clandestinamente; que la policía fingiría ignorarlo y no lo secuestraría; y como no se podía prever hasta qué punto esta situación irritaría al clero y a la justicia, se le recomendaba estar siempre preparado para hacer desaparecer su edición en el momento en que se le advirtiera, y se le prometía hacerle llegar ese aviso antes de que se hiciera el allanamiento de su local. No sé muy bien qué nombre darle a este permiso cuyo uso se ha vuelto común. En realidad, solo son garantías de impunidad».

Considerando la situación, es lógico que cuando empezó el movimiento revolucionario en Francia se multiplicaran las voces que reclamaban una regulación más objetiva y segura de la impresión, capaz de asegurar de verdad la libertad de palabra.

Uno de los grandes defensores de este cambio fue Mirabeau, y una de sus acciones escritas más expresivas fue la publicación en 1788 de un panfleto titulado *Sobre la libertad de prensa*. Para establecer el trazo exacto del itinerario de la libertad de palabra es notable este texto que, aunque firmado por Mirabeau, es poco más que una copia de la *Aeropagítica* de John Milton. Esta circunstancia no la disimuló Mirabeau porque puso a su folleto un subtítulo que explicaba: «imitado del inglés Milton»; y aún añadió una nota al título en la que confesaba que había seguido al autor inglés «de un modo mucho más cercano de lo que pudieran creer quienes no conozcan el original en el que más bien

he suprimido algo que añadido nada». Añadir, en verdad, bien poco; unos párrafos introductorios confesando que su intención era dar ideas a quienes iban a participar en los Estados Generales, para que apoyasen un cambio en el insostenible y corrupto sistema de censura previa¹¹⁰, y una exhortación final que concluye reclamando de quienes van a representar a los franceses y a cambiar el orden político establecido: «¡Que la primera de vuestras leyes consagre para siempre la libertad de prensa, la libertad más sagrada, la más ilimitada, que ella estampe el sello del desprecio público sobre la frente del ignorante que tenga miedo a los abusos de esa libertad; que ella entregue a la execración universal al malvado que finja tenerlos!...». «¡El miserable todavía quiere oprimirlo todo; echa de menos los medios para ello; ruge en su corazón al verlos desaparecer!».

La traslación del argumentario de Milton contra la censura, que Mirabeau propuso, no se hizo efectiva en Francia, donde la edición seguía siendo una actividad regulada y, por épocas, sometida a intervenciones administrativas previas. La separación del itinerario angloamericano y del europeo continental hacia la consagración plena de la libertad de palabra se

¹¹⁰ En el segundo párrafo del texto de Mirabeau hay un recordatorio de esa práctica, coincidente con la denuncia de Malesherbes que he transcrito antes. Dice: mientras los ministros «impiden que se difunda la obra póstuma de uno de los publicistas más respetados de la nación, [...] y de pronto la policía, convencida de su propia impotencia para impedir la circulación de un libro, asustada por las reclamaciones que un despotismo tan extravagante puede provocar; la policía, que jamás influye a no ser por la acción y la reacción de la corrupción, paga los ejemplares secuestrados, vende el derecho de falsificar, de publicar lo que acaba de proscribir, y no ve en ese vergonzoso tráfico de tiranía e intransigencia más que el lucro del privilegio exclusivo de un día». El texto de Mirabeau ha sido traducido y editado en España, *Sobre la libertad de prensa*, APM, Madrid, 2009, con prólogos de Rogelio Blanco y Bernardino M. Hernando.

hace manifiesta en la época revolucionaria y, a partir de entonces, durante casi dos siglos, como comprobaremos en los capítulos siguientes.

La convocatoria de los Estados Generales determinó la aparición de innumerables folletos, hojas sueltas e impresos varios de contenido habitualmente panfletario, que hacían uso de una libertad de comunicación que no consideraban subordinada a ninguna intervención ministerial. Fue, paradójicamente, el Parlamento de París, en un *arrêt* de 5 de diciembre de 1788, uno de los primeros organismos públicos en manifestarse a favor de la libertad de prensa como garantía de los demás derechos. En el intervalo que va desde 1788 a mayo de 1789 se publicaron más de tres mil folletos¹¹¹.

Era el tiempo, según los cronistas de la época, de un armamento impreso, más ligero y de rápida elaboración que los libros. Luis Blanc escribió en su *Histoire de la Révolution* que «cuando, sobre todas las cuestiones, las pasiones agitadas tienen que traducirse en palabras ardorosas, cuando en el mundo presionado por vivir, el hoy devora al ayer, y debe ser devorado por el mañana, la era de los libros se acabó, es la era de los periódicos la que se abre»¹¹². Y J. Michelet, en su monumental *Histoire de la Révolution Française*, rememora que «en cada gran momento de 1789 hubo una verdadera erupción de periódicos»¹¹³.

¹¹¹ Recoge la cifra E. HATIN, *Théorie et pratique de la liberté de presse. Histoire, législation, doctrine et jurisprudence, bibliografie, 1500-1868, I*, Librairie Pagnerre, París, 1868, pág. 22.

¹¹² L. BLANC, III, 122.

¹¹³ La traducción española de V. BLASCO IBÁÑEZ, *Historia de la Revolución Francesa*, tres volúmenes, ha sido reeditada con el patrocinio de la Fundación Pablo Iglesias por Ikusager Ed., Vitoria, 2008. Refiere (I, 274) que «1. En mayo y junio, con motivo de la apertura de los Estados Generales, vio la luz una gran cantidad. Mirabeau publica *El Correo de Provenza*, Gorsas *El*

Brissot había sido uno de los primeros en lanzar un prospecto, *Le patriote français*, convencido de que una gaceta es un centinela que vigila sin cesar en favor del pueblo. Y Mirabeau, poco después de su copia de Milton editó una hoja suelta titulada *États Généraux*, que incluía un apartado bajo el título «*Novus nasciturus ordo*», que versaba sobre la utilidad de los periódicos para las naciones constituidas, para los pueblos libres y, mucho más, para los que aspiran a serlo. Se publicó el primer número el día siguiente a la apertura de la Asamblea, y, naturalmente, sin recabar los permisos obligatorios.

Este tipo de actitudes era frecuente entre los editores de panfletos y otros impresos menudos, por lo que el Consejo, el 6 de mayo de 1789, prohibió a todos los impresores, libreros o cualquier otro imprimir prospectos, periódicos u hojas periódicas bajo cualquier denominación. Al día siguiente arremetió directamente contra el periódico de Mirabeau. Su resolución decía que el Rey «informado de que se ha osado repartir entre el público, en virtud de una suscripción abierta sin ninguna autorización, y bajo la forma de obra periódica, un impreso que lleva el número 1 y con el título *États Généraux*, fechado en Versalles el 2 de mayo de 1789 [...] cree deber reseñar especialmente su desaprobación contra un escrito tan condenable respecto del fondo como reprehensible respecto de la forma (y) suprime el citado impreso como injurioso, ya que lleva con él, bajo

Correo de Versalles, Brissot *El Patriota Francés*, Barrère *El Punto del día*, etc., etc. 2. La víspera del 14 de julio aparece el más popular de todos los periódicos: *Las Revoluciones de París*, redactado por Loustalot. 3. Los días 5 y 6 de octubre aparecen *El Amigo del Pueblo* de Marat, y *Los Anales Patrióticos* de Cerrá y Mercier. Poco después Desmoulins publica *El Correo de Brabante*, el más espiritual de todos seguramente, y luego aparece uno de los más violentos, *El Orador del Pueblo*, de Frénon».

la apariencia de la libertad, todos los caracteres de lo licencioso»¹¹⁴.

La decisión produjo gran conmoción en la Asamblea. Fue denunciada por parte de los *Tiers* de París calificando la prohibición del folleto como un acto atentatorio de la libertad¹¹⁵. Mirabeau protestó enérgicamente y declaró que pensaba seguir editando el periódico. Se limitó a cambiarle el nombre. Se llamaría en lo sucesivo *Lettres du comte de Mirabeau à ses committants*. El cambio era bastante más que una formalidad. Se trataba de una argucia para utilizar la inviolabilidad que le correspondía como miembro de la Asamblea y que obligaba a la censura a abstenerse de toda intervención ya que, en otro caso, podría ser acusada de entrometerse o interferir entre el elegido y sus electores. El Ministerio, retado por Mirabeau, dio marcha atrás.

En verdad, el Gobierno estaba desbordado por la prensa múltiple y rabiosa de los primeros días de los Estados Generales. Aunque lanzó a la policía contra algunos periódicos, la represión era muy difícil. Cada periódico que se trataba de cerrar, como ocurrió también con el de Marat, reaparecía desafiante o acogándose a cualquier subterfugio.

La convocatoria de los Estados Generales había tenido lugar el 24 de enero de 1789. Los franceses, llamados por el rey,

¹¹⁴ El texto en HATIN, cit., I, 24. La historia del periódico de Mirabeau y su primera carta está descrita por Émile GIRARDIN, *Les droits de la pensée. Questions de presse: 1830-1864*, Henri Plon, Librairie Nouvelle, París, 1864, pág. 305.

¹¹⁵ «En la medida en que viola la libertad de prensa, reclamada por Francia entera; en la medida en que la ha violado en una época en que la nación, que tiene los ojos abiertos sobre sus representantes, tiene más necesidad de conocer todas las deliberaciones de la gran asamblea en la que se discuten los derechos y donde se trata de sus destinos...» concluía solicitando la anulación de la resolución.

debían presentar sus quejas y ofrecer sus ideas sobre la reforma de las instituciones y garantizar las libertades. Para ello, los diputados elegidos debían llevar con ellos las instrucciones y poderes bastantes para que pudieran acordarse las reformas necesarias y establecerse un nuevo orden de seguridad y prosperidad.

En muchos de los *Cahiers de doléances* que presentaron los representantes se manifestaba la necesidad de mejorar los derechos individuales, recogiénolos incluso en una declaración general. Y bastantes *Cahiers* aludían de modo directo a la libertad de palabra. Por ejemplo, en las *Remontrances, moyens et avis que le tiers état du baillage de Nemours charge à ses députés de porter aux États Généraux*, fechadas en febrero de 1789, se recoge expresamente un proyecto de declaración, cuyo artículo primero debería decir: «No puede haber más delito en las palabras o en los escritos que la injuria o la calumnia...». En el *Cahier de Doléances de la Noblesse des baillages de Nantes et du Neulan*, de marzo de 1789, también hay un boceto de declaración que empieza por recoger lo siguiente: «Que todo individuo disfrutará de la libertad de escribir y de imprimir sin que la libertad de escribir pueda ser turbada por la apertura de las cartas y sin que nadie pueda ser perseguido y penado por lo que haya dicho, impreso o distribuido...». En términos coincidentes, también el *Cahier général du tiers de la Ville de Paris* de mayo de 1789, y tantos otros¹¹⁶.

¹¹⁶ Una muy interesante y documentada exposición sobre las desmesuras cometidas con los panfletos, escritos y periódicos de la época, así como los duelos, arrestos y ajusticiamientos a que dieron lugar, en el libro de Charles WALTON, *Policing Public Opinion in the French Revolution. (The Culture of Calomny and the Problem of Free Speech)*, Oxford University Press, 2009. Sobre los *cahiers de doléances* y la evolución de la situación legal hasta la Declaración de Derechos, págs. 73 y sigs.

La Asamblea, que empezó a trabajar enseguida sobre la Declaración de derechos, conoció, en punto a la libertad de impresión, muchas propuestas. El 1 de julio se formaron treinta comisiones que distribuían el trabajo por materias. Lafayette pudo leer el día 11 siguiente un proyecto que incluía la libertad de opinión y comunicación.

Como en tantas otras ocasiones a lo largo del proceso constituyente y legislativo revolucionario, Siéyès presentó un proyecto que, si no fue aprobado, recogía y orientaba casi todas las preocupaciones del momento en materia de derechos del hombre. Lo denominó *Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen*. En el argumentario razonado se hacían consideraciones sobre la libertad de pensamiento y expresión formidables, como casi todas las del abate de Fréjus: «Todo hombre tiene derecho a hablar o a callarse. Ningún modo de publicar sus pensamientos o sentimientos debe ser prohibido a nadie y, en particular, cada uno es libre de escribir, imprimir o hacer imprimir aquello que le plazca, con la única condición de no atentar contra los derechos de otros».

Mounier presentó otro proyecto de Declaración el 27 de julio, que ofrecía una redacción distinta aunque no muy diferente en lo sustancial. A lo largo de las dos primeras semanas de agosto de 1789, los proyectos generales o parciales de Declaración de Derechos no dejaron de circular. Thouret redactó uno que fue influyente. Rabaut de Saint-Étienne el suyo. También contribuyó el de La Rochefoucault. Finalmente se hizo imposible ordenar tantos materiales, y fue preciso, a propuesta de Démeunier, constituer un comité (Comité de los Cinco: Démeunier, La Lucerne, Rhédon, Trousset y Mirabeau), que trabajó con inusitada rapidez: el 17 de agosto Mirabeau pudo presentar un *Projet de Déclaration des Droits de l'Homme en Société*.

El 24 se produjo un intenso debate, y el 26, con prisas, se cerró, dando por buenos los diecisiete artículos que habían sido capaces de aprobar. El artículo 11, ya transcrito al principio de este capítulo, enmarcaría la regulación de la libertad de pensamiento, palabra y comunicación desde entonces y hasta hoy mismo¹¹⁷.

El precepto dio lugar a un vivo debate que siguió mucho tiempo después de que hubiera sido aprobado. Mirabeau disputó con Robespierre y Barrère acerca del contenido de aquella libertad y la no imposición de restricciones previas. La libertad de prensa no se debe «restringir», sostenía Mirabeau, aunque sí «reprimir», porque a través de la prensa es posible cometer delitos igual que por cualquier otro medio.

La cuestión de si debía suprimirse el régimen tradicional de licencia previa, o mantenerse, al menos para las ediciones que más podían comprometer la libertad de los demás y el buen nombre de las autoridades, estuvo continuamente sobre la mesa y continuaría estándolo durante muchos años en Francia.

Desde 1790 empezó a suscitarse la conveniencia de establecer la regulación de la impresión, a la que, en definitiva, remitía el artículo 11 de la Declaración. El Comité de Constitución se puso manos a la obra y el 29 de enero conoció un importante informe de Siéyès, en el que se exponían los remedios ante los abusos que estaban a la orden del día¹¹⁸. Se sitúa próximo al

¹¹⁷ «La libre comunicación de pensamiento y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede en consecuencia hablar, escribir, imprimir libremente con la salvedad de tener que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley».

¹¹⁸ El informe de Siéyès contenía la siguiente motivación: «El público se expresa mal cuando pide una ley para acordar o autorizar la libertad de prensa. No es en virtud de la ley por lo que los ciudadanos piensan, hablan o publican sus pensamientos: es en virtud de sus derechos naturales, derechos que los hombres han aportado a la asociación, y para el mantenimiento de los

pensamiento de Mirabeau. Negaba que la libertad de prensa necesitara de habilitaciones legales, pero aseguraba que, como cualquier otra libertad, debería tener sus límites fijados por la ley para que su ejercicio no causara lesiones a los derechos de los demás.

Propuso Siéyès que interviniera el jurado en el enjuiciamiento de los delitos de prensa. Y en cuanto a los límites de la libertad, señaló la persona del rey, las buenas costumbres y los escritos que pudieran afectar al orden o a la paz social. Se establecían, a este último respecto, algunas pretensiones: si un escrito había sido publicado ocho días antes de una sedición o algarada acompañada de violencia, podía imputársele haber producido revuelta y sus autores podrían ser perseguidos. El texto provocó muchas críticas y no fue aceptado para deliberación.

No hubo fuerza capaz de imponer barreras a la libertad de comunicación en aquellos meses posteriores a la Declaración de Derechos. Las represiones fracasaban. El Ayuntamiento de París quiso poner coto a algunos excesos y adoptó medidas contra la distribución callejera de pasquines y publicaciones periódicas sobre las que llamaban la atención voceadores callejeros. Según el Ayuntamiento, se trataba de «impresos calumniosos tendentes a producir una fermentación peligrosa»¹¹⁹. Una resolución de 24

cuales han establecido la ley misma y todos los medios públicos que la siguen. Pero si se quiere que la ley proteja la libertad del ciudadano, es necesario que sepa reprimir los atentados que pueden dirigirse contra ella. No debe por tanto faltar, en las acciones naturalmente libres de los individuos, el punto en el cual resultarían dañinos para los demás: en ese punto deben situarse las señales, poner límites, prohibiciones de parar y castigar al temerario que osara desobedecer. Tales son las funciones propias y tutelares de la ley. La libertad de prensa, como todas las libertades, debe, pues, tener sus límites legales».

¹¹⁹ *Apud* HATIN, cit., I, 24.

de agosto de 1789 prohibió publicar cualquier escrito que no llevara el nombre del impresor o de un librero y que no hubiera sido depositada en la Cámara Sindical. El incumplimiento se castigaba con prisión.

La medida provocó una fortísima reacción de toda la prensa patriótica, que la tildaba de injusta, opresiva y contraria a derecho. Pese a las críticas, la resolución municipal apuntaba a un problema que la legislación tuvo que solucionar posteriormente, cual era el de la clandestinidad de los impresos. Resultaba necesario identificar a los autores y en ello insistieron las normas de aquellos meses finales de 1789. Además el Ayuntamiento de París aprobó varias medidas el 3 de octubre de dicho año contra los vendedores callejeros que gritaban anunciando escritos escandalosos e incendiarios. Daba órdenes a la policía de que los detuvieran. La prohibición de pregonar era absoluta y solo excluía los pregones concernientes a las leyes y reglamentaciones dictadas por las instituciones legalmente constituidas.

La actividad represora del Ayuntamiento de París no se debilitó después de la Declaración de Derechos. Se dirigió también contra el periódico de Marat por haber ofendido a la Administración de la ciudad. Y el 15 de enero de 1790 adoptó una resolución en la que sostenía que la libertad de prensa no incluía el abuso y que los autores y editores eran responsables de sus excesos, como ocurría también, según la resolución, «en el pueblo que hasta el presente es más libre de Europa, Inglaterra...»; ninguna exoneración al respecto podría fundarse en la Declaración de Derechos que acababa de aprobarse.

Las medidas contra los abusos habrían de ser, como en Inglaterra, represivas, y no preventivas. Por primera vez así lo acordó, al máximo nivel normativo, la Constitución de 1791. Su título I situó entre las libertades de los ciudadanos las de «hablar,

escribir, imprimir y publicar», sin que los escritos pudieran ser sometidos a «censura alguna ni inspección previa a su publicación».

En el capítulo correspondiente al poder judicial se refería aquella Constitución a la persecución de los delitos cometidos por escritos impresos o publicados, prohibiendo que nadie fuera perseguido por razón de aquellos «salvo que lo haya hecho con el designio de provocar la desobediencia de la ley, en envilecimiento de los poderes constituidos, la resistencia a los actos de estos o acciones tipificadas como crímenes o delitos por la ley». Aceptaba la legitimidad de la crítica a los poderes constituidos, pero establecía que «las calumnias voluntarias que afecten a la probidad de los funcionarios públicos y a la rectitud de las intenciones de estos en el ejercicio de sus funciones, serán perseguibles a instancias de los afectados». Este tipo de transgresiones se dirigían, pues, a la protección de la ley y las instituciones públicas. Pero el artículo 17 de la Constitución, que las regulaba, también contenía un párrafo final que permitía a cualquier persona actuar judicialmente contra «las calumnias e injurias» relacionadas con actos de su vida privada.

Estas prescripciones se mantuvieron en la Declaración de 1793, y en la Constitución del año III, incluyendo la prohibición de la censura.

A partir de la Convención (1793-1795), las medidas represivas se recrudecieron. Se aprobó una Ley de Sospechosos de 17 de septiembre de 1793 que, durante el Terror, se aplicó por el Tribunal Revolucionario de modo implacable¹²⁰. Empezó a ac-

¹²⁰ El 29 de marzo de 1793 se había aprobado un decreto con medidas durísimas: «Quien haya sido convencido para componer o imprimir obras o

tuarse con contundencia contra los escritores, impresores y medios que emponzoñaban la opinión pública. A finales de 1795, la Convención encargó un informe sobre la situación de Francia, que fue evacuado rápidamente por las comisiones correspondientes y que concluía acusando gravemente a los medios de comunicación de incitar a revueltas y conflictos políticos.

Estando vigente la Constitución de 1795, se aprobó finalmente una Ley de Prensa el 17 de abril de 1796, que se mantuvo vigente hasta 1830. Era, sobre todo, una ley represiva. Exigía la identificación de los autores de cualquier artículo impreso, así como del impresor. Se hacía a este responsable de los artículos sin firma. Y los castigos que establecía eran tan severos que incluían, para algunas conductas, la pena de muerte.

Un paso más en la propagación de la represión fueron las medidas adoptadas el 4 de septiembre de 1797, cuando el Directorio hizo publicar en los muros de la capital una resolución en la que establecía que quien invocara la vuelta de la monarquía o de la Constitución de 1793 sería fusilado de inmediato. Sin perjuicio de lo cual ordenó la detención de escritores y editores de una treintena de periódicos, acusados de conspirar contra la seguridad interior y exterior de la República, incitar a la disolución del Gobierno y al restablecimiento de la monarquía.

Una ley promulgada el 5 de septiembre de 1797, a propuesta del Consejo de los Quinientos, sometió a inspección policial a los periódicos y a las imprentas donde se componían, pudiendo acordarse la prohibición de editarlos.

escritos que inciten a la disolución de la representación nacional, el restablecimiento de la monarquía o de cualquier otro poder contrario a la soberanía del pueblo, será llevado ante el tribunal extraordinario y sancionado con la pena de muerte».

El período está lleno de vaivenes que, una vez descrito en términos generales el ambiente y las respuestas legislativas, no es necesario que siga con más detalle. Se abrió enseguida un nuevo período que marcará las regulaciones de la libertad de comunicación cuando, tras el 18 brumario del año VIII (9 de noviembre de 1799), Napoleón asumió todo el poder. La libertad de prensa como tal quedó abolida, se prohibió la creación de nuevos periódicos y se mantuvo a los que no fueron suprimidos bajo una vigilancia estricta. La Constitución del año VIII (13 de diciembre de 1799) no mencionó la libertad de prensa. Un decreto de 5 de agosto de 1810, que se mantuvo en vigor parcialmente hasta la mitad del siglo, restableció la censura y volvió a poner en práctica, agravadas, las medidas del Reglamento de imprentas de 1723 al que me he referido al principio de este capítulo.

Durante la tramitación de este decreto se produjo un amplio debate en el Consejo de Estado, en presencia de Napoleón y con minuciosas intervenciones suyas, en el que se discutió la cuestión de la censura y demás límites a la libertad de prensa¹²¹.

¹²¹ Napoleón mantuvo un discurso ante el Conseil d'État en las sesiones de 1808 y 1809, extraordinariamente ilustrativo de las diferencias con que se entendía la libertad de palabra e impresión en Inglaterra y en Francia: «En el sistema de la Constitución inglesa —sostuvo Napoleón— la opinión debe influir en el Gobierno; no se puede impedir hacerlo por la vía de la prensa, denunciar a los ministros, censurar sus actos. Desde hace ochenta años subsisten estos usos, no han tenido hasta ahora efectos desastrosos, porque han sido balanceados con las demás instituciones y costumbres de la nación. En Inglaterra, el rey es el jefe de la religión, hay una aristocracia fuertemente constituida que está siempre dispuesta a contener al pueblo; ese pueblo es demasiado brutal para ser puesto en movimiento mediante escritos o palabras. Allí hay menos inconvenientes en dejar decir; y sin embargo no es totalmente seguro que los contrapoderes sean lo suficientemente fuertes y que un día la licencia de prensa no regrese a Inglaterra.

Se estableció al respecto una distinción entre escritos que hacían referencia a particulares o cuestiones de índole privada, escritos dirigidos contra el Estado y publicaciones ofensivas contra la religión. La represión de los primeros debía producirse por la vía judicial. Para los segundos y los terceros se imponían actuaciones preventivas a través de la censura. En el caso de los escritos de contenido religioso, se planteó la cuestión de a qué instituciones o personas competentes podía encargarse la censura, y hubo un momento en que se acordó dejarlos en libertad. Pero años después se sometieron al control previo del obispo diocesano (decreto de 7 germinal del año XIII)¹²².

Pero en Francia, donde la política está dotada de una concepción pronta, de una imaginación viva, y susceptible de impresiones fuertes, la libertad indefinida de la prensa tendría funestos resultados. ¿Qué ha ganado M. De Briennes llamando por todas partes a eso que él llamaba las luces?, provocando a los escritores. El escrito de Siéyès *¿Qué es el tiers état?* es el trastocamiento de todas las instituciones. Si en un pueblo así la opinión debe influir, si debe intervenir en los actos de los ministros, en las deliberaciones del Consejo de Estado, en las del Senado, bien está que la prensa sea indefinidamente libre. Pero se ha demostrado que ese poder de la opinión no produciría sino perturbaciones y convulsiones, es necesario establecer la supervisión de la prensa».

El texto completo del esclarecedor discurso de Napoleón está transcrito en el libro de E. DE GIRARDIN, *Les droits de la pensée. Questions de presse. 1830-1864*. Henri Plon, Librairie Nouvelle, París 1864, págs. XI y sigs. También hay un resumen muy extenso en el libro de E. HATIN, *Manuel*, ya citado, pág. 64, partiendo de las actas del debate que editó el barón Locre, en París, 1819, con el título *Discussions sur la liberté de la presse, la censure, l'imprimerie et la librairie, qui ont eu lieu dans le sein du Conseil d'État pendant les années 1808, 1809, 1810 y 1814*.

¹²² Después del proyecto de Siéyès de 1790, que fue el primero de la historia de Francia que trató de establecer una ley de prensa, se suceden esporádicos debates sobre si la prensa debía ser o no regulada. Un famoso informe del duque de Broglie, de 1817, sostuvo que «no hay ninguna ley que hacer en materia de prensa, porque esta libertad existe por sí misma, y ninguna ley, por demás, posee la virtud de crear y poner en actividad la libertad».

Todo el siglo XIX y parte del XX, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, estuvieron caracterizados por la inestabilidad de la regulación de la libertad de impresión, siempre pendiente de las coyunturas políticas, de las emergencias bélicas o de los criterios oportunistas del legislador.

Sin embargo, E. GIRARDIN, en *Les droits de la pensée* ya citado, pág. XXVII, recuerda que entre 1819 y 1852 se habían dictado al menos treinta y siete normas, entre leyes, ordenanzas y decretos, siguiendo soluciones muy diversas. La autorización previa, impuesta por ley de 21 de octubre de 1814, fue suprimida por ley de 9 de junio de 1819; restablecida por ley de 31 de marzo de 1820, fue abolida por ley de 18 de julio de 1828, y repuesta por las ordenanzas de 25 de julio de 1830. Esta última norma no llegó a aplicarse y el régimen de autorización previa se desvaneció hasta que lo impuso de nuevo el decreto de 17 de febrero de 1852.

Además hay que considerar los vaivenes con los que se aplicó el derecho de suspensión de un periódico (que ya existía en la ley de 18 de julio de 1828) así como el de supresión, que también fue contemplado por la ley de 20 de marzo de 1820.

VII. Convulsiones de la libertad de palabra en el constitucionalismo español (s. XIX)

La impresión y distribución de libros, periódicos o cualquier otra clase de folletos, hojas o impresos ha tenido en España características similares a las que hemos descrito para el caso de Francia. El sometimiento de los impresos a autorización o censura previa se estableció en los primeros años del siglo XVI y no desapareció hasta que se inició el primer período constituyente (aunque la libertad de imprenta se adelantó en España a la aprobación de la Constitución de 1812). También durante el siglo XVIII, como en Francia, el crecimiento de la lectura y el pensamiento ilustrado provocaron una relajación del control, aunque formalmente las intervenciones administrativas previas sobre la edición se mantuvieron. Sin embargo, España presenta algunas características peculiares: junto al control previo gubernativo existió, desde la misma época en que este fue establecido, un control *a posteriori* practicado por la Iglesia a través del Santo Oficio. Los reyes mantuvieron posiciones políticas firmes en defensa de las funciones de control de los impresos, pero la Inquisición también se mantuvo muy activa en las tareas represivas, hasta su supresión el 15 de julio de 1834. Se ha podido decir con razón que los últimos años de su vida oficial se ocupó más de la censura de libros, folletos e impresos que de cualquier

otro asunto¹²³. No fue infrecuente, además, que mantuviera criterios contradictorios con los censores civiles, por lo que podía ocurrir que una obra autorizada tuviera problemas con la Inquisición.

Las dificultades, en fin, que produce la supresión de la censura previa también son parecidas a las planteadas en Francia, si bien las constituciones españolas del XIX nunca la restablecieron. A cambio de esta relajación, la legislación de imprenta organizó un sistema represivo que tenía efectos disuasorios e imponía una severísima autocensura de los autores y editores para cubrirse preventivamente de las graves penas que pudieran recaer sobre ellos.

La primera declaración general sobre el sometimiento de autores y editores al designio de las autoridades civiles y eclesiásticas fue la contenida en la bula *Inter multiplices*, que expidió Inocencio VIII en 1487. Alejandro VI la reiteró en su bula, del mismo nombre, expedida en 1501. Imponía directamente el sometimiento de la imprenta a la religión, encomendándose a la autoridad eclesiástica, con el apoyo de la civil, la administración de dicho imperativo. La trasposición de estos principios a la legislación interna española la llevará a cabo la pragmática que dictan los Reyes Católicos el 8 de junio de 1502¹²⁴. Prohibió esta norma imprimir ningún libro «sin que previamente hayan para ello nuestra licencia y especial mandato o de las personas que

¹²³ J. A. ESCUDERO, «Las Cortes de Cádiz y la supresión de la Inquisición: antecedentes y consecuentes», en el libro por él dirigido *Cortes y Constitución de Cádiz* cit., vol. II, págs. 285 y sigs.

¹²⁴ Había sido precedida de acciones en el reino de Aragón, que concluyeron con la quema de libros judíos y biblias hebraicas en 1490 (*vid.* A. SIERRA CORELLA, *La censura de libros y papeles en España y los índices y catálogos españoles de libros prohibidos*, Madrid, 1947).

para ello nuestro poder hubieren». Fueron estas, en principio, los presidentes de las audiencias de Valladolid y Ciudad Real, y los arzobispos de Toledo, Sevilla y Granada, y los obispos de Burgos, Salamanca y Zaragoza.

La prohibición se refería a la impresión en España y a la venta de libros procedentes del extranjero, apócrifos o supersticiosos y los que contuvieran cosas vanas y sin provecho. El examen previo se confiaba a algún letrado «de buena conciencia de la facultad que fueran los libros o lecturas». Cuando diera su conformidad, habría de marcar todas las hojas antes de que la licencia se expidiera. Se entregaba entonces la obra al impresor, y una vez concluido su trabajo, todavía se sometía a un último cotejo para verificar la conformidad de lo editado con el texto censurado¹²⁵.

Aunque los primeros encargados de la censura fueron los obispos de las principales capitales, la monarquía fue cada vez más celosa de la separación entre el control civil y el eclesiástico, evitando la intervención del Santo Oficio en el procedimiento de censura previa. Ya la pragmática de 1502 estableció la competencia exclusiva de la jurisdicción real, prescripción en la que insistieron otras disposiciones de 1538 y 1550, recordando «que no se den por parte de la Inquisición licencias de impresión»¹²⁶.

¹²⁵ Remito al análisis de estos procedimientos que hago en mi «Estudio preliminar: los libros y las leyes», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios a la Ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 17 y sigs. Una completísima recopilación de esta legislación es la de F. DE LOS REYES GÓMEZ, *El libro en España y América. Legislación y censura (siglos XV-XVIII)*, dos vols., Arco/Libros SL, Madrid, 2000.

¹²⁶ Las actuaciones de la Inquisición, resumidas y reproduciendo los índices en la obra de Ángel ALCALÁ, *Literatura y ciencia ante la Inquisición española*, Arcadia de las letras, Madrid, 2001. Algunos episodios concretos en el libro de E. GACTO.

El origen y la meticulosidad de la práctica de la censura fueron en alza a lo largo del siglo XVI hasta que se dictó la pragmática de 7 de septiembre de 1558, motivada por la preocupación que habían suscitado los brotes protestantes descubiertos, en Sevilla y Valladolid, en 1557, que amargaron al emperador, ya abdicado y recluido en Yuste, el último año de su vida¹²⁷.

La competencia sobre la censura se centralizó en el Consejo de Castilla, que llevaba un registro de dictámenes sobre las obras privilegiadas. Desde 1627 se especializó la organización interna, dependiente del Consejo, con la creación de un comisario de imprentas, luego llamado superintendente de imprentas (auto de 19 de agosto de 1692).

El régimen establecido en la pragmática de 1558, antes citada, y la organización administrativa de la censura en torno al Consejo de Castilla no cambiaron sustancialmente hasta el final del Antiguo Régimen. Con aquel Consejo actuaba el de Estado cuando, por razón de la materia, el texto sometido a examen se refería a cuestiones de interés para las políticas de Estado. El control evolucionó con los años hacia una mayor descentralización, de modo que el dictamen sobre obras especializadas fuera expedido por instituciones con conocimientos bastantes en la materia. Lo más habitual era la intervención de las Reales Academias, a medida que se fueron creando, o el Protomedicato en asuntos de medicina, o el Colegio de Abogados de Madrid en libros sobre legislación y jurisprudencia.

Los criterios que se usaban para llevar a cabo la censura nunca fueron suficientemente definidos. Las normas dejaron un gran margen de apreciación a los censores, o a sus asistentes

¹²⁷ Me refiero a estos episodios en mi obra *Sepúlveda, cronista del emperador*, Edhasa, Barcelona, 2012, págs. 487 y sigs.

especializados. Desde luego estaba clara la prohibición de libros que ofendieran al rey, la religión, las instituciones o las buenas costumbres. Pero junto a ellos se utilizaron otros concernientes a la pertinencia de la publicación y a la calidad o novedad de su contenido, que se prestaban con facilidad para obstaculizar publicaciones enemigas o antipáticas¹²⁸.

La pragmática de 8 de junio de 1502 ya se había referido, a efectos de su prohibición, a los libros «faltos en las lecturas de que tratan, de otros vicios, e otros apócrifos o non preproados, e otros nuevamente hechos de cosas vanas o supersticiosas». Esta prevención frente a los libros malos, innecesarios, insuficientemente trabajados o inútiles se incrementó con los años. En 1554 Felipe II también prohibió la impresión de «libros inútiles y sin provecho alguno, donde se hallan cosas impertinentes»¹²⁹.

Una pragmática de 16 de junio de 1627, dictada por Felipe IV¹³⁰, también se refería a la prohibición de «libros no necesarios o convenientes, ni de materias que deban o puedan excusarse, o no importe su lectura, pues ya hay demasiada abundancia de ellos, y es bien que se detenga la mano, y que no salga ni ocupen lo superfluo y de que no se espere fruto y provecho común». Una instrucción del superintendente general de imprentas recuerda la prescripción: los controles de contenido «no solo han de ser sobre si contiene algo sobre la religión, contra las buenas costumbres, o contra las regalías de S.M., sino también si son apócrifos, supersticiosos, reprobados o de cosas vanas, y sin provecho, o si contienen alguna ofensa a la comu-

¹²⁸ La posición del Santo Oficio al respecto, en R. GARCÍA CÁRCCEL y J. BURGOS RINCÓN, *Los criterios inquisitoriales en la censura de libros en los siglos XVI y XVII*, en *Historia Social*, n.º 14 (1992), págs. 97 y sigs.

¹²⁹ *Novísima Recopilación*, 8, 16, 2.

¹³⁰ *Nov. Rec.* 8, 16, 9.

nidad, o a particular, o el agravio del honor y decoro de la Nación»¹³¹. Y, ya casi al final de los tiempos de vigencia de la censura, cuando estaban arremediando los peligros de la importación de libros desde Francia, que estaba en la época prerrevolucionaria, una norma de 2 de octubre de 1788¹³² señala que la censura no podrá admitir «expresiones torpes ni lúbricas, ni tampoco sátiras de ninguna especie, ni aun de materias políticas, ni cosas que desacrediten las personas, los teatros e instrucción nacional, mucho menos las que sean denigradoras del honor y estimación de comunidades, o personas de todas clases, estados, dignidades o empleos, absteniéndose de cualesquiera voces o cláusulas que puedan interpretarse, o tener alusión directa, contra el Gobierno y sus magistrados».

La última norma sobre censura del Antiguo Régimen (excluyendo, claro es, las que adoptaría Fernando VII cuando tomó el poder) es la real orden de 11 de abril de 1805.

La censura había tenido que enfrentarse, desde mediados del siglo XVIII, con la aparición masiva de periódicos que, por su periodicidad, brevedad y diversidad de contenidos, planteaban problemas peculiares a los que hubo de adaptarse¹³³.

¹³¹ *Apud* J. ALVARADO PLANAS, *Justicia, libertad y censura en la Edad Moderna*, Ministerio de Justicia y BOE, Madrid, 2007. Se refiere especialmente a los dictámenes expedidos por el Colegio de Abogados de Madrid por encargo del organismo competente para otorgar licencias y practicar la censura. El recordatorio de la norma que reproduzco en el texto puede verse en la pág. 30. Abundan, en las intervenciones que recoge Alvarado, ejemplos concretos en los que se tuvo en cuenta la calidad, necesidad, estilo, precio y otros aspectos semejantes, incluida, como criterio valorativo, la existencia de obras mejores en el mercado.

¹³² *Nov. Rec.* 8, 17, 3.

¹³³ Luis Miguel ENCISO RECIO, *Nipho y el periodismo español del siglo XVIII*, Valladolid, Universidad, 1958. *Vid.* también los trabajos incluidos en el libro de Roger CHARTIER y Carmen ESPEJO, *La aparición del periodismo en Europa*, cit.

Se habían empezado a editar algunos periódicos, casi todos de muy corta duración, en la década de los sesenta del siglo XVIII: *El Duende Especulativo* (1761), *El Escritor Sin Título* (1763), *El Pensador* (1762-1767); pero las iniciativas en este sentido se cortaron bruscamente con ocasión del motín de Esquilache (1766), y las críticas a la monarquía que empezaron a manifestarse en hojas sueltas y folletos. Años después se restableció la publicación de periódicos, incluso con el apoyo del Gobierno.

El periódico más importante que se editó en España las últimas décadas del siglo XVIII fue *El Censor*. Se publicó ciento sesenta y siete semanas, entre febrero de 1781 y agosto de 1787. Era un periódico muy diversificado en cuanto a sus contenidos. Recogía crónicas, sátiras sociales, teatro y espectáculos, y también ensayos críticos de carácter literario o político, manejados estos últimos, especialmente en los años difíciles, con notable prudencia. Existían algunos diarios satíricos ingleses en la época, *The Spectator* y *The Tattler*, cuya orientación tuvieron en cuenta los editores de *El Censor*.

Había sido fundado por dos abogados, Luis María del Cañuelo y Heredia, y Luis Marcelino Pereira y Castrigo. Pero no fueron ellos los únicos redactores, sino que, como han probado algunas indagaciones modernas sobre la vida del periódico, algunos «discursos», publicados en él fueron de personajes relevantes de la vida pública y literaria española como Jovellanos, Meléndez Valdés o el fabulista Samaniego¹³⁴. La disposición de estos a publicar estaba

Una perspectiva general sobre la evolución ulterior en Cecilio ALONSO, *Hacia una literatura nacional*, vol. V de *Historia de la literatura española* dirigida por José Carlos MAINER, Crítica, Barcelona, 2010, págs. 105 y sigs.

¹³⁴ De Jovellanos son las dos sátiras a Ernesto que figuran en los discursos XCIX y CLV. De Meléndez Valdés, «La despedida del anciano», que figura como discurso CLIV. Y de Félix María de Samaniego, el discurso XCII.

incentivada por la mayor simplicidad del género y la posibilidad de manifestar anónimamente y con claridad sus opiniones.

Aunque su imagen general quedó enmarcada por los propósitos amables, satíricos y mundanos que enunció el editor en el primer número, muchos de los ensayos que incluyó tenían un contenido político y crítico nada disimulado. Especialmente contra la nobleza, su indolencia y falta de contribución al progreso; la justicia, lenta y torpe; la universidad, diletante y endogámica; el clero, sus comportamientos y dominación social. Incluso enderezó críticas contra algunas actuaciones apologéticas organizadas desde el poder para mantener alta la imagen de España, operaciones que, a juicio de los editores, confundían a los lectores y los desincentivaban por el conformismo y auto-satisfacción que rezumaban aquellos presuntuosos elogios a las excelencias de nuestros empeños y su trascendencia europea¹³⁵.

Este complejo de posiciones críticas motivó dos recogidas de *El Censor* o supresiones de números, y la última, que afectaba a políticas impulsadas por Floridablanca, determinó que el periódico fuera definitivamente suprimido¹³⁶.

¹³⁵ Esta cuestión de las apologías de España surgió porque en 1782 Masson de Morvilliers publicó en la *Encyclopédie Méthodique* un artículo en el que denunciaba la escasísima importancia de la contribución española a la ciencia y la cultura europeas. Contestaron al crítico el abate valenciano Antonio José Cabanilles en 1784, y el padre Carlos de Nina en 1786, desde Berlín. Floridablanca había animado la publicación de estas apologías, que, sin embargo, fueron criticadas por el censor considerando que, en lugar de asumir la realidad, fomentaban la ignorancia, la pasividad y el adocenamiento.

¹³⁶ Fue mandado recoger en 1782 y 1784. En 1785 (19 de marzo) se aprobó la primera real orden que regulaba la prensa y el régimen de licencias para imprimir periódicos. *El Censor* volvió a salir en 1785 (real orden de 29 de noviembre). Un reglamento de 2 de octubre de 1788, movido por la preocupación que provocaba *El Censor*, estableció requisitos que tenían que cumplir los periódicos en cada número. También la Inquisición actuó contra *El Censor*: un

Las preocupaciones que proporcionaban los periódicos al monarca se incrementaron cuando la Revolución francesa y la nueva cultura republicana y laica que estaba imponiendo amenazaron con llegar a España, transportadas por publicaciones de toda clase y, muy en especial, en folletos, pasquines, hojas impresas y, desde luego, periódicos. Por esta razón, Carlos IV prohibió todos los periódicos, con la única excepción del *Diario de Madrid* (resolución de 24 de febrero de 1791 y auto del Consejo de 12 de abril del mismo año), al que no se habilitaba para insertar versos y escritos políticos.

Los periódicos habían traído una forma de crítica mucho más inmediata, rápida, pero también desabrida, agria, muchas veces injuriosa, de la que siempre habían estado a salvo las autoridades. Ahora, sin embargo, quedaban involucradas por esos nuevos pa-

edicto de 28 de febrero de 1789 prohibió la edición de veintitrés discursos. Analiza estos incidentes Miguel PINO ABAD, «El control inquisitorial de la prensa revolucionaria francesa: algunos ejemplos de ineficacia», en el libro editado por Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, Dykinson, Madrid, 2006, especialmente págs. 334 y sigs.

El primer autor que destacó la importancia que tuvo *El Censor* en la época fue Juan SEMPERE Y GUARINOS en su *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III (1785-1789)*, facsímil, Gredos, Madrid, 1969. Marcelino MENÉNDEZ PELAYO incluyó en su *Historia de los heterodoxos españoles*, libro VI, capítulo III (en la edición del CSIC, 1992, vol. 2) una fuerte crítica por hereje, antipatriota y enciclopedista.

Hasta pasada la mitad del siglo XX no volvió a llamarse la atención sobre *El Censor*. Lo hizo primero Richard HERR en su libro *España y la revolución del siglo XVIII*, Aguilar, Madrid 1964. Luego se han ocupado de él muchos autores. Entre los trabajos definitivos y más modernos, Francisco SÁNCHEZ-BLANCO, *El absolutismo y las luces en el reinado de Carlos III*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 303 y sigs. y 371 y sigs.; Francisco UZCANGA MEINKE, *Sátira en la Ilustración española. Análisis de la publicación periódica «El Censor» (1781-1787)*, Vervuert, Frankfurt, 2004. Y del mismo autor, el prólogo a la edición de *El Censor*, Crítica, Barcelona, 2005.

peles impresos, que tenían más difusión que los libros¹³⁷. Eran una formidable herramienta política, cuya utilidad se puso a prueba con ocasión de la invasión francesa de 1808 y la inmediata revolución que condujo a la aprobación de la Constitución de 1812.

Entre los periódicos de esta época¹³⁸, el más importante fue *El Semanario Patriótico*, que empezó a editarse el 1 de septiembre de 1808 bajo la dirección de Manuel José Quintana. Cuando los franceses llegaron a Madrid, se trasladó la sede a Sevilla en 1809 y después a Cádiz en 1810. Fue muy combativo en favor de la libertad de imprenta, pero desapareció con la Constitución de 1812. También tuvo una orientación marcadamente liberal *El Conciso*. Casi todos los periódicos que se editaron aquellos años tuvieron una vida muy efímera: entre la prensa liberal, además de los citados, *La Triple Alianza*, *El Robespierre Español*, *El Redactor General*, *El Tribuno del Pueblo Español*, *La Abeja Española*¹³⁹... Frente a ellos, otros oficialistas o marcadamente partidarios del absolutismo, como *El Diario de la Tarde* o *El Procurador General de la Nación y el Rey*.

El 10 de noviembre de 1810 las Cortes Generales y Extraordinarias aprobaron el decreto de «libertad política de imprenta». Su norma más principal está en el artículo 1: «Todos los cuerpos

¹³⁷ Una excelente y completa exposición de la acción inquisitorial organizada contra las publicaciones que difundían el pensamiento y los hechos revolucionarios franceses en el estudio de Juan Antonio ALEJANDRE, «La censura de libros y folletos de contenido político en las últimas décadas del siglo XVIII y en las primeras del XIX», en el libro coordinado por E. GACTO FERNÁNDEZ, *Inquisición y censura*, ya citado, págs. 89 y sigs.

¹³⁸ Sobre la prensa en esos años, J. ÁLVAREZ JUNCO y G. DE LA FUENTE MONGE, *El nacimiento del periodismo político. La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz*, Madrid, 2009.

¹³⁹ Sobre los conflictos de *La Abeja Española* con la Inquisición, E. GACTO, «Periodismo satírico e Inquisición: La Abeja Española», en *Estudios jurídicos sobre la Inquisición Española*, Dykinson, Madrid, 2012.

y personas particulares, de cualquier condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación, baxo las restricciones y responsabilidades que se expresarán en el presente decreto».

Quedaba, por tanto, suprimida la censura, sin perjuicio de que los abusos cometidos al usar la palabra escrita e impresa pudieran ser castigados cuando fueran constitutivos de las infracciones que el propio decreto se preocupaba de fijar.

La liberalización de la impresión implicó el reconocimiento del derecho a comunicar y publicar en términos parecidos a como lo había hecho la Declaración de Derechos francesa de 1789: reconociendo los derechos pero habilitando al legislador para establecer los límites precisos para que su utilización no perjudicase otros intereses. Distinto modelo, al menos en su enunciado formal, que el de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que prohibía legislar sobre el derecho a la libre expresión y difusión de las opiniones e ideas.

El decreto de 1810 se consideró una gran conquista por todos los diputados que intervinieron en el emotivo debate. Superaba restricciones que no habían cambiado en tres siglos y abría el camino a la verdad, la formación de la opinión pública, la superación del oscurantismo y la apertura al progreso. El diputado Pérez de Castro lo destacó así: «La libertad de imprenta es el único medio seguro de conocer la opinión pública, sin la cual no es seguro gobernar bien, ni distinguir ni dirigir convenientemente el espíritu público y que sin esa libertad no podrá formar jamás la nación, que es el comitente de las Cortes, rectificar las ideas de los diputados, dirigirlos en cierto modo y manifestarles sus opiniones»¹⁴⁰. Recordaba que

¹⁴⁰ Diario de Sesiones n.º 22, sesión de 16 de octubre de 1810, pág. 47.

Francia, donde acababa de reponerse la censura previa, era el mejor ejemplo de los males que esa intervención traía consigo. Argumentó el diputado y clérigo Oliveros: «La censura previa que encadena a la imprenta es contraria a la propagación de las luces y obras de los tiranos, que aman necesariamente las tinieblas; que desde que la imprenta no es libre en Francia han pasado todos los males de aquella Nación, y tomado incremento los errores en materia de religión...»¹⁴¹. Y el importante Muñoz Torrero sentenció: «La Nación tiene derecho a velar y examinar las conductas de todos sus agentes y Diputados, como juez único que debe saber si cumplen sus obligaciones, derecho del que no puede desprenderse mientras sea Nación»¹⁴².

El decreto de 1810, que proclamaba la libertad de imprenta, estableció también los límites y los procedimientos de control de su ejercicio. La mecánica jurídica a que respondían estos últimos era muy sencilla: se declaraba que «los autores e impresores serán responsables respectivamente del abuso de esta libertad» (artículo II). Lo abusivo, es decir las conductas tipificadas como infracciones y merecedoras de ser sancionadas, se especificaba en términos muy generales en el artículo IV: «Los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres serán castigados con la pena de la ley, y las que aquí se señalarán». Como se suprimían por el propio decreto los juzgados de imprentas del Antiguo Régimen, las sanciones correspondía imponerlas a los jueces y tribunales ordinarios, pero la norma creaba una junta suprema de censura y juntas provinciales, que se ocuparían

¹⁴¹ Diario de Sesiones n.º 22, sesión de 16 de octubre de 1810, pág. 47.

¹⁴² Diario de Sesiones n.º 23, sesión de 17 de octubre de 1810, pág. 49.

de examinar las obras y habrían de dictaminar si incurrían en las extralimitaciones prohibidas¹⁴³. Si el dictamen así lo afirmaba, los jueces acordarían recoger los ejemplares vendidos (artículo xv).

Se mantenía la censura previa, no obstante, para «todos los escritos sobre materias de religión» (artículo vi). Esta excepción fue una concesión hecha durante los debates al ala más conservadora de las Cortes, y suponía una notable traba en la práctica de la libertad de imprenta. De hecho, pese a la proclamación de dicha libertad, siguió funcionando el Santo Oficio hasta su supresión por decreto de las Cortes de 22 de febrero de 1813. El año siguiente, reimplantado el absolutismo por Fernando VII, aprobó este un decreto, el 21 de julio de 1814, que repuso la Inquisición con el encargo especial de «examinar la forma y modo de proceder en las causas que se tienen en el Santo Oficio, y el método establecido para la censura y prohibición de libros»¹⁴⁴.

Lo dispuesto por el decreto de libertad política de imprenta era tan nuevo, en relación con la práctica mantenida durante tres siglos, que enseguida se vio la dificultad de aplicarlo con agilidad. El decreto no contenía respuestas a todos los problemas que se presentaban y, además, era evidente que los usos del Antiguo Régimen eran difíciles de erradicar de un día para otro.

¹⁴³ La Junta Central estaría compuesta de nueve individuos, y las provinciales de cinco, con las procedencias y cargos que determinaban los artículos 13 y 14. Sobre este modelo de control, José Antonio PÉREZ JUAN, «Los procesos de imprenta en las Cortes de Cádiz», en el libro dirigido por J. A. ESCUDERO, *Cortes y Constitución de Cádiz. Doscientos años. Tomo II*, Madrid, 2011, págs. 230 y sigs.

¹⁴⁴ Sobre ello, J. A. ESCUDERO, «Las Cortes de Cádiz y la supresión de la Inquisición: antecedentes y consecuentes», en el libro por él dirigido *Cortes y Constitución de Cádiz*, cit., vol. II, págs. 285 y sigs.

Algunas controversias se pusieron de manifiesto en relación con la edición de periódicos como *El Duende Político*, *El Robespierre Español*, *El Amigo de las Leyes* y *El Español*.

El primero publicó en su número once una crítica dura contra los españoles que ocupaban cargos públicos y que habían jurado sometimiento, o servido, a José Bonaparte. Lo que decía era desagradable para los aludidos, pero verdad. Las Cortes Generales dedicaron las sesiones de los días 11 a 25 de junio de 1811 a discutir la legitimidad de esas críticas y a resolver sobre lo que pudiera hacerse con el periódico. No estuvo claro quién podría intervenir en el asunto, si las Cortes, el Gobierno, la Junta de Censura o los tribunales. Ello sin perjuicio de que algunos diputados, como Muñoz Torrero, sostuvieron la conformidad de lo publicado con la libertad de palabra¹⁴⁵.

El conflicto originado por *El Robespierre Español* fue más difícil. El periódico lo había fundado y lo redactaba principalmente el médico Pascasio Fernández Sardino, de espíritu y convicciones políticas exaltadas, en las que le acompañaba lealmente su mujer, la portuguesa María del Carmen Silva. El periódico empezó a publicarse en Cádiz en marzo de 1811. En uno de sus números de aquel año, atacó el comportamiento de algunos generales y criticó también duramente al ministro de la Guerra. En poco tiempo se había convertido en el medio más incómodo para la aristocracia. Pero no fueron sus miembros, sino el ministro de la Guerra, quien reaccionó a las críticas: mandó detener a Sardino y confiscarle todos sus papeles. El

¹⁴⁵ Muñoz Torrero, *Diario de Sesiones* n.º 253, sesión de 11 de junio de 1811, pág. 1239, sostuvo: «La publicación de *El Duende Político* solo incluía verdades y no añadía nada susceptible de ser reprobado, pues muestra el deseo que tienen todos los españoles de que no ocupen empleos públicos los que hayan servido o jurado al intruso José».

periódico fue prohibido y su fundador encarcelado. Las Cortes Generales debatieron el asunto entre los días 6 al 30 de junio de 1811. La cuestión que debía resolverse era si podía intervenir directamente el Gobierno contra un periódico que se extralimitaba, si la calificación de las infracciones debía pasar por las juntas de censura, o qué ocurría cuando en las juntas hubiera individuos contrarios al editor o autor que debían abstenerse, así como otros problemas de procedimiento de semejante jaez. Es decir, muchos problemas de aplicación del decreto de 1810, que no se sabía cómo resolver.

El conflicto de *El Español* fue, quizá, el más ruidoso porque el editor del periódico era Blanco White¹⁴⁶. Había continuado esta la publicación de *El Semanario Patriótico* de Quintana, pero a partir de 1810 puso en marcha la edición de aquel periódico, que estuvo apareciendo mensualmente hasta 1814. José María Blanco White era persona bien conocida en los medios políticos y literarios españoles e ingleses. En Inglaterra profesó la amistad de Lord Holland, que fue aquellos años un símbolo para los liberales españoles. Con la publicación de *El Español*, que se editaba en Londres, Blanco consiguió, con rara habilidad, poner

¹⁴⁶ Los análisis más tempranos sobre Blanco White, su pensamiento y actividad periodística fueron los de Marcelino MENÉNDEZ Y PELAYO en su *Historia de los heterodoxos españoles*, CSIC, 1982, vol. II, págs. 1089 y sigs.

El trabajo inicial de Blanco White en *El Semanario Patriótico* puede verse en los textos compilados por Antonio GARNICA SILVA y Raquel RICO LINAJE, *Semanario Patriótico (Sevilla 1809)*, Granada, 2005. Algunos estudios recientes sobre la vida y obra de Blanco White son los de Martin MURPHY, *El ensueño de la razón. La vida de Blanco White*, Centro de Estudios Andaluces, Biblioteca de la Memoria, Sevilla, 2011; Juan GOYTISOLO, *Blanco White, El Español y la independencia de Hispanoamérica*, Taurus, Madrid, 2010; y el libro coordinado por Antonio CASCALES RAMOS, *Blanco White, el rebelde ilustrado*, Centro de Estudios Andaluces, Consejería de Presidencia, Sevilla, 2009.

en contra suya a casi todos los miembros de las Cortes Generales, que llegaron a odiarlo francamente. Deploraban su posición en relación con los conflictos independentistas americanos, sus críticas al trabajo parlamentario, su disconformidad con muchas de las previsiones de la Constitución de 1812, entre otros agravios. Pero el estallido contra Blanco lo suscitó la publicación, en el número 13 de *El Español*, de una carta que se suponía enviada y firmada por un diputado de apellido Pérez, quien, al iniciarse la sesión de 24 de mayo de 1811, tomó la palabra para manifestar, en los términos más graves, que su honor había sido mancillado al atribuírsele la autoría de dicha carta. Ofreció y dio pruebas de que no era su autor. El debate subsiguiente en las Cortes fue, otra vez, acerca de cómo se debía actuar contra un periódico que incurría en prácticas inaceptables, quién era competente para denunciar, qué procedimiento seguir y cómo se ponían en funcionamiento las previsiones sancionadoras. Lo anterior era imposible de resolver en este caso porque, como el periódico se editaba en Londres, no había ningún mecanismo legal que permitiera evitarlo¹⁴⁷.

Las insuficiencias y defectos del decreto sobre libertad política de imprenta de 1810 quedaron al descubierto en estos primeros escauceos entre la prensa y el poder, lo que determinó que las Cortes Generales, tras aprobarse la Constitución de 1812

¹⁴⁷ El asunto del n.º 13 de *El Español* y otros conflictos de la época, además de en el libro de ÁLVAREZ JUNCO y DE LA FUENTE MONGE, *El nacimiento del periodismo político*, cit., Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, *Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz*, Cortes Generales, Madrid, 2011. Y, específicamente el mismo LÓPEZ DE LERMA, «El pensamiento político de Blanco White. Sus conflictos con las Cortes de Cádiz por la publicación del número 13 del periódico *El Español*», en el libro dirigido por Alberto RAMOS SANTANA y Alberto ROMERO FERRER, *1808-1812, los emblemas de la libertad*, Universidad de Cádiz, 2009, págs. 312 y sigs.

y reiterar en ella la libertad de imprenta y la prohibición de la censura (artículo 371: «Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes»)¹⁴⁸, aprobaran el decreto de 10 de julio de 1813 que, manteniendo los principios, aclaró los procedimientos de actuación contra los infractores.

Este modelo regulatorio de la palabra impresa, muy parecido al francés, fue el que perduró siempre en España. Volvió la censura con los ciclos absolutistas de Fernando VII, pero las constituciones siempre declararon la libertad de prensa e imprenta, sin censura, aunque con las limitaciones establecidas en las leyes. Es clave para entender la realidad del sistema tener en cuenta las limitaciones legales que, durante muchos períodos históricos, fueron severísimas, lo que determinaba que autores y editores se impusieran la autocensura para evitar secuestros de las ediciones y, en su caso, la supresión del medio.

La historia de la edición fue, desde entonces, la de una libertad muy controlada. Un rapidísimo repaso a la legislación del siglo XIX servirá para ilustrar lo dicho y concluir este capítulo.

¹⁴⁸ Específicamente sobre el texto, entre muchos, María del Carmen SÁEZ BERCEO, «La libertad de imprenta», en el libro dirigido por J. ESCUDERO, *Cortes y Constitución de Cádiz*, cit., I, págs. 220 y sigs. Sobre los periódicos en el período constituyente, Miguel Ángel GARCÍA DOTA, «La prensa absolutista y las crónicas de Cortes en el Cádiz del período constituyente: El *Diario de la Tarde* y su forma de expresión», en el libro editado por Alberto RAMOS SANTANA y Alberto ROMERO FERRER, *1808-1812: Los emblemas de la libertad*, Universidad de Cádiz, 2009, págs. 205 y sigs.

En el período 1812-1820¹⁴⁹ toda la prensa liberal desapareció en España como consecuencia directa de la derogación de la Constitución por Fernando VII. Quedaron algunas publicaciones científicas o literarias, como *Minerva*, *Artes y Literatura* o *Crónica Científica y Literaria*.

En el Trienio Liberal se restableció enseguida la libertad de imprenta por decreto de 22 de octubre de 1820. Los periódicos fluyeron durante el Trienio, y los impresos panfletarios y satíricos tuvieron gran difusión¹⁵⁰. Al término del período, la real orden de 11 de octubre de 1823 suprime todos los periódicos excepto la *Gaceta de Madrid*; es decir que repite lo que había acordado Carlos IV en 1791, o el propio Fernando VII en 1815. Empieza en 1823 la Década Ominosa, con censura e Inquisición de nuevo, aunque el yugo se afloja y se hace más permisivo, o el control más indolente, en la fase final del período absolutista.

Tras la muerte del rey Fernando, la elaboración de una nueva ley de imprenta fue uno de los objetivos del Gobierno progresista durante la regencia de María Cristina.

Los periódicos, tras la caída del absolutismo, se habían convertido en un instrumento capital para la lucha política. Proliferaron, se orientaron editorialmente en todo el arco ideológico existente, y ejercieron la nueva libertad de palabra sin censura, de forma tan desmedida que no había materia de inte-

¹⁴⁹ El real decreto de 25 de abril de 1815 prohibió la publicación de periódicos y folletos. Manifestaba la exposición de motivos que habiendo visto el rey con desagrado el uso que se hace de la imprenta, que «se la emplea en desahogos y contestaciones personales, que no solo ofenden a los sujetos contra quienes se dirigen sino a la dignidad y decoro de una nación circunspecta...».

¹⁵⁰ Es ilustrativa la edición de los escritos de Sebastián DE MIÑANO, *Sátiras y panfletos del Trienio constitucional (1820-1823)*, selección, presentación y notas de Claude Morange, CEC, Madrid, 1994.

rés general ni personajes públicos que no estuvieran en el punto de mira de sus críticas, expresadas muchas veces de modo tan acerbo que no resultaban tolerables para los destinatarios. El Gobierno impulsó la elaboración de una nueva ley a finales de 1836. La propuesta, hecha a las Cortes el 15 de noviembre de aquel año, pedía que se tomaran en consideración «los excesos de la imprenta, para proceder desde luego a la formación de una ley que concilie la libertad de prensa con la seguridad del Estado». La rápida creación de periódicos, tan bienvenida al principio del liberalismo, se convirtió inmediatamente en un motivo de preocupación que el Gobierno quería atajar. El proyecto de ley no recuperó la censura, que todos tenían por un modo de intervención propio del absolutismo, pero fue unánime el acuerdo de regular con severidad las limitaciones a la libertad de imprenta para evitar los abusos.

La tramitación del proyecto se dificultó por la presentación de una proposición que pretendía que, mientras aquel se discutía, se adoptaran medidas provisionales concretadas en exigir un depósito elevado de dinero a quienes quisieran editar periódicos. Con él se respondería de las sanciones que se les impusieran¹⁵¹.

¹⁵¹ Las prisas y las vulneraciones del reglamento para atender las urgencias requeridas por algunos están contadas con todo lujo de detalles por A. NIETO en su libro *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia Política de las Cortes Constituyentes de 1836-1837*, Ariel, Barcelona, 2011, págs. 382 y sigs. El diputado Alejos Burriel (*op. cit.*, pág. 386) explicó en la sesión de 23 de febrero de 1837 la congoja reinante entre los parlamentarios: «Si no hubiera sido tan escandaloso el abuso que se ha hecho de la libertad de imprenta en estos últimos días, seguro es que no se hubieran presentado estas proposiciones al Congreso, pero es indudable que estamos caminando a un abismo por la excesiva tolerancia del Cuerpo legislativo». El debate usó siempre términos semejantes. Algunos más exaltados, como Gómez Becerra (*op. cit.*, pág. 387), sostuvieron que el «derecho de libertad de imprenta» no era solo una «industria» sino «un poder terri-

La práctica de la edición de periódicos y las agresiones que desde ellos se perpetraban producían consecuencias bastante pintorescas para nuestra mentalidad actual, según las ha descrito A. Nieto¹⁵²: para conseguir total impunidad se solía pedir que firmasen los artículos peligrosos, a cambio de una modesta paga, algunos desgraciados sin oficio ni beneficio, a los que sería imposible exigir responsabilidades. Los agravios se dirigían frecuentemente contra las instituciones, pero también, con similar habitualidad, contra personas concretas; los jueces no daban abasto para resolver las controversias, de modo que algunos ofendidos siguieron sin más rodeos el procedimiento de los lances de honor para resolver la afrenta en un duelo con el editor, director del medio o autor del artículo. Como los editores y periodistas no se sentían muy cómodos con el sable o la pistola, se extendió la práctica de contratar en algunos periódicos un especialista que despachaba los duelos por cuenta de los retados. Está documentado que esta subrogación no resultó aceptable para los retadores que habían mandado su padrino al director o al escritor. Al final, si la insistencia se mantenía, el conflicto se resolvía con disculpas y rectificaciones.

ble para la sociedad, que influye en todos los ánimos, en la educación, en la moral y en el estado en que la sociedad se encuentre...». Argüelles tuvo una sensata y bien orientada intervención el día 27, en la que defendió que la libertad de imprenta no reclamaba una legislación particular, sino la aplicación de la general en materia criminal. Los abusos que fueran constitutivos de delito se penalizarían como estableciese el Código Penal. Tampoco le parecía que los depósitos previos que se pretendía imponer a las empresas editoriales fueran disuasorios. Dado que todos los periódicos más agresivos tenían una concreta militancia política, sus patronos podían conseguir (y en su caso perder si eran sancionados) las cantidades depositadas sin ningún problema.

¹⁵² *Op. cit.*, págs. 389 y sigs.

En fin, las extralimitaciones mayores de los periódicos se atajaron, en aquel período progresista, sin observar muy fielmente las reglas, que conducían necesariamente a una resolución judicial de los conflictos. En alguna ocasión fue el Parlamento el que hubo de intervenir directamente para cortar los abusos del periódico *El Porvenir* (cuyo editor, mientras tanto, fue víctima de una represalia directa y resultó apaleado en plena calle). También se debatió aquel año de 1837 la supresión de la libertad de imprenta como único remedio para cortar los abusos. Finalmente, el 15 de marzo de 1837 se aprobó la ley sobre publicación de periódicos.

Los términos del debate planteado en 1836-1837, concluidos con una nueva declaración de la Constitución, aprobada este último año¹⁵³, en contra de cualquier censura previa a la libertad de imprenta, pero habilitante de leyes que limitaran los abusos, marcó la tónica general del siglo. La muy cambiante legislación de prensa e imprenta se distinguió por la aplicación de correctivos frente a los abusos más o menos severos, la encomienda de la represión y la resolución de los conflictos a los jurados, a los tribunales ordinarios o a órganos especializados; la imposición o no de depósitos económicos previos para adquirir la licencia de imprimir, etc.¹⁵⁴.

¹⁵³ Artículo 2: «Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes.

La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados».

¹⁵⁴ Nuevas leyes de prensa e imprenta fueron aprobadas el 13 de julio de 1857, 29 de junio de 1864, 16 de mayo de 1866, decretos de 23 de octubre de 1868, 20 de septiembre de 1873, 22 de septiembre de 1873, 29 de enero de 1875, 18 de mayo de 1875, 31 de diciembre de 1875, 15 de abril de 1931, ley de 21 de octubre de 1931, ley de 18 de marzo de 1966.

El control de los libros, que había sido el punto de mira de la censura desde que se introdujo la imprenta y, especialmente durante la Ilustración, pasó a segundo plano y la prensa se convirtió en el gran instrumento de la libertad de palabra, con todas sus enormes ventajas y también presentando problemas inéditos.

VIII. Confluencia de los itinerarios americano y europeo (s. xx)

Ni la aprobación de la Primera Enmienda ni la consagración constitucional de la libertad de pensamiento y expresión en las constituciones europeas llevaron consigo la inmediata definición del contenido y límites de la libertad de palabra. Fueron importantes hitos en el itinerario pero estaban lejos todavía del punto de destino.

En el caso de los Estados europeos, los ejemplos de Francia y España bastan para resumir el modelo regulatorio que dominó el ejercicio de la libertad desde entonces. La Declaración de Derechos de 1789, en el primer caso, y la Constitución de 1812, en el segundo, fijaron las reglas que nunca han cambiado: la prohibición de censura previa, por un lado, y el sometimiento de la libertad de expresión y prensa a las limitaciones establecidas por las leyes en razón de los intereses generales o los derechos de los demás ciudadanos. Como en ninguno de los Estados citados existieron restricciones a la libertad de criterio de los Parlamentos, una abundante y oscilante legislación ha regido la libertad acomodándose siempre a las ideas y necesidades políticas de los grupos dominantes cuando se aprobaron. Así ha ocurrido durante casi dos siglos. Las normas se han centrado de modo específico en la prensa durante ese tiempo porque fue, en el siglo XIX, el medio más penetrante social y políticamente. Los

libros dejaron de ser considerados los objetos peligrosos que habían sido durante tres siglos.

En Estados Unidos los cambios de régimen jurídico de la libertad de palabra no han dependido tanto del legislador como de los tribunales, que han sido los que, principalmente, han evaluado, en los últimos doscientos años, las formas de empleo de aquella libertad que pudieran considerarse ilegítimas.

La Primera Enmienda se interpretó siempre como una norma prohibitiva de la censura. En este punto, el Tribunal Supremo norteamericano y todos los demás tribunales se han mostrado bastante acordes. Sin embargo, después de aprobada la Primera Enmienda, se han dictado muchas leyes en Estados Unidos restrictivas de la libertad de comunicación. También, como hemos visto en un capítulo anterior, se siguió aplicando el tradicional *common law* en materia de libelos. El debate sobre los límites de la libertad de palabra ha dado lugar a una copiosa e interesante jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en general, se ha adelantado a la de los tribunales europeos.

Considerando esta prioridad, es pertinente que me refiera ahora, en primer lugar, al recorrido seguido en Estados Unidos hasta llegar a la plena consolidación de la libertad de palabra, para tomar después el itinerario europeo, lo que permitirá mostrar cómo, al final del recorrido, la concepción de dicha libertad y las técnicas para protegerla han llegado a un punto de encuentro y se han hecho prácticamente equivalentes en ambos lados del Atlántico.

Cuando Madison preparó la Primera Enmienda, la mayor parte de quienes participaron en la discusión de los textos creyeron que, para lo sucesivo, el Congreso no podría dictar leyes que regularan la libertad de opinión y la prensa; y que, además,

había quedado superado el *common law* inglés en materia de libelo¹⁵⁵.

La nueva norma constitucional decía que «El Congreso no hará ninguna ley...», según he recordado ya, sobre las materias enunciadas en ella, entre las que figuraba la libertad de palabra y de prensa. Sin embargo, los Estados miembros de la Federación no se sintieron aludidos por la prohibición porque se dirigía específicamente al «Congreso», lo que permitía suponer que no se aplicaba a los legislativos estatales. Levy¹⁵⁶ ha sostenido que, a la vista de estas conductas de los Estados, puede pensarse que, más bien, la Primera Enmienda era una norma que repartía competencias entre el Congreso y otros poderes de la Unión, excluyendo que la regulación de las libertades en ella comprendidas pudiera ser establecida por aquel.

Sin embargo, el Congreso no aceptó nunca que la Primera Enmienda le dejase sin atribuciones, porque apenas había pasado un lustro desde que aquella se aprobó cuando adoptó la *Sedition Act* de 1798. Entre otras conductas reprobadas y sancionadas en esta ley (movida, como ya he recordado, por la preocupación hacia los sucesos de la Francia revolucionaria y su trascendencia continental), figuraban las consistentes en escribir «cosas falsas o escandalosas contra el Gobierno de los Estados Unidos»¹⁵⁷. Aunque la ley acogió el principio zenge-

¹⁵⁵ Además de la doctrina, así lo recuerdan expresamente el juez Holmes en el voto particular a *Abrams vs. United States* de 1919, y los jueces Black y Douglas en su voto particular a la sentencia *New York Times vs. United States* de 1971, de las que trataré más adelante.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, pág. 167.

¹⁵⁷ Sobre la libertad de expresión en Estados Unidos en situaciones bélicas y de excepción, *vid.* G. STONE, *Perilous Times. Free Speech in War Time. From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, Norton, New York, 2004.

riano de exención de responsabilidad en el caso de que la información fuera veraz. Durante el breve lapso de tiempo en que la ley se mantuvo vigente, se suscitó, entre otros temas de debate, la cuestión de si era compatible con la Primera Enmienda una ley sobre la libertad de palabra y prensa¹⁵⁸. La opinión más asentada sostuvo que, analizando aquel texto constitucional, podía concluirse que contiene una declaración absolutamente contraria a la regulación por ley de la libertad de religión («El Congreso no hará ninguna ley sobre el establecimiento de alguna religión o que prohíba el libre ejercicio...»), acompañada de otra más flexible que era de aplicación a la libertad de prensa y de palabra (o que «restringa la libertad de prensa o de palabra») respecto de las cuales lo que prohibía eran las leyes restrictivas, pero no cualquier clase de ley.

En verdad, la *Sedition Act* era restrictiva, pero se entendió que no se separaba, en cuanto a su contenido, de lo que había sido la práctica del *common law*. De cualquier manera, como la

¹⁵⁸ Como he explicado en mi libro *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 95, siguiendo un texto de O'BRIAN, *The public's right to know*, además del argumento en favor de la constitucionalidad de la *Sedition Act* que expongo, se manejaron otros tres: primero, el castigo de los libelos sediciosos no constituía mengua o supresión de la libertad de palabra, ya que esas libertades nunca implicaron «licencia para que todo hombre publique lo que guste sin estar sujeto a castigo». Segundo, las leyes estatales, así como las inglesas, nunca abarcaron «la publicación de escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el Gobierno». Y tercero, la *Sedition Act* no era inconstitucional porque se limitaba a acordar y declarar algo que formaba parte del derecho consuetudinario, «amén de ser útil porque hacía que ese derecho fuera más conocido y comprensible». Los problemas de interpretación sobre la compatibilidad con la Primera Enmienda del apoyo a la subversión, en el libro de David A. J. RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, 1986, págs. 178 y sigs.

ley fue pronto derogada, no llegaron a producirse conflictos por su aplicación.

En los Estados Unidos no volvió a haber un debate importante sobre las limitaciones a la libertad de expresión hasta principios del siglo xx. La razón es que nunca el Congreso volvió a legislar. Esto no significa que no hubiera leyes sobre aquella libertad, ya que los Estados la regularon ampliamente, estableciendo limitaciones a su ejercicio. Además, los tribunales siguieron utilizando, como he señalado en un capítulo anterior, el antiguo derecho inglés sobre libelos.

La siguiente ocasión importante se produjo con la Primera Guerra Mundial. Entonces, por primera vez en su historia, los Estados Unidos abandonaron la política aislacionista que resultaba de la doctrina Monroe aplicada desde 1823, y entraron en guerra con sus aliados europeos. Se aprobaron algunas leyes que incitaban el patriotismo del pueblo americano y lo preparaban para la guerra, junto a otras orientadas a mejorar la seguridad¹⁵⁹. Enseguida tuvo lugar un debate ante los tribunales sobre la compatibilidad con la Primera Enmienda de algunas aplicaciones de aquellas. El primer gran pronunciamiento del Tribunal Supremo se produjo en la sentencia *Shenck vs. United States*, dictada en 1919, con ponencia del juez O. W. Holmes. Entre otros problemas que tienen menos relación con lo que ahora escribo, se discutía la imputación a los acusados de haberse organizado, pública y dolosamente, para imprimir y distribuir entre los reclutas un pasquín destinado a producir insubordinaciones y amotinamientos. También se les acusaba de haber usado el servicio postal oficial para enviar correspondencia prohibida con-

¹⁵⁹ Ley de consumo alimentario de 1917, Ley de Espionaje y Ley de Comercio con el Enemigo de 1917, y Leyes de Sedición y Extranjería de 1918.

forme a la ley de espionaje. Los acusados habían sido declarados culpables en las sentencias que se impugnaron ante el Tribunal Supremo. Lo que estaba en el fondo del debate era si, en las circunstancias excepcionales que estaba viviendo el país, podía utilizarse la prensa o cualquier forma de comunicación para que las minorías políticas pudieran expresar sus ideas opuestas a la política belicista¹⁶⁰. El Tribunal Supremo estimó, en la citada sentencia *Shenck*, que tanto las condenas como la ley en que se basaban, aunque restringían la libertad de palabra, eran conformes con la Constitución. Utilizó el ponente Holmes el test del *clear and present danger* (peligro claro e inminente) para evaluar los hechos. Concluyó que las conductas de los sujetos condenados eran, por sí mismas, susceptibles de provocar esa clase de peligro por afectar a la política de guerra asumida por los representantes legítimos de la nación. A pesar de que algunos destacados profesores, entre los que se contaban compañeros de la universidad en que había profesado Holmes (Zechariah Chafee, de Harvard¹⁶¹), criticaron la argumentación de la sentencia, esta mejoraba, en favor de la libertad de expresión, otro test más severo que había venido utilizándose con anterioridad, el criterio «de la mala tendencia» (*bad tendency test*), según el cual bastaba con la apreciación de que un discurso u opinión podía generar efectos negativos o malos para que fuera legítima su represión.

¹⁶⁰ El texto de *Shenck*, con un breve comentario y apoyo bibliográfico, en la compilación de Beltrán de Felipe y González García que se cita en la nota 162.

¹⁶¹ CHAFEE publicó su artículo titulado «Freedom of speech in war time», en la *Harvard Law Review*, en junio de 1919, con la crítica aludida, que tuvo Holmes a su disposición aquel mismo mes. Muchos comentaristas han considerado decisiva la publicación de este artículo para la corrección del criterio de Holmes desde la sentencia *Shenck* a la sentencia *Abrams*, ambas del mismo año.

Holmes tuvo una oportunidad inmediata para rectificar su posición en *Shenck*, con ocasión de otro asunto debatido en el Tribunal Supremo, que también se refería a la aplicación de las citadas leyes de excepción: el caso *Abrams vs. United States*, resuelto también en 1919. Examinó el Tribunal la compatibilidad de una condena a un ciudadano norteamericano, judío de religión, que había distribuido propaganda, escrita en yidis, en la que criticaba al Gobierno norteamericano por haber enviado tropas a Rusia. El juez Holmes fue ponente de la sentencia que recogió la opinión de la mayoría del Tribunal Supremo favorable a la compatibilidad con la Constitución de la condena y de la ley en que se basaba. Pero el mismo Holmes preparó uno de sus más famosos votos particulares sosteniendo que las limitaciones a la libertad de palabra, en un caso como este, eran contrarias a la Primera Enmienda. Se adhirió a su voto el juez Brandeis. Ambos redactaron otros votos particulares a sucesivas sentencias sobre la libertad de palabra que fueron el origen de una gran renovación de la interpretación sobre sus límites constitucionales.

El párrafo central del voto particular de Holmes tiene que ser reproducido porque es uno de los textos más importantes de la historia jurisprudencial sobre la libertad de palabra en Estados Unidos, decenas de veces utilizado y recordado ulteriormente: «La persecución de opiniones me parece perfectamente lógica. Si uno no alberga dudas sobre sus premisas o su poder y quiere con todas sus fuerzas lograr un resultado determinado, es natural que exprese sus deseos mediante el Derecho para eliminar toda oposición [...]. Pero cuando los humanos se han dado cuenta de que el tiempo ha frustrado muchas doctrinas, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien último es a través del libre intercambio de ideas, que el

mejor test para la verdad es que la idea pueda ser aceptada en la competición del mercado, y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden realizarse. Ésa es, al menos, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como la vida entera es un experimento. Constantemente tenemos que poner en juego nuestra salvación a partir de alguna profecía basada en conocimientos imperfectos. Mientras ese experimento sea parte de nuestro sistema, creo que deberíamos estar siempre alerta frente a intentos de controlar la expresión de opiniones que detestamos, e incluso que consideramos muy peligrosas, salvo que amenacen de manera tan eminente con una interferencia inmediata en los legítimos y urgentes propósitos del Derecho, que se requiera un control inmediato para salvar el país»¹⁶².

El concepto holmesiano «mercado de las ideas», acuñado en este voto particular, tiene evidentes raíces en el pensamiento de Milton y, después, de Locke, que es de donde arranca la crítica a la censura o la ocultación de las opiniones de los demás, en cuanto que la verdad tiene que obtenerse en un proceso de discriminación que corresponde a cada persona después de conocer lo bueno y lo malo, aunque sea perverso. Es un alegato a favor del debate, que implica la liberación de cualquier traba a la libertad y un veto absoluto a la imposición del valor de una idea por encima de las demás.

Holmes y Brandeis, con sus votos particulares, consiguieron que poco a poco fuera madurando una nueva concepción de la

¹⁶² Una compilación en castellano de las opiniones disidentes de Holmes es la de César ARJONA SEBASTIÁ, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006; el texto que reproduzco, en pág. 150. También la muy útil compilación de M. BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, 2005, pág. 188, con una nota de los compiladores.

libertad de palabra según la cual, fuera de los supuestos de peligro inminente para la seguridad pública, las regulaciones restrictivas debían considerarse siempre contrarias a la Primera Enmienda¹⁶³. Tardó el Tribunal Supremo en flexibilizar esa

¹⁶³ La jurisprudencia del Tribunal Supremo siguió muchos años en la línea de aceptar las restricciones resultantes de *Shenck* y *Abrams*. Incluso en *Gitlow*, de 1925, volvió a utilizar el criterio de la «mala tendencia», menos favorable a la libertad. En la sentencia *Whitney vs. California*, de 1927, sostuvo que el Estado está habilitado para sancionar a quienes utilicen «frases que ponen en peligro la libertad de la colectividad, tendentes a incitar al crimen, a molestar la tranquilidad pública o a socavar los cimientos del Gobierno establecido». La señora Whitney había sido encausada por pertenecer al Partido Comunista de los Trabajadores. A este grupo de sentencias anticomunistas pertenecen también *Yates vs. United States*, de 1957; *Noto vs. United States* de 1961, *Scales vs. United States* de 1961. La doctrina norteamericana ha establecido incluso una periodización de esta jurisprudencia concerniente a situaciones de emergencia para la seguridad nacional: la primera época (dejando aparte el episodio de la *Sedition Act* de 1798, impulsada por el temor al jacobinismo francés y sus proyecciones) incluye *Shenck*, *Abrams* y otras, vinculadas a los efectos de la Primera Guerra Mundial. Además de estas también son características de la época *Frohwerk vs. United States* y *Debs vs. United States*, ambas también de 1919. La segunda época estuvo caracterizada por las prevenciones frente a la Revolución rusa y los casos más caracterizados, siempre relacionados con la propaganda comunista, son *Hitlow vs. New York*, de 1925 y *Whitney vs. California*, de 1927, ya citada. La tercera época es el macartismo y la caza de brujas, cuyo primer exponente fue la sentencia *Dennis vs. United States*, de 1951, a la que siguieron *Yates*, *Noto* y otras. Y la última fase (me refiero siempre a las más caracterizadas, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo está llena de matices en todas las épocas) fue la que abrió la promulgación de la *USA Patriot Act* por el presidente Bush como respuesta a los atentados del 11 de septiembre de 2001. El Tribunal Supremo conoció de este asunto en la sentencia *Holder vs. Humanitarian Law Project*, de 2010. El recorrido por estas etapas, con exposición extensa de las posiciones del Tribunal Supremo en cada momento lo han hecho muchos autores. Destaco K. WERHAM, *Freedom of Speech. A reference Guide to the United States Constitution*, Praeger, 2004; T. EASTLAND (ed.), *Freedom of expression in the Supreme Court, the defining cases*, Rowman and Littlefield Publishers Inc., 2000; Th. EMERSON,

doctrina a favor de la libertad de expresión (lo hicieron las sentencias *West Virginia Board of Education vs. Barnette*, de 1943 y *Texas vs. Johnson*, de 1949). Pero la tendencia del Tribunal Supremo a aceptar la compatibilidad con la Constitución de leyes restrictivas de la libertad de expresión por razones de seguridad nacional se ha mantenido hasta hoy: la sentencia *Holder vs. Humanitarian Law Project* de junio de 2010 confirma que el Congreso puede tipificar como delito la promoción política de organizaciones terroristas extranjeras¹⁶⁴.

La regulación de la libertad de expresión, o la intervención judicial sobre esta en términos restrictivos se ha enfrentado también con el problema de la compatibilidad con la Primera Enmienda de intervenciones preventivas, más o menos calificables como censura.

La Primera Enmienda no prohibió expresamente la censura previa, como hicieron sin embargo otras constituciones europeas. Ya he explicado que en la tradición del *common law* esa intervención sobre la libertad de palabra había desaparecido desde el siglo XVII. Considerando que en la Constitución norteamericana no se hizo ninguna referencia a la cuestión, y que los Estados siempre sostuvieron que la Primera Enmienda vinculaba exclusivamente al Congreso federal, aprobaron muchas leyes relativas a la libertad de prensa que, en algunos casos,

The System of Freedom of Expression, Random House, New York, 1970; L. C. BOLLINGER y G. STONE (eds.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, 2002; G. STONE, *Perilous Times. Free Speech in War Time. From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, Norton, New York, 2004; A. LEWIS, *Freedom for the Thought That We Hate. A biography of the First Amendment*, Basic Books, New York, 2007.

¹⁶⁴ Una crítica de la sentencia en OWEN FISS, «El mundo en que vivimos», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (en prensa).

contenían intervenciones preventivas sobre la impresión o difusión.

Un ejemplo de ello fue el caso resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia *Near vs. Minnesota*, de 1931. Una ley de Minnesota permitía sancionar al propietario o editor de cualquier periódico o semanario que publicase regularmente material «*malicious, scandalous and difamatory*». El inculpado podía defenderse demostrando la verdad de lo publicado, pero, aun así, tenía que justificar que la difusión perseguía «buenos motivos y fines justificables». Si no conseguía probarlo, se acordaría por el juez la supresión de la publicación y sanciones para el culpable. Esta norma se aplicó en aquel Estado al periódico *The Saturday Press*. Cuando el asunto llegó al Tribunal Supremo, el juez Hughes, que actuó de ponente, dijo que la ley de Minnesota era «*the essence of censorship*» y la consideró contraria a la Primera Enmienda.

Esta clase de declaraciones favorables a la libertad de comunicación y contra la censura o limitaciones preventivas siempre ha mantenido la compatibilidad con una jurisprudencia que aceptaba sin titubeos sanciones contra quienes rebasaran los límites o abusaran de la libertad.

El caso más famoso y constitucionalmente decisivo, en el que se mezclaron las cuestiones hasta ahora analizadas, es decir las restricciones fundadas en la seguridad nacional, la censura previa, el abuso de la libertad de comunicación y el ámbito de protección derivado de la Primera Enmienda, fue *New York Times Co. vs. United States* de 1971, relativa a los «Papeles del Pentágono»¹⁶⁵.

¹⁶⁵ 403 U.S. 713 (1971). Un amplio resumen de esta sentencia, en cualquiera de los libros de *freedom of speech* que vengo citando, o en los genera-

El *Washington Post* y el *New York Times* empezaron a publicar una serie de resúmenes de documentos clasificados concernientes a la guerra de Vietnam. Aunque no hubo reacción gubernamental ante las primeras entregas (debido seguramente a que el presidente Nixon consideró que los papeles descubrían políticas del anterior presidente demócrata), rectificó enseguida y solicitó de los Tribunales de Distrito que actuaran prohibiendo que continuara la publicación. El tribunal que decidió en relación con el *Washington Post* no admitió la solicitud, y el que conoció de la demanda contra el *New York Times* sí lo hizo. Este periódico impugnó la decisión. Cuando el asunto llegó al Tribunal Supremo, adoptó una sentencia *per curiam*, en la que hubo votos particulares concurrentes de todos los magistrados, resolviendo que cualquier forma de restricción previa a la libertad de prensa tiene que enfrentarse a una «pesada presunción contra su validez constitucional». El Gobierno tiene en consecuencia, según el Tribunal, la grave carga de justificar tal restricción. Como en el caso esta exigencia no fue satisfecha, el Tribunal resolvió que no podía suspender la publicación de los «Papeles».

Las opiniones expresadas por los jueces del Tribunal Supremo en la sentencia son muy importantes para la interpretación de la Primera Enmienda. En el voto concurrente del juez Black, al que se adhirió el juez Douglas, se recuerda la historia de la elaboración de aquel texto constitucional para terminar concluyendo que «tanto la historia de la Primera Enmienda como su

les de derecho constitucional, como el de N. REDLICH, J. ATTANASIO y J. K. GOLDSTEIN, *Understanding Constitutional Law*, 3.^a ed., Lexis Nexis, 2005, págs. 539 y sigs. Una traducción de lo esencial de la sentencia, en el volumen de M. BELTRÁN y J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las principales sentencias*, cit., pág. 357 y sigs.

redacción literal respaldan la idea de que la prensa debe sentirse libre para publicar noticias, cualquiera que sea su fuente, sin censura, órdenes o restricciones previas...». «Nadie puede leer la historia que condujo a la aprobación de la Primera Enmienda sin estar absoluta e indudablemente convencido de que las órdenes que el Gobierno pretende que en este caso se dicten son precisamente las que Madison y sus colaboradores pretendieron hacer ilegales para siempre en este país». Todos los jueces aludieron también a qué condiciones tiene que reunir la invocación de la seguridad nacional para justificar una restricción de la libertad de palabra. El juez Brennan, en su voto particular, dijo que «nuestra jurisprudencia ha admitido que existe una única y extremadamente estrecha clase de casos en los cuales cabe eludir la prohibición de censura judicial previa de la Primera Enmienda. Nuestra jurisprudencia ha indicado que tal circunstancia solo se produce en los supuestos en que la “Nación” está en guerra», como se afirma en *Shenck vs. United States*, 249 US 47, 52 (1919), situación en la que «“nadie pondría en duda que el Gobierno podría prevenir la obstrucción de sus servicios de reclutamiento o la publicación de los datos sobre localización de medios de transporte o el número y la ubicación de las tropas”. *Near vs. Minnesota*, 283 US 697, 716 (1931)».

«Incluso si la presente situación mundial —continúa Brennan— pudiera considerarse tiempo de guerra, o si el armamento militar actualmente disponible pudiera justificar en tiempos de paz la supresión de información que pudiera conducir a un holocausto nuclear, lo cierto es que el Gobierno tampoco ha justificado que la publicación de los documentos pudiera provocar una consecuencia semejante».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos concerniente a los dos grandes temas hasta aquí expues-

tos, la posibilidad de dictar leyes reguladoras de la libertad de expresión y comunicación, y la eliminación de la censura previa, se ha producido siempre en momentos excepcionales, en los que la seguridad nacional estaba afectada y, por tanto, también poco frecuentes históricamente. Aunque resulta incuestionable la importancia de esa jurisprudencia para la configuración de la libertad de palabra, no se encuentra en ella rastro de los problemas ordinarios y más frecuentes planteados por el ejercicio de aquella libertad. En particular, los abusos de esta y los límites derivados de los derechos de otras personas, como el honor o la intimidad personal. Tampoco habían avanzado mucho los tribunales en la superación de la tradición del *common law* sobre el valor exonerante de la verdad, o el grado de culpabilidad exigible a un informador para que lo publicado pudiera ser sancionable, entre otros problemas.

La Primera Enmienda no impidió que se conservara la mencionada tradición del *common law* sobre responsabilidad por libelo. Holmes, en su famoso y ya comentado voto particular a la sentencia *Abrams* de 1916, dijo con firmeza que discrepaba de la opinión del Gobierno de que la Primera Enmienda hubiera mantenido la vigencia del régimen de los libelos sediciosos. Pero la experiencia ulterior y la demostración incontestada que ha llevado a cabo A. Lewis¹⁶⁶ prueban lo contrario. En todo caso, lo que es seguro es que aquella tradición del *common law* sobre los libelos sediciosos sobrevivió en la Federación norteamericana hasta más allá de la mitad del siglo xx.

A mediados del siglo xx, es decir, siglo y medio después de la Primera Enmienda, el derecho de libelo formaba parte del *law*

¹⁶⁶ A. LEWIS, *Make no law. The Sullivan case and the First Amendment*, Random House, New York, 1991.

of torts, donde se trata del régimen de la responsabilidad civil por daños, en el caso de los libelos por causa de las lesiones producidas por la publicación de informaciones u opiniones difamatorias o afectantes a la esfera de otros derechos personales.

Además de las posibles consecuencias penales de un *criminal libel*, el régimen de los libelos en el *law of torts* distingue, desde el punto de vista de la culpabilidad del agente, tres categorías: *intentional tort*, *negligence tort* y *strict liability tort*. El primero comprende las actuaciones dolosas, que suponen la difusión de un hecho con conciencia de la ilegitimidad de la publicación, porque sea falso, no esté suficientemente comprobado o se divulgue con la única intención de causar un daño cierto sin que concurra interés alguno que lo justifique. Los supuestos de *negligence tort* son aquellos en los que quien los produce actúa sin el cuidado que debería tener una persona razonable. Y, en fin, los casos de *strict liability tort* son aquellos en los que el ánimo o la voluntad del sujeto actuante no es relevante, o lo es en grado mínimo, para que le sea exigible responsabilidad por su acción. Son supuestos muy próximos a la «responsabilidad objetiva» o también a la «responsabilidad por riesgos». Lo relevante es la producción del daño, que el derecho obliga a reparar incluso en las hipótesis de *nobody's fault*¹⁶⁷.

En la mayor parte de los Estados norteamericanos se utilizaba tradicionalmente, frente a las comunicaciones de hechos u opiniones que causaban lesiones a los derechos de terceros o al interés general, el paradigma del *strict liability tort*. Bastaba, por tanto, alegar la existencia de una difamación, por ejemplo, que

¹⁶⁷ Resumo la situación del *law of torts* en la época en mi libro *Libertad de prensa y procesos por difamación*, cit., págs. 98 y sigs.

podiera imputarse a las noticias u opiniones difundidas en un texto expreso o en una manifestación pública y oral de cualquier clase, para que pudiera exigirse la responsabilidad de la persona autora de aquellas, o al medio que las difundió, o a ambos. Se trataba, pues, como un problema de derechos civiles en colisión, que no se resolvía a favor de la libertad de expresión, sino, más claramente, dando prioridad a la honra. Esto último porque la jurisprudencia usaba una presunción general de que los daños se producían siempre y, por otro lado, la *exceptio veritatis* no se aceptaba en cuanto que se pudiera apreciar que el relato de los hechos incurría en el más mínimo error de detalle.

Esta situación fue objeto de una profundísima revisión en la sentencia del Tribunal Supremo *New York Times vs. Sullivan*, de 1964. A partir de ella cambió radicalmente el régimen del *law of torts* que, en materia de libelos, será desplazado por unos principios que el Tribunal derivó de la Primera Enmienda. La sentencia supuso una verdadera revolución en la manera de entender la libertad de palabra e información. Otras sentencias posteriores, en la misma línea, precisarían algunos extremos pero los principios que estableció aquella se han mantenido y han influido también en la jurisprudencia europea, como comentaré después. La sentencia conecta, según todos los comentaristas, con la interpretación de la Primera Enmienda que había establecido poco antes Alexander Meiklejohn, sobre la función constitucional de la crítica política¹⁶⁸. Fue una gran noticia para la

¹⁶⁸ El influyente estudio de Alexander MEIKLEJOHN es *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper & Brothers, New York, 1948. Sostuvo la tesis de que la libertad de palabra forma parte del acuerdo constitucional básico en América, según el cual el pueblo tiene derecho de participación en las tareas políticas. Además del ejercicio del derecho de sufragio, la libertad de palabra es también una forma de ejercitar el autogobierno. Por esta razón,

libertad; como dijo H. Kalven, «una ocasión para bailar en las calles»¹⁶⁹.

El asunto *New York Times vs. Sullivan* no solo tuvo que ver con la libertad de prensa sino también con los problemas de la segregación racial, que estaba dando lugar a una gran tensión social y a protestas en Estados Unidos, así como a algunas respuestas memorables del Tribunal Supremo como la sentencia *Brown vs. Board of Education*, de 1954¹⁷⁰.

cualquier clase de opinión política está protegida por la Primera Enmienda. Esta protección de las exposiciones de contenido político es superior y más fuerte que cualquier otra. Hizo notar la traslación de estas ideas de Meiklejohn a la sentencia *New York Times vs. Sullivan* H. KALVEN, *The New York Times Case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment*, 1964, Sup. Ct. Rev. 191. Un análisis crítico de su pensamiento con sus proyecciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Steven H. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990, págs. 47 y sigs.

¹⁶⁹ Vid. sobre ello Rodney A. SMOLLA, *Suing the Press. Libel, the Media, & Power*, Oxford University Press, New York, 1986; la exposición y comentario del caso *New York Times* en págs. 26-53.

¹⁷⁰ Véanse los comentarios a la sentencia *Brown* en pág. 100 de R. A. SMOLLA, en su libro *Suing the Press*, citado. También explica en ese lugar que el caso *New York Times vs. Sullivan* «es una de las más importantes decisiones de la centuria por representar no solo el punto de arranque para fundar toda la discusión del moderno derecho de libelo, sino la intersección de tres temas dominantes en la experiencia americana moderna: el poder de la justicia federal, el papel de la prensa como un agente de cambio social y la lenta y dolorosa lucha de los negros americanos por la igualdad legal y social».

Es importante notar, para tener una idea clara de las repercusiones que tenían entonces las sentencias del Tribunal Supremo, y las resistencias al cambio que ofrecían algunos Estados, que Arkansas aprobó en respuesta a *Brown* una *Resolution of Interposition* en la que se afirmaba que «El Estado jamás delegó en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos el poder de cambiar la Constitución de los Estados Unidos»; y añadía: «El pueblo de Arkansas declara que el poder de operar en las escuelas públicas del Estado con una igualdad sustancial básica pero racialmente separada, fue otorgado por el

En este contexto de resistencias y protestas se produjeron los hechos litigiosos del caso *New York Times vs. Sullivan*. Martin Luther King había sido arrestado en Alabama bajo acusación de irregularidades en sus declaraciones de impuestos. Como ocurrió en todas las ocasiones en que lo detuvieron, grupos de activistas y seguidores organizaron acciones a favor de su libertad. Entre otras, en aquella ocasión, se publicó por el «Comité para la Defensa de Martin Luther King» un anuncio a toda página en el *New York Times* titulado «*Heed Their Rising Voices*», en el que se relataba que los estudiantes sureños, que estaban desarrollando acciones en defensa de sus derechos constitucionales, se habían encontrado «con una ola de terror sin precedentes» por parte de la policía y las autoridades. Se alzaban contra la detención del líder y pedían ayuda para su causa.

El gobernador de Alabama envió una carta de rectificación al *New York Times*, que fue publicada enseguida. Hizo lo mismo L. B. Sullivan, comisionado de asuntos públicos y supervisor de la policía en Montgomery. El periódico le contestó solicitándole que aclarara cuáles eran las informaciones por las que se sentía ofendido. Pero Sullivan no contestó; se limitó a demandar al periódico por libelo, solicitando una indemnización de quinientos mil dólares. El anuncio que se había publicado no mencionaba a Sullivan en ninguna parte, pero se había sentido aludido en su condición de supervisor de la policía.

El anuncio contenía bastantes errores de hecho, aunque ninguno importante; pero provocó una gran conmoción en Alabama. Los periódicos locales arremetieron contra su colega

pueblo de Arkansas al gobierno del Estado»; en fin, concluía: «... todas las decisiones en contrario de los tribunales federales o cualesquiera otros departamentos del Gobierno federal no deben ser atendidas».

neoyorquino y se creó un ambiente de odio y tensión en medio del cual no fue fácil siquiera encontrar un abogado que defendiera al *New York Times*. Al término del proceso el Tribunal aplicó la doctrina del *strict liability tort* y condenó al periódico, estimando las pretensiones de Sullivan. Apeló aquel pero también perdió en esa instancia. Finalmente, planteó el asunto ante el Tribunal Supremo, que aceptó examinarlo y pronunciarse.

Fue ponente de la sentencia el juez Brennan. El Tribunal Supremo decidió en ella acordar la inconstitucionalidad de las normas de Alabama sobre libelo por considerarlas contrarias a la Primera Enmienda. El régimen de la libertad de prensa, dominado en los Estados Unidos por el *law of torts* tradicional, pasó a ser interpretado a la luz de la Constitución, lo que, aunque parezca paradójico, no se había hecho en los Estados federados nunca, por considerar, como he venido repitiendo, que dicha enmienda no modificaba su derecho ni las potestades de los legisladores para regular la libertad de impresión.

La interpretación nueva consideró que la inclusión de algún enunciado erróneo en un texto publicado siempre resulta inevitable en cualquier debate desarrollado con libertad, pero que no era posible sancionar, sin más, cualquier mínima desviación de la verdad porque, si así se hiciera, la prensa acabaría desapareciendo. Necesita aquella un *breathing space* para sobrevivir. Y, además, si el debate se refiere a asuntos públicos, es necesario que se desenvuelva en un ambiente «desinhibido, robusto y ampliamente abierto» en el que resulta lícito que se incluyan vehementes, cáusticos y, a veces, desagradables y afilados ataques contra el Gobierno o los servidores públicos».

Desarrollando estas premisas, la innovadora sentencia estableció la siguiente doctrina: no es ajustado a la Constitución

imponer, como se venía haciendo, la carga de la prueba al demandado. Tal exigencia es disuasoria para la publicación de noticias críticas sobre cuya veracidad no tiene dudas el autor, pero que pueden ser imposibles de probar completamente. En estos supuestos, si la información se refiere a un servidor público, es preciso que este pruebe de forma suficientemente convincente que la publicación se ha llevado a cabo con malicia real o efectiva (*actual malice*), es decir, con conocimiento de que lo que defendía era falso o, al menos, con manifiesto desprecio hacia la veracidad, o no, de la información («*or with reckless disregard whether it was false or not*»).

Este test de *New York Times vs. Sullivan* ha sido objeto de muchas matizaciones y desarrollos en la jurisprudencia de los años sucesivos, muy especialmente para precisar si se aplica solo a servidores públicos o también a cualquier persona con notoriedad pública; fijar un diferente criterio para la divulgación de opiniones (a las que, naturalmente, no es de aplicación el control de veracidad si no utilizan hechos); determinar cómo se prueba la actitud del informador, su diligencia en la averiguación de la verdad; y, en fin, las muchísimas peculiaridades que presenta la información cuando afecta a la privacidad de las personas, al desarrollo de procesos judiciales, etc.¹⁷¹.

¹⁷¹ Los estudios primeros en la doctrina española sobre *New York Times vs. Sullivan* fueron los de S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, y Pablo SALVADOR CODERCH y otros, *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990. Ulteriormente, también Pablo SALVADOR, *El derecho de la libertad*, CEC, Madrid, 1993. Algunos comentarios de juristas americanos, traducidos al español, son los de O. M. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, y B. NEWBORNE, *El papel de los juristas y el imperio de la ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1994. En Estados Unidos el caso que estudiamos ha generado una gran cantidad de publicaciones. Además de los estudios citados, A. LEWIS,

No me detengo en la exposición de estos desarrollos¹⁷², que no han cambiado la línea jurisprudencial que estableció aquella sentencia.

En la época en que el Tribunal Supremo de Estados Unidos adoptó aquella decisión, los Estados europeos más relevantes estaban, en cuanto a sus concepciones sobre el régimen de la libertad de expresión, en una situación bastante similar a la que la sentencia *New York Times vs. Sullivan* desautorizó para el porvenir. A la postre, el *law of torts* americano era una herencia británica y el Parlamento de la antigua metrópoli no había dado ningún paso para superar esa tradición. Ni los tribunales dejaron de aplicar el *common law* sobre libelo. Incluso, como ya he referido, en el caso de los libelos sediciosos la doctrina venía manteniendo secularmente que no cabe la disculpa ni aun en el caso de que lo publicado fuese verdad.

Esta situación inglesa, como la de toda Europa, ha ido cambiando en el último tercio del siglo xx gracias a la labor de los tribunales internos y, en algunos casos como el británico, debido muy especialmente a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950, que garantiza la libertad de expresión.

Make no law. The Sullivan case and the First Amendment, Random House, New York, 1991.

¹⁷² *Vid.* sobre ello, SMOLLA, *op. cit.*, *in totum*. También D. A. J. RICHARDS, *Tolerance and Constitution*, cit., págs. 188 y sigs.; K. WERHAM, *Freedom of Speech. A reference Guide to the United States Constitution*, Praeger, 2004; T. EASTLAND (ed.), *Freedom of expression in the Supreme Court, the defining cases*, Rowman and Littlefield Publishers Inc., 2000; Th. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970; L. C. BOLLINGER y G. STONE (eds.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, 2002.

España había sido un caso singular durante todos los años que duró el régimen del general Franco. Incluso después de la parcial liberalización que supuso la Ley de Prensa de 1966, la regulación establecida en el Código Penal en materia de injurias, calumnias y desacatos era interpretada por los tribunales con una acusada severidad.

Lo más reseñable de la situación jurídica de la libertad de palabra en nuestro país no es que, durante el franquismo, fuera sometida a una severa opresión, sino que se mantuvo vigente el mismo régimen una decena entera de años después de aprobada la Constitución de 1978 sin que los tribunales cambiaran su jurisprudencia. El artículo 20.1.d) de la Constitución consagró el derecho «a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión», y el apartado 4 marcó, como límites esenciales de dicha libertad, «el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Las Cortes Generales aprobaron con diligencia una ley que concretaba la manera de resolver las colisiones entre la libertad de expresión y aquellos otros derechos (Ley 1/1982, de protección del derecho al honor, la intimidad y familiar y la propia imagen).

Pero ni el Código Penal ni la jurisprudencia que lo siguió aplicando se pusieron al día. Como constaté en un estudio publicado en 1988, hasta aquella fecha el Tribunal Supremo mantenía la siguiente doctrina: la distinción entre personajes públicos y privados, y asuntos públicos y privados, no se utilizaba para ampliar el papel de la libertad de información cuando se refería a personajes y asuntos públicos, sino que existían tipos delictivos agravados en el caso de que una injuria o calumnia

afectase a una autoridad; la *exceptio veritatis* no se podía utilizar cuando la información incurría en errores, por más que pudiera probarse la diligencia del autor de la noticia en la investigación de la verdad; si el escrito que diera lugar a un conflicto procedía de un profesional del periodismo, se presumía su intencionalidad y dolo porque «atendida su condición, no podía atribuirse el abuso a un descuido o negligencia»; no había una distinción clara entre informaciones sobre hechos y opiniones, que quedaban sometidas a idéntico régimen en caso de que lesionaran derechos, etc.¹⁷³.

La nueva etapa de la libertad de información en España tiene una fecha de arranque claramente determinada en la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, con ponencia de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, que estableció una interpretación del artículo 20 de la Constitución utilizando expresamente los criterios que fijó en 1964 la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *New York Times vs. Sullivan*¹⁷⁴ y, en cierta medida, también los que había utilizado, con idéntica influencia americana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Lingens*, de 8 de julio de 1986, a la que enseguida me referiré.

¹⁷³ Remito a los análisis que llevo a cabo en mi libro *Libertad de prensa y procesos por difamación*, cit., que son anteriores por poco tiempo a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988 que se cita inmediatamente en el texto.

¹⁷⁴ El ponente pudo disponer de los textos de dos libros de aparición simultánea aquel año: mi *Libertad de prensa*, cit., y el de Pablo SALVADOR ¿*Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, que contaron con detalle la jurisprudencia americana y propiciaron el traslado de la doctrina *New York Times vs. Sullivan* para interpretar la Constitución.

De la sentencia 6/88, asunto *Crespo Martínez*, derivó una abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que distinguió, a los efectos de la libertad de información, entre información sobre hechos y expresión de opiniones, exigiendo la veracidad solo de la primera; la verdad es un ideal que no siempre puede alcanzarse plenamente, con lo que basta que el informador pruebe que ha tenido toda la diligencia necesaria al investigar, usando fuentes adecuadas y verificando hasta el límite de lo razonable. Acoge la distinción entre personas públicas y privadas, y asuntos públicos y privados, para reconocer distinta relevancia, social y democrática, a la libertad de información en casos relativos a personajes y asuntos públicos, etc. Los más altos tribunales españoles continuarían este trabajo interpretativo desde entonces, hasta formar un cuerpo de doctrina muy abundante, y técnicamente bien construido, que se aplica en la actualidad a todas las manifestaciones de la libertad de expresión e información, cualquiera que sea el medio a través del cual se difunda¹⁷⁵.

En nuestra vecina Francia, también atormentada por los continuos cambios de la legislación, las restricciones a la libertad de expresión y los coyunturales retornos de la censura, que guadianeó en aquel país durante muchos años, la falta de garantías de la libertad de palabra se hizo manifiesta en muchas épocas del siglo xx.

¹⁷⁵ J. MUÑOZ-MACHADO CAÑAS ha sistematizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo concerniente a la generalización de estos principios a las informaciones difundidas desde los medios audiovisuales, en su estudio «Comunicación audiovisual y derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y propia imagen: un estudio de jurisprudencia», publicado en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. V, *Audiovisual*, Iustel, 2011, págs. 573 y sigs.

Referiré como ejemplo, recordando al genial dibujante que ocupó el sillón de la Real Academia Española del que tomaré posesión al terminar este discurso, el caso de las narraciones gráficas, cómics o tebeos (*bandes dessinées* los denominan los franceses).

Estas narraciones ilustradas con dibujos irrumpieron con mucha fuerza en Francia en el siglo xx, y, cuando empezaron a utilizarse en revistas destinadas a menores, diferentes grupos sociales, de ideologías distantes, confluyeron en mostrar su preocupación por la fuerza que podían tener esas publicaciones y el riesgo de adoctrinamiento político que pudiera practicarse a través de ellas. Comunistas y católicos, desde posiciones tan distantes, estuvieron de acuerdo en este problema. Pese a lo cual, todos estos grupos se volcaron inmediatamente al aprovechamiento de dicha herramienta mediática con finalidades educativas. La preocupación no se refería, pues, al uso de las narraciones dibujadas, sino a la incorporación masiva de una gama de cómics que venían de Estados Unidos y usaban técnicas narrativas muy mejoradas (los bocadillos o globos) que empezaban a tener un éxito espectacular y que se temía que tuvieran como consecuencia que la juventud francesa obtuviera una fuerte influencia de la cultura norteamericana.

Durante el Régimen de Vichy se controlaron y suprimieron esos cómics, a los que acusaron de ser portadores de valores judeomasónicos, y se utilizaron, en cambio, las *bandes dessinées* masivamente con claros propósitos propagandísticos y de educación de la juventud en las verdades de aquel Gobierno autoritario.

Cuando terminó la Guerra Mundial, los tebeos de Vichy desaparecieron, pero los grupos comunistas crearon los suyos (*Le Jeune Patriote; Vaillant*), e igual hicieron los católicos (en

Coeurs-Vaillants apareció por primera vez «Tintin»), mientras que, pese a la ayuda norteamericana a la liberación y reconstrucción, se mantenía un firme control sobre la difusión de los cómics de aquella procedencia. Un intelectual reconocido contrario a los cómics fue Jean Paul Sartre, que sostuvo que proporcionaban a la juventud ejemplos nefastos: «un mundo de [...] negros idólatras, donde Tarzán es el rey y donde nada se resiste al poder del Dios blanco». En fin, todas las posiciones confluyeron muy fácilmente para que empezaran a promulgarse normas anticómics, que permitían intromisiones en el control de sus contenidos y difusión, que constituían censuras evidentes además de restricciones a la libertad de empresa¹⁷⁶.

Un buen método para estudiar la situación de la libertad de palabra en los diferentes Estados europeos pasada la mitad del siglo xx es analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se podrá comprobar cómo, partiendo de sistemas jurídicos y regulaciones muy diferentes, las similitudes con el estado de la cuestión en Estados Unidos antes de *New York Times vs. Sullivan* de 1964, y de toda la jurisprudencia que, desde *Abrams* (1919) a *New York Times vs. United States* (1971), se había pronunciado contra la censura, son patentes. Asimismo podrá verificarse la importancia que esta jurisprudencia norteamericana ha tenido en la evolución de las sentencias del Tribunal Europeo (en nuestro ámbito, la sentencia del Tribunal Consti-

¹⁷⁶ Acabó aprobándose la ley número 49-956, de 16 de julio de 1949, sobre publicaciones destinadas a la juventud, que se ha mantenido, con algunas enmiendas, vigente hasta hoy. Una documentada explicación de las prevenciones y la legislación francesa sobre los tebeos, en el estudio de I. FERNÁNDEZ SARASOLA, «Tutela de los menores de edad y libertad de prensa en Francia. El caso de las *bandes dessinées*», en *Cédille, Revista de Estudios Franceses*, n.º 8, abril, 2012.

tucional 6/1988 se refirió expresamente a la sentencia *New York Times vs. Sullivan*).

Durante los primeros años de actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su jurisprudencia fue marcadamente conservadora. Frente a la tendencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, y los comentaristas de sus decisiones, a valorar el papel esencial de la opinión pública, prevenir frente a los abusos del poder público y garantizar la libertad de expresión, aquel tribunal europeo inició su andadura asumiendo las tradiciones de los Estados firmantes del Convenio y expresando en sus sentencias un respeto máximo a los legisladores y los Gobiernos como intérpretes supremos de las necesidades públicas y de los requerimientos del interés general¹⁷⁷.

Pero las decisiones del Tribunal Europeo, al interpretar el artículo 10 del Convenio de 1950, se fueron aproximando progresivamente cada vez más a las soluciones utilizadas por la jurisprudencia norteamericana. Claro es que, en el caso del Tribunal Europeo, el camino seguido para llegar a idénticas soluciones tuvo que pasar por la utilización de los conceptos del mencionado artículo 10 del Convenio, especialmente cuando este se refiere a que las únicas limitaciones legítimas de la libertad son las que impongan las leyes de los Estados miembros y siempre que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Coincidiendo en esta observación, M. REVENGA SÁNCHEZ, *La libertad de expresión y sus límites*, Grijley, pág. 28 y *passim*.

¹⁷⁸ El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece lo siguiente: «*Libertad de expresión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presen-

El Tribunal Europeo ha examinado, en su abundante jurisprudencia sobre libertad de expresión, dichos conceptos interpretándolos: cuándo las condiciones o restricciones pueden considerarse «previstas en las leyes», son «necesarias en una sociedad democrática», resultan proporcionadas para la obtención de los fines perseguidos y se justifican por la presencia de alguno de los valores que el propio artículo 10 enuncia: seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito; protección de la salud o de la moral; protección de la reputación de los derechos ajenos; impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. El Tribunal Europeo reconoce que los legisladores de cada uno de los Estados que han suscrito el Convenio de 1950 cuentan con un amplio margen de apreciación para valorar la concurrencia de los diversos tipos de «necesidades» que pueden justificar restricciones a la libertad de expresión¹⁷⁹.

te artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

¹⁷⁹ Sin perjuicio de la bibliografía más especializada que se cita en notas sucesivas, aproximaciones más generales a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden encontrarse, entre nosotros, en el comentario de Íñigo LAZCANO BROTONS al artículo 10 del Convenio en el libro dirigido por I. LASAGABASTER, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, 2004, págs. 356 y sigs., con una amplia relación

El artículo 10 del Convenio no excluye ninguna medida limitativa si es necesaria para salvaguardar los derechos e intereses que relaciona, por lo que el Tribunal se muestra abierto a aceptar cualquiera, incluida la censura previa, si estuviera justificada. Parte, no obstante, de la presunción de que una intervención preventiva de esta clase es una amenaza para la libertad y resulta, por lo general, inaceptable¹⁸⁰. Con los mismos argumentos, niega habitualmente que sean legítimas medidas consistentes en impedir la actividad de un medio, clausurarlo, embargar publicaciones o programas, etc.¹⁸¹.

El comportamiento de los informadores y de los medios de comunicación es objeto de evaluación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizando criterios muy parecidos a los aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano. Distingue entre informaciones sobre hechos y difusión de opiniones. Exige que unos y otros cuenten con una base fáctica suficientemente contrastada. Estima el valor exonerante de la verdad, aunque resulte difamatoria, y no exige una total exactitud de lo publicado, sino que basta con que el informador y el medio hayan buscado la verdad completa con

bibliográfica que podrá consultarse. Y Rafael BUSTOS, «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en el libro dirigido por Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA, *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPyC, 2.ª ed., 2009, págs. 591 y sigs.

¹⁸⁰ *Gaweda c. Polonia*, de 14 de marzo de 2002. *Observer and Guardian c. Reino Unido*, y *Sunday Times (II) c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991, siguiendo la línea de *Sunday Times I c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979.

¹⁸¹ *Nur Radio re Teleizyon Yayun Cilign A.C. c. Turquía*, de 27 de noviembre de 2007; *Moldovy c. Moldavia*, de 9 de enero de 2007; *Wirtschaft – Trend Zeitschriften Verlagsgesellschaft GMBH c. Austria*, de 27 de octubre de 2005; *Monat c. Suiza*, de 21 de septiembre de 2006.

un comportamiento diligente. Utiliza también la misma separación, que ya hemos hecho notar en la jurisprudencia norteamericana (existente también en la nuestra, desde luego), entre personas públicas y privadas, asuntos públicos y privados, permitiendo una mayor expansión de la libertad de expresión cuando se trata de personas y asuntos públicos¹⁸². Este tipo de distinciones se utiliza tanto para evaluar las informaciones u opiniones que afectan al honor de las personas como las que invaden su intimidad¹⁸³. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo ha delimitado el contenido de la libertad de palabra en términos parecidos a los que ha utilizado el Tribunal Supremo norteamericano desde la segunda mitad del siglo xx, sino que también ha armonizado la significación y los límites de aquella libertad en todos los Estados europeos, que partía de tradiciones distintas y presentaba notables disparidades en cuanto a la posición constitucional reconocida a las libertades de expresión y comunicación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha impuesto a los legisladores y tribunales de los Estados una nueva manera de entender la libertad que corrige, con más o menos intensidad dependiendo de los países, las concepciones tradicionales mantenidas en estos¹⁸⁴.

¹⁸² *Lingens c. Austria*, de 8 de junio de 1986; *Oberschlick c. Austria*, de 23 de mayo de 1991; *Schwabe c. Suiza*, de 28 de agosto de 1992; *Dichad c. Francia*, de 26 de febrero de 2002; *Lindon y otros c. Francia*, de 22 de octubre de 2007; *Brunet-Lecompte y otros c. Francia*, de 9 de enero de 2009; *Fleby c. Francia*, de 11 de mayo de 2010; *Lesquen du Plessis – caso c. Francia*, de 12 de julio de 2012, y *IVPRESS y otras c. Rusia*, de 22 de enero de 2013.

¹⁸³ Por todas, véanse las dos sentencias *Von Hannover c. Alemania*, de 24 de junio de 2004 y 7 de febrero de 2012, respectivamente, con amplios resúmenes de la jurisprudencia precedente.

¹⁸⁴ Correcciones, por lo que se refiere a España, de la jurisprudencia de nuestros tribunales, Tribunal Constitucional incluido, en las sentencias del

Un caso en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la legislación y jurisprudencia establecidas en un Estado firmante del Convenio era incompatible con el artículo 10 fue *Lingens c. Austria*, resuelto por sentencia de 8 de junio de 1986. Sigue siendo el *leader case* en materia de límites a la libertad de información por razón del honor de las personas cuando se trata de personajes públicos que desarrollan una actividad política.

El Tribunal Europeo conoció del recurso planteado por el periodista austríaco P. M. Lingens, que había publicado dos artículos en la revista *Profile* de Viena, en los que relataba las vinculaciones de M. Peter, Presidente del Partido Liberal, con las SS, e informaba del papel que jugó en los procesos seguidos contra miembros de dicha organización nazi. El canciller austríaco, Bruno Kreisky, había mantenido reuniones con Peter en la Cancillería con ocasión de las elecciones de octubre de 1975, e incluso la prensa dijo que trataban de constituir un Gobierno de coalición. Lo cierto, en todo caso, es que Kreisky defendió con empeño a Peter frente a las agresiones de la prensa, que se habían hecho eco también de graves acusaciones difundidas por el famoso cazanazis S. Wiesenthal. El periodista Lingens dijo en sus artículos que la cobertura que estaba ofreciendo Kreisky a un personaje como Peter era no solo «irracional» sino también «inmoral y desprovista de dignidad».

El canciller Kreisky inició una acción penal contra el periodista invocando el artículo 111 del Código Penal austríaco,

Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992; *Gutiérrez Suárez c. España*, de 1 de junio de 2010; *Euskoabertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE – ANV) c. España*, de 7 de diciembre de 2010, y *Otegui Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011.

que sancionaba con penas de pérdida de libertad de seis meses o más, o con una sanción pecuniaria, a quien acusara a otro de tener un «carácter o una disposición de espíritu despreciable o lo declare culpable de una actitud contraria al honor o a las buenas costumbres susceptible por su naturaleza de hacerlo despreciable a los ojos de la opinión pública o de rebajarlo ante ella». Según el artículo 112 del mismo Código, «la prueba de la verdad y la de la buena fe no se admiten sino cuando el autor invoque la exactitud del aserto o su buena fe».

El Tribunal Regional de Viena declaró, en marzo de 1979, a Lingens culpable de difamación por haber utilizado las expresiones «el oportunismo más detestable», «inmoral» y «desprovisto de dignidad». El periodista apeló a los tribunales superiores, que rectificaron parcialmente la condena aunque ratificando lo esencial. Agotadas las instancias judiciales internas, Lingens acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dictó la sentencia que comento.

Recuerda esta la jurisprudencia, todavía poco abundante, que se había ido formando sobre la interpretación del concepto «medidas necesarias en una sociedad democrática». Lingens argüía que, desde luego, no lo son las restricciones que impiden a un periodista criticar a un político. Y la posición final de la sentencia fue la siguiente: la libertad de expresión e información consagradas en el artículo 10.1 del Convenio constituyen «uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno...». Esto vale tanto para la expresión de informaciones o ideas indiferentes o inofensivas como también para aquellas que «*heurtenant, choquant ou inquiétant*». Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los que no existiría la sociedad democrática.

Tomando estos valores como premisa, la respuesta a las pretensiones de Lingens fue positiva en todo: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no aceptó las decisiones de los tribunales austríacos en el sentido de que la misión de la prensa consista solamente en comunicar informaciones, sin interpretarlas, ni formular juicios de valor y opiniones. Sostuvo que la información tiene diferente importancia para una sociedad democrática cuando se refiere a personas y asuntos públicos que cuando concierne a personas y cuestiones privadas. El debate político y la opinión pública necesitan del concurso de los medios de comunicación y, por tanto, «los límites de la crítica admisible son más anchos respecto de un hombre político, considerado en esta cualidad, que de un simple ciudadano: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por la masa de los ciudadanos; debe, en consecuencia, mostrar mayor tolerancia».

Acepta el Tribunal la distinción entre «hechos y juicios de valor» u opiniones, porque «si la materialidad de los primeros (los hechos) se puede probar, los segundos (los juicios de valor) no se prestan a una demostración de su exactitud». No se puede exigir a un informador que pruebe que lo que dice es estrictamente veraz cuando lo que se ha emitido es una opinión, ya que tal prueba «es irrealizable y conlleva un atentado a la libertad de opinión misma...». En consecuencia, también el Tribunal flexibilizó la prueba de la verdad cuando la información versa sobre asuntos políticos, haciendo entrar esta importante matización en los circuitos de la jurisprudencia europea¹⁸⁵.

¹⁸⁵ A la sentencia *Lingens* se refieren todos los estudios citados en la nota 179. Un primer análisis de sus proyecciones sobre España, en mi libro *Libertad de prensa*, cit., págs. 187 y sigs.

La sentencia *Lingens*, además de establecer una doctrina que han repetido luego muchas otras sentencias, es un magnífico exponente de la situación de la libertad de palabra y comunicación en un Estado como Austria, muy distante en 1986 del estándar americano¹⁸⁶.

Pero quizá sea Inglaterra, entre todos los Estados europeos, el mejor ejemplo que puede manejarse para mostrar la envergadura de la uniformización del derecho a la libertad de palabra, que ha tenido lugar como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Del pensamiento político inglés procede la exclusión de la censura previa de cualquier clase de impreso (*supra* capítulo III) y la aceptación, sin embargo, de medidas represivas contra los abusos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión. Las colisiones entre la libertad de palabra y otros derechos personales se han resuelto siempre con cargo a la tradición jurídica del *common law*. En materia de crítica política el derecho tradicional británico construyó la figura del libelo sedicioso que, como ya nos consta, permitía condenar las informaciones de cualquier clase contra el Gobierno y otras instituciones del Estado, aun en el caso de que se probara que su contenido era veraz. Este esquema se trasladó a los Estados Unidos. Sobrevivió en aquella Federación a pesar de la Primera Enmienda, hasta que fue definitivamente desplazado por la sentencia *New York Times vs. Sullivan* de 1964 y su progenie. Esta sentencia fue homologada

¹⁸⁶ El Consejo de Ministros del Consejo de Europa, amparado por la consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aprobó una «Declaración sobre la libertad de discurso político en los medios de comunicación» de fecha 12 de febrero de 2004, con ocasión de la reunión delegada del Consejo de Ministros 872e. Establece criterios sobre la significación de aquella libertad y sus diferentes límites.

en Europa y sus principios acogidos directamente por algunos Estados miembros, como ocurrió en España con la sentencia *Crespo Martínez* dictada por el Tribunal Constitucional en 1988 y ya comentada.

Sus criterios fueron asumidos finalmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de aquí han pasado al derecho inglés que mantenía todavía, al final del siglo xx, muchos de los principios del *common law* que había exportado tres siglos antes a América.

El cierre de este itinerario circular ha tenido dos fases decisivas: en la primera, una serie importantísima de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Handyside vs. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, *Sunday Times vs. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, *Observer and Guardian vs. Reino Unido*, y *Sunday Times [2] vs. Reino Unido*, ambas de 26 de noviembre de 1991) pusieron de manifiesto la incompatibilidad con el artículo 10 del Convenio Europeo de algunas previsiones legales y prácticas judiciales británicas ancladas en el *common law*. La segunda ha consistido en la aprobación por el Parlamento Británico de la *Human Rights Act* de 1998, que incorpora al Reino Unido los derechos garantizados por el Convenio Europeo; decisión histórica y de relevancia constitucional, que ha traído consigo una renovación muy profunda de los derechos fundamentales y, muy particularmente, de la libertad de expresión y comunicación¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Una valoración, antes y después de la *Human Rights Act* de 1998, del régimen de la libertad de palabra, utilizando también criterios comparados con otros países, en E. BARENDT, *Freedom of Speech*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2005, págs. 39 y sigs.

IX. Discursos del odio. Las expresiones mediante símbolos (ss. XX-XXI)

La confluencia de los itinerarios de la libertad de palabra ha llevado a la aceptación universal de una misma concepción de lo que aquella libertad significa para la formación de la opinión pública libre en las sociedades democráticas y para el debate abierto de las ideas. También ha conducido a una comprensión armonizada de los límites que afectan a dicha libertad. Aunque los test que los tribunales aplican para establecer cuándo puede considerarse abusiva la divulgación de una determinada información u opinión no son siempre exactamente coincidentes, sí lo son en gran medida los resultados: la excepcionalidad del *prior restraint*, igualmente de la supresión o secuestro de publicaciones o programas, la uniformidad de criterios para valorar las exigencias de la seguridad pública o de los intereses generales, las técnicas para ponderar los límites de la libertad de comunicación cuando colisiona con otros derechos individuales como el honor o la intimidad, etc., se resuelven por el legislador o los tribunales utilizando soluciones que son intercambiables.

La formación de esa cultura jurídica común respecto de la libertad de palabra ha costado más de dos siglos porque, como hemos puesto de manifiesto a lo largo de esta disertación, el recorrido se inició antes de las primeras declaraciones de derechos, promulgadas en el siglo XVIII.

No tenía ninguna razón Georg Jellinek cuando sostuvo la tesis de que la libertad religiosa, asumida como un derecho esencial por las primeras comunidades de colonos americanos, fue el motor y la justificación del establecimiento de las primeras declaraciones de derechos, contenidas primero en los *Bills of Rights* de los Estados de Norteamérica y exportados más tarde a la gran declaración francesa de 1789. No cabe duda posible de que los conflictos religiosos, que provocaron que algunos influyentes pensadores escribiesen sobre la tolerancia y la libertad de palabra, son movimientos esencialmente europeos. Como lo fue también la reclamación de libertad científica, o la lucha contra los abusos de la justicia penal y de la tortura. Fue una enorme movilización de los espíritus, impulsada sobre todo a partir del siglo XVI y reforzada con el movimiento intelectual y político de la Ilustración, que llevó finalmente a la gran explosión de la libertad en los años que cruzan del siglo XVIII al XIX, con las revoluciones americana y francesa como abanderadas.

Aun así, los itinerarios de la libertad de palabra no se cerraron el día en que las declaraciones de derechos y las constituciones la consagraron definitivamente. Han hecho falta dos siglos más para que se concretara su contenido y se consolidara.

La influencia que Jellinek quiso ver en los *Bills of Rights* americanos sobre la Declaración de Derechos francesa fue, en el momento de su redacción, debilísima. En cambio, ha sido enorme, a finales del siglo XX, el peso que ha ejercido la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en la interpretación de los preceptos de las constituciones europeas en materia de libertad de expresión, así como en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, como ya he dejado probado. Actualmente puede decirse que el Tribunal Supremo norteamer-

ricano y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llevan vidas paralelas y usan criterios coincidentes sobre la protección de la libertad de palabra. Itinerarios que han tenido recorridos tan diversos han confluido en un camino común, en el que están marcados con trazos firmes los límites lícitos de la libertad.

Es característica de las sociedades de nuestro tiempo la ampliación del ámbito de la libertad de palabra y de comunicación, que ha desbordado el cauce de las empresas editoriales, periodísticas o audiovisuales que, hasta el siglo xx, dominaban casi en exclusiva la difusión de informaciones e ideas.

Una de las alternativas a los medios tradicionales es la más antigua y directa forma de ejercicio de la libertad de palabra: utilizar las calles y los espacios públicos. Las calles y las plazas fueron el entorno original de la divulgación de las ideas políticas, religiosas, y también el espacio habitual para el desarrollo de fiestas, espectáculos, representaciones y cualquier otra manifestación cultural. Los lugares públicos y abiertos quedaron desplazados por los papeles, impresos, libros y periódicos; pero han vuelto a reaparecer con fuerza para acoger la libertad de palabra y como alternativa a los medios escritos e incluso audiovisuales.

En cuanto a estos últimos, también Internet está provocando cambios históricos, que resumiré en el capítulo siguiente. En el reencuentro con los espacios públicos para el ejercicio de la libertad de palabra están siendo esenciales las movilizaciones a través de las redes sociales, a efectos de las convocatorias de reuniones y manifestaciones en calles, plazas, parques y otros lugares públicos.

Pues bien, tanto estas formas de ejercicio de la libertad de expresión como la utilización de la palabra en el ciberespacio someten los valores e interpretaciones constitucionales, estable-

cidos a lo largo de siglos para la implantación de la tolerancia y la conquista de la libertad de aquella, a nuevos retos. Me referiré a los que se suscitan en los espacios públicos en este capítulo, y concentraré en el siguiente la argumentación sobre la libertad de palabra en las infovías. Cada medio donde la libertad se ejerce plantea sus propias peculiaridades y reclama respuestas singulares, como podrá concluirse con el análisis de ambas situaciones.

Una de las características de este retorno a la libertad de expresión en los espacios públicos es la utilización de un lenguaje desprovisto de restricciones formales fuertemente crítico, compuesto con palabras duras, expresiones provocativas, adjetivos no convencionales y, a veces, con propuestas violentas que, en conjunto, pueden llegar a generar, en las élites políticas y las clases acomodadas, inquietudes y reacciones distintas de las que genera el lenguaje, habitualmente más recatado que emplean los medios de comunicación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano ha denominado a estas formas de expresión *fighting words*. La sentencia *Chaplinsky vs. New Hampshire*, ya antigua¹⁸⁸, ofreció la siguiente definición: son «aquellas (palabras) que por su sola pronunciación infligen daño o tienden a incitar un inmediato quebrantamiento de la paz». Es claro que lo difícil es identificar qué palabras tienen fuerza bastante como para producir esos efectos. En la sentencia *Cohen vs. California*, de 1971, el juez Harland, actuando como ponente para el Tribunal Supremo, dijo que «lo que para algunos hombres es vulgar, para otros es lírico», y revocó una sentencia de instancia que había condenado a un hombre por llevar ante un tribunal una chaqueta que tenía es-

¹⁸⁸ 315 US 568 (1942).

crita una frase inequívocamente obscena. En dicha sentencia, a la vista de la dificultad de identificar las palabras que la libertad de expresión constitucional no ampara, refirió la exclusión solo a las *fighting words* que tuviesen un destinatario concreto.

Lo cual no quiere decir, sin embargo, que no sigan considerándose inadmisibles, por no tener amparo en la Primera Enmienda, los discursos callejeros que afectan a colectivos de personas caracterizados por su raza, religión, procedencia nacional, etc.

Tanto en la jurisprudencia norteamericana como en la europea ese tipo de usos de la libertad de palabra se denominan «discursos del odio» (*hate speech*). En Estados Unidos hay algunos ejemplos muy importantes de este reverdecimiento de la intolerancia. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de discernir cuándo los discursos del odio son inaceptables, bien se dirijan a una persona concreta, bien afecten a un grupo. Por ejemplo, la sentencia *Beauharnais vs. Illinois*¹⁸⁹ consideró adecuados a la Constitución el arresto y condena de un individuo, presidente de la Liga Blanca de Chicago, por distribuir panfletos racistas contra los negros, vulnerando así una ley que incluía entre los libelos punibles las ofensas a una raza o grupo¹⁹⁰.

Pero ningún caso ha dado más motivos de reflexión a los juristas norteamericanos que *Skokie*¹⁹¹. El asunto se inició en

¹⁸⁹ 343 US 250 (1952).

¹⁹⁰ Esta jurisprudencia viene de la sentencia *Chaplinsky vs. New Hampshire* de 1942, a la que he hecho referencia más atrás, y es un ejemplo de la pervivencia de la doctrina del simple libelo, que fue revisada por la sentencia *New York Times vs. Sullivan*, también comentada ya.

¹⁹¹ Del caso se ocupó enseguida L. H. TRIBE, *Constitutional Choices*, Cambridge, Massachusetts, 1985; en particular, el trabajo titulado «Speech as Power: of Swastikas, Spending, and the Mask of “Neutral Principles”», especialmente las págs. 219 y 220. Se refiere también a esta sentencia todo el im-

1977. F. Collins, que era el líder del Partido Nacional Socialista de América (agrupación de Chicago) pidió permiso para marchar con miembros de su partido por las calles de Skokie, un pueblo mayoritariamente habitado por judíos, entre los que existían grupos que vivieron los horrores de los campos de concentración nazis. La marcha se haría a media tarde, duraría hora y media, y los participantes vestirían un uniforme nazi, que Collins describió en la solicitud de autorización con detalle: «Vestiremos camisas con corbata marrón oscuro, una esvástica, alfiler de corbata, chaquetón de cuero, cinturón negro con hebilla, pantalones marrones oscuros, botas negras, casco o gorra, dependiendo de la situación, una banda en el brazo izquierdo con esvástica y una pegatina en el derecho con la bandera norteamericana». Nada más recibir la petición, el Gobierno local produjo tres ordenanzas que establecían cortapisas para que pudieran celebrarse manifestaciones como la solicitada. Exigían la suscripción de costosas pólizas de seguros y se imponían límites a los actos públicos que invitaran a la violencia, la depravación o el odio por razones religiosas, étnicas o similares. La UCLA, unión para la defensa de las libertades civiles en América, siempre muy activa, impugnó esas ordenanzas por considerarlas contrarias a la Primera Enmienda, y los tribunales aceptaron la inconstitucionalidad de algunos de sus aspectos como la necesidad de contratar seguros o la prohibición de uniformes. El asunto llegó al Tribunal Supremo, que no aceptó pronunciarse sobre el problema.

portante estudio de L. C. BOLLINGER, *The Tolerant Society (Freedom of Speech and extremist Speech in America)*, Nueva York, 1986. Me referí a Skokie en mi libro *Libertad de prensa*, cit., págs. 143 y sigs. Recientemente, también Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 197 y sigs.

La doctrina norteamericana, requerida de dar explicaciones jurídicas a un asunto como el de *Skokie*, fue bastante coincidente en señalar que no era difícil de resolver aplicando test convencionales. La justificación de que una manifestación como la descrita pudiera considerarse contraria a la Primera Enmienda radica en que esa norma se apoya en la tolerancia como uno de los valores esenciales que han de tenerse en cuenta al aplicarla¹⁹².

El límite de la tolerancia son los daños y las conductas delictivas. El Tribunal Supremo, que no admitió a trámite el caso *Skokie*, se enfrentó con algunas de las cuestiones que este había dejado pendientes en la sentencia *R. A. V. vs. St. Paul Minnesota*¹⁹³. Se trataba de resolver sobre la compatibilidad con la Primera Enmienda de las leyes de los Estados que criminalizaban el odio racial. Varios adolescentes habían sido sancionados en aplicación de una ordenanza que prohibía colocar símbolos en propiedades, públicas o privadas, que pudieran resultar agresivos desde el punto de vista de la raza, la religión o el sexo. Los jóvenes habían quemado una cruz, a media noche, en el jardín de la única familia negra que vivía en el barrio. El juez Scalia, que fue ponente, sostuvo que la Primera Enmienda permitía restricciones basadas en los contenidos de ciertas categorías de discursos, como el libelo, la obscenidad o las *fighting words*. Pero la limitación establecida concretamente por la ordenanza de St. Paul no era correcta, ya que, aplicando el test del estricto escrutinio (*strict scrutiny*), podía probarse que existían medidas alterna-

¹⁹² Desde esa perspectiva, BOLLINGER, cit., *in totum*. También interpretando el alcance de la libertad de expresión de acuerdo con el valor de tolerancia, David A. J. RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, 1986.

¹⁹³ 501 US 377 (1992).

tivas menos restrictivas de la libertad, aplicables para alcanzar idénticos objetivos.

Tampoco el acto de quema de una cruz se ha considerado por el Tribunal una forma de expresión prohibida. Depende de las circunstancias. Por ejemplo, no puede considerarse siempre que constituya un acto de intimidación (STS *Virginia vs. Black*, de 2003). Un test esencial para valorar la compatibilidad o no de este acto con la Primera Enmienda es el que fijó la sentencia del Tribunal Supremo *Brandenburg vs. Ohio*, de 1969¹⁹⁴: un líder del Ku Klux Klan pronunció, ante una cruz ardiendo, un discurso en el que anunciaba la venganza contra el presidente, el Congreso y el Tribunal Supremo de Estados Unidos si «continúan suprimiendo la raza blanca caucásica». Manifestó que los negros tenían que volver a África y los judíos a Israel. El mitin tuvo cobertura en la televisión local. El líder Brandenburg fue apresado por promover disturbios raciales y se le condenó en aplicación de la Ley de Asociación Criminal de Ohio. El Tribunal Supremo, cuando conoció el asunto, anuló la condena y la ley en que se apoyaba, y cambió la jurisprudencia que el propio Tribunal había establecido en la sentencia *Whitney vs. California* de 1927, que revocó expresamente. Estableció a cambio que la mera defensa de una acción violenta o ilegal está protegida por la Primera Enmienda. Solo es ilegítima si la acción está dirigida a «incitar o producir una inminente acción ilegal y cuando es

¹⁹⁴ 395 US 444 (1969). Algunos estudios sobre el discurso racista y antisemita, en los trabajos de Andrew ALTMAN, «Freedom of Expression and Human Rights Law. The Case of Holocaust Denial», y de Mary Kate MCGOWAN, «On *whites only* signs and racist hate speech: verbal act of racial discrimination», entre otros, en el libro editado por I. MAITRA y M. K. MCGOWAN, *Speech & Harm. Controversies Over Free Speech*, Oxford University Press, 2012.

probable que incite o produzca tal acción». Es decir que distinga entre la incitación abstracta, que siempre conlleva la exposición de ideas políticas radicales, y la incitación concreta. La ilegitimidad se vincula a la inminencia y a la probabilidad, además de la ejecución de la acción. En este sentido, la sentencia se sitúa próxima al test del *clear and present danger*, que habían utilizado en sus votos particulares, a partir de la sentencia *Abrams* de 1919, los jueces del Tribunal Supremo Holmes y Brandeis.

Supuestos de discursos provocadores y violentos pero amparados en la Primera Enmienda fueron los enjuiciados en las sentencias del Tribunal Supremo *Watts vs. United States*, de 1969¹⁹⁵, y *Ranking vs. McPherson*, de 1987¹⁹⁶. En la primera se revocó la condena contra un individuo que, en una manifestación contra la guerra de Vietnam, había pronunciado palabras amenazadoras contra el presidente Johnson, considerando que la expresión había que situarla en el contexto y calificarla como un discurso político y no como una amenaza real. En la segunda anuló una sentencia que condenaba a un individuo por desear la muerte al presidente Reagan: no consideró que fuera una amenaza que pudiera realizarse con una mínima probabilidad, por lo que la calificó de discurso político protegido por la Primera Enmienda.

Las expresiones que incitan al odio racial o al antisemitismo tienen, sin embargo, un margen mucho menor de tolerancia en Europa, por razones históricas (el holocausto judío) y actuales (la inmigración masiva de personas de otras razas y religiones). El Consejo de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 30 de octubre de 1997 una recomendación concerniente a los «discursos del odio» con el propósito de fomentar la acción de los

¹⁹⁵ 394 US 705 (1969).

¹⁹⁶ 438 US 378 (1987).

Gobiernos contra toda clase de discursos que «propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio fundadas en la intolerancia, comprendida la intolerancia que se expresa bajo forma de nacionalismo agresivo y de etnocentrismo, de discriminación, de hostilidad frente a las minorías, los inmigrantes y las personas procedentes de la inmigración».

En general, las democracias europeas se han mostrado beligerantes frente a ese tipo de actitudes, situándose bastante lejos de la neutralidad que, hasta recientemente, ha tratado de mantener Estados Unidos¹⁹⁷. Muchos Estados europeos han incluido en sus códigos penales la negación del holocausto como delito. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que esta clase de actitudes extralimita la libertad de expresión protegida por el Convenio. Utiliza su artículo 17, que prohíbe el abuso de los derechos que en él se consagran¹⁹⁸. Una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de junio de 2003, en el caso *Garaudy vs. Francia*, consideró que *denying crimes against humanity is therefore one of most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them*¹⁹⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha aceptado como legítimo que un ciudadano británico colocara en

¹⁹⁷ Vid. el comentario de Owen FISS sobre la sentencia *Holder vs. The Humanitarian Law Project*, 130 S.C.t. 2705 (2010) en «El mundo en que vivimos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (en prensa). Entre nosotros ha analizado también esta sentencia Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, cit., págs. 207 y sigs.

¹⁹⁸ Ha prestado especial atención a la importante utilización de este precepto M. REVENGA, *La libertad de expresión y sus límites*, cit., págs. 128 y sigs.

¹⁹⁹ Sobre este asunto, Mariangela RIPOLLI, «Ancora sull negazionismo. Garaudy letto sul serio», en *Ragion Pratica*, n.º 12, 1999.

la ventana de su casa un cartel en el que podía leerse *Islam outside of England, we protect the British people*, al lado de una fotografía de las *Twin Towers* ardiendo. Esta manifestación supone una criminalización de todos los pueblos islámicos, que resulta inaceptable²⁰⁰.

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional existen algunos pronunciamientos relevantes sobre «discursos del odio».

Al primero dio ocasión un recurso de amparo planteado por la señora Friedman, que había sufrido como judía los horrores de Auschwitz donde había muerto toda su familia, dirigido contra una declaración de Léon Degrelle a la revista *Tiempo*. Degrelle había sido miembro de las SS en Bélgica y negaba la existencia de cámaras de gas y hornos crematorios, elogiaba a Hitler por sus virtudes como líder y gobernante. Las ofensas no afectaban individualmente a la señora Friedman sino al pueblo judío del que formaba parte. El Tribunal Constitucional amparó a la recurrente sosteniendo que las afirmaciones de Degrelle no se acomodaban ni a la libertad ideológica ni a la libertad de expresión que proclamaban, respectivamente, los artículos 16 y 20 de la Constitución²⁰¹.

²⁰⁰ Analiza jurisprudencia en materia de *hate speech*, en el Reino Unido principalmente, en términos comparados con Francia, Alemania y Estados Unidos, entre otros países, Eric BARENDT, *Freedom of Speech*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2005. Un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y otros tribunales norteamericanos, agrupada bajo el concepto «Speech in Public Places», que comprende muy variados supuestos, en el Tratado de N. REDLICH, J. ATTANASIO y J. K. GOLDSTEIN, *Understanding Constitutional Law*, Lexis Nexis, 3.ª ed., 2005, y S. L. EMANUEL, *Constitutional Law*, Wolters Kluwer, New York, 2007.

²⁰¹ El Tribunal Constitucional apreció que la protección constitucional del honor y del valor de la dignidad frente a la libertad de expresión compren-

Antes de esa ocasión el TC había denegado amparo a los autores de un cómic condenados por las referencias que en él se hacían a los campos de concentración, ensalzando a los torturadores y mofándose de las víctimas. Además de los límites de la libertad de expresión en el artículo 20 CE, consideró el Tribunal que era aplicable también, como límite, la evidente ofensa a la dignidad humana que la información contenía²⁰².

Una ocasión importante para considerar los límites constitucionales de los discursos del odio fue el intento de regulación, en nuestro Código Penal, de la negación del holocausto como delito. El Tribunal Constitucional anuló parcialmente un nuevo precepto del Código Penal (607) considerando que la mera negación supone la expresión de ideas y opiniones que han de considerarse constitucionalmente protegidas. El límite debe situarse en la lesión efectiva de otros derechos o bienes constitucionales. En consecuencia, no tienen cobertura en la libertad de

de no solo al individuo concreto, sino a todo el pueblo o etnia ofendido. Dijo al respecto: «Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social».

²⁰² STC 176/1985, de 11 de noviembre. Negó que la libertad de expresión del artículo 20.1 pudiera amparar a los autores del indicado cómic: «El reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales, y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, cuando ello supone una humillación de sus víctimas».

expresión las fases ultrajantes, ofensivas o que violen valores superiores como la dignidad humana o la igualdad²⁰³.

La apología del terrorismo está considerada como delito en todos los ordenamientos. Es una conducta que queda fuera del ámbito protegido de la libertad de expresión. En los Estados Unidos la regulación de este problema se ha llevado a cabo tradicionalmente en el marco de la legislación sobre sedición o similares, desde que se aprobó la *Sedition Act* de 1798. El Tribunal Supremo ha ajustado su doctrina en el sentido que ya he indicado, para fijarla definitivamente en la sentencia *Brandenburg*, en la que se distingue entre las amenazas directas y efectivas y los discursos políticos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido de algunos casos concernientes a Turquía²⁰⁴, pero todos ellos se

²⁰³ Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

²⁰⁴ Sentencias *Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997; *Süreke c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, y *Oztürk c. Turquía*, de 28 de septiembre de 1999. En los tres casos la valoración que utiliza el Tribunal considera la posibilidad de que el discurso genere violencia: a) en *Zana vs. Turquía* estimó que la condena a un antiguo alcalde por declaraciones en un periódico turco nacional defendiendo al PKK, al que denomina «Movimiento de Liberación Nacional», considerando la tensión existente en la región, la difusión del mensaje en un periódico de tirada nacional y la gran repercusión de sus palabras, que la probabilidad del daño era evidente. b) En *Züreke vs. Turquía*, que no había vulneración del artículo 10 del Convenio por haber condenado a una revista turca por la difusión de propaganda perjudicial para el Estado, considerando los términos empleados y la incitación que de ellos resultaba. Y c) en *Oztürk vs. Turquía* apreció, en cambio, que se había vulnerado el artículo 10 del Convenio por la confiscación de un libro sobre la vida y muerte de un líder de extrema izquierda considerado terrorista por el Gobierno. Las palabras usadas en el libro no pueden ser consideradas como una incitación al uso de la violencia, como pretendía el Gobierno (el test es parangonable con el utilizado en la sentencia *Brandenburg* del Tribunal Supre-

refieren a apología del terrorismo utilizando medios escritos de comunicación y no el tipo de discursos callejeros a que ahora me estoy refiriendo. No obstante lo cual, se manejan en estas sentencias criterios valorativos útiles para establecer los límites de los discursos callejeros del odio. Condena, por ejemplo, expresiones que puedan considerarse «una apelación a la venganza sangrienta ya que despiertan instintos primarios y refuerzan prejuicios...». Valora en qué medida una declaración es «susceptible de favorecer la violencia en la región insuflando su odio profundo e irracional contra los que eran presentados como responsables de las atrocidades que se alegaban». También alude la misma jurisprudencia a discursos que apoyan el terrorismo en Francia (por ejemplo, *Leroy c. Francia*²⁰⁵, de 2006) y en España (asuntos *Castells*, de 1992; *A.N.V.*, de 2010 y *Otegui*, de 2011)²⁰⁶.

La expresión simbólica en los espacios públicos puede ser el soporte de opiniones políticas, religiosas o culturales muy

mo norteamericano, que ya he referido, sobre la posibilidad de que el discurso produzca efectos inmediatos).

²⁰⁵ *Leroy c. Francia*, de 2 de octubre de 2008, se refiere a la condena por apología del terrorismo al dibujante que insertó en el semanario *Ekaiza* una viñeta alegrándose del atentado contra las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001. El Tribunal resuelve que no hubo vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²⁰⁶ *Otegui Mondragón c. España* es de 15 de marzo de 2011. Se refiere a una condena por injurias graves al Rey, considerando el demandante que la sentencia vulnera el artículo 10 del Convenio. El Tribunal Europeo estima sus pretensiones. *Acción Nacionalista Vasca c. España*, de 7 de diciembre de 2010, resuelve un recurso sobre privación del derecho a presentar candidaturas electorales reconocido en el artículo 3 del Protocolo I del Convenio; el Tribunal considera que no ha habido violación ni de ese precepto ni de los artículos 10 y 11 del Convenio. *Castells c. España* es de 23 de abril de 1992, y se refiere a la vulneración del artículo 10.

diversas. Del primer tipo, además de las que ya han sido referidas, es la quema de banderas nacionales. En Estados Unidos, donde ese símbolo cuenta con una altísima valoración, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la compatibilidad con la Primera Enmienda del acto simbólico de quemar la bandera.

El Tribunal Supremo tuvo oportunidad de abordar la cuestión en la sentencia *Texas vs. Johnson*, de 1989²⁰⁷. Gregor Johnson quemó una bandera en el curso de una manifestación, en 1984. Fue arrestado y condenado a un año de prisión y multa de dos mil dólares. El Tribunal de Apelación de Texas anuló la condena y el Tribunal Supremo ratificó esta decisión. Brennan, que escribió la sentencia para el Tribunal Supremo, dijo que no se había quebrantado la paz con dicho acto, y afirmó que «si hay un principio básico subyacente a la Primera Enmienda, es que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad la encuentre en sí misma ofensiva o desagradable».

United States vs. Eichman de 1990²⁰⁸ reiteró este mismo punto de vista. El Tribunal Supremo anuló en este caso una ley federal dictada como consecuencia del debate que ocasionó la sentencia *Texas vs. Johnson* antes referida (*Flag Protection Act*, de 1989). Condenar a penas de prisión por quemar una bandera, sostuvo, debilita la libertad que la bandera representa.

²⁰⁷ 941 US 397 (1989). Hay un precedente en el que la cuestión se aborda indirectamente con ocasión de un delito, en *Street vs. New York*, de 1969. La sentencia *Stromberg vs. California*, de 1931, reconoció por primera vez que el discurso simbólico (es decir la libertad de expresión a través de símbolos y no de palabras) también estaba protegido por la Primera Enmienda.

²⁰⁸ 396 US 310 (1990).

En España²⁰⁹, en cambio, quemar la bandera nacional es un delito de ultraje tipificado en el Código Penal, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en duda por el Tribunal Constitucional (SSTC 15/1993, de 18 de enero, y 63/1993, de 1 de marzo).

Los problemas de tolerancia en relación con la expresión simbólica de convicciones ideológicas o religiosas se han multiplicado en los últimos lustros en Europa. La uniformidad religiosa europea ha sido muy característica durante los últimos siglos, con preeminencia absoluta de las Iglesias de raíz cristiana. Pero la situación ha cambiado por la recepción de muchos inmigrantes de religión musulmana o la presión de grupos ateos, agnósticos o laicos militantes, que han reclamado el mantenimiento de la estricta separación entre la Iglesia y el Estado y la neutralidad perfecta de las instituciones públicas.

En Estados Unidos, aunque han contado desde su origen con mayor diversidad, aparecieron tempranamente supuestos de utilización de los lugares públicos para expresar ideas religiosas que, para la mentalidad europea, no dejan de ser pintorescos. En los casos *Cantwell vs. Connecticut*, de 1940 y *Cox vs. New Hampshire*, de 1941, el Tribunal Supremo se enfrentó con dos supuestos de acciones de los testigos de Jehová en las calles y plazas públicas. En el primero se trataba de instalaciones callejeras donde se reproducía música grabada para atraer a los viandantes y solicitarles contribuciones económicas. Fueron retirados los artefactos y sancionados los que los habían establecido porque no se había pedido la licencia necesaria para pedir limosna en la calle, según una ley del Estado. El Tribunal

²⁰⁹ Entre nosotros, sobre la quema de banderas americanas y algún caso español, un primer análisis fue el de P. SALVADOR CODERCH, *El derecho de la libertad*, CEC, Madrid, 1993, págs. 14 y sigs.

Supremo, sin embargo, anuló esa sanción porque las potestades que la ley otorgaba a las autoridades administrativas eran demasiado incondicionadas (*unfettered discretion*) para restringir la libertad de expresión. En *Cox*, sin embargo, el Tribunal consideró que someter a autorización los desfiles religiosos callejeros, aunque se celebraran en silencio y portando signos propios de la Iglesia correspondiente, quedaba dentro de lo permitido por la Primera Enmienda²¹⁰.

Pero, como se ha dicho, en Europa los conflictos por el uso de símbolos religiosos han ido en aumento desde los últimos años del siglo xx. El espacio público más controvertido ha sido con seguridad la escuela. Son muy expresivos los diferentes conflictos planteados en Turquía debidos a decisiones del Estado para imponer el principio de laicidad, que es un valor consagrado en el artículo 2 de la Constitución y considerado esencial, hasta el punto de que está protegido por una cláusula de irreformabilidad para hacerlo intangible.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido habitualmente muy deferente con las decisiones adoptadas por el Gobierno turco y las resoluciones de los tribunales de Turquía que han considerado que las restricciones a la utilización de signos externos demostrativos de la profesión de fe islámica de su portador son contrarias a la regla de laicidad del Estado. Los ejemplos son muy abundantes. En las sentencias *Karaduman c. Turquía* y *Buluc c. Turquía*, de 9 de marzo de 1993, el Tribu-

²¹⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en lo que afecta a la libertad de expresión religiosa, mediante palabras o a través de símbolos, entre nosotros en el libro de José Ignacio RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE. UU. durante la Corte Tebnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Canónica, Instituto Martín de Azpilicueta, Eunsa, Pamplona, 2006.

nal aceptó la conformidad con el Convenio de la negativa de las autoridades turcas a entregar documentos oficiales (títulos académicos) en casos en que los interesados no se avinieron a aportar una fotografía en la que aparecieran con la cabeza sin cubrir con el pañuelo islámico. La sentencia más caracterizada es *Leyla Sahim c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, convertida en un caso líder. Se refiere a las reclamaciones de una joven estudiante turca que no quiso cumplir la normativa que prohibía el uso del pañuelo. Cuando agotó las vías judiciales internas, todas contrarias a sus pretensiones, acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se pronunció a favor de las decisiones del Estado turco. Consideró que los Estados tienen, en estos asuntos, un gran margen de apreciación para valorar qué medidas son más adecuadas para ponderar los intereses religiosos y generales en conflicto. Las prohibiciones del uso de los símbolos religiosos, sostuvo la sentencia, tienen por objeto crear un clima de tolerancia y evitar presión social sobre los estudiantes que no quieran llevar velo. Es decir, según esta doctrina, la intolerancia perniciososa radica en quien usa el velo y no en quien lo prohíbe²¹¹.

²¹¹ Una aplicación aún más radical de esta jurisprudencia, en la sentencia *Köse y otros c. Turquía*, de 24 de enero de 2006. Una amplia exposición de la jurisprudencia en materia de libertad religiosa y símbolos podrá encontrarse en los siguientes estudios: en primer lugar, el muy importante y completo de R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2.^a ed., 2012. También Zoila COMBALÍA, «Relación entre laicidad del Estado y libertad religiosa: a propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en el libro colectivo coordinado por Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, Silvia MESA-GUER VELASCO y Rafael PALOMINO VELASCO, *Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Navarro Valls*, vol. I, Iustel, Madrid, 2013, págs. 501 y sigs. Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, «Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección de la libertad religiosa por la juris-

En Francia también se han producido conflictos que han terminado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La tensión creciente en la sociedad francesa por el incremento de la población musulmana, la práctica de su religión y la utilización de los símbolos correspondientes determinó que el ministro de Educación solicitara del Consejo de Estado un informe sobre las exigencias de la laicidad en la enseñanza. El dictamen fue emitido el 27 de noviembre de 1989. El Consejo vinculó el uso de símbolos religiosos por los alumnos a la «libertad de expresión y de creencias religiosas», y estimó que se trataba de una práctica no contraria al principio de laicidad. Sin embargo, consideró que el límite estaba en que aquellas libertades «no podían permitir a los alumnos enarbolar signos que, por su naturaleza, por el modo de llevarlos o por su carácter restrictivo o reivindicativo, constituyeran un acto de presión, provocación, proselitismo o propaganda que atentara contra la libertad de otros miembros de la comunidad educativa, comprometiera su salud o su seguridad, perturbara el desarrollo de las actividades de la enseñanza y la función educativa de los docentes, o que, en fin, perturbara el orden en el establecimiento o el funcionamiento normal del servicio público»²¹².

prudencia de Estrasburgo», en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN y otros, cit., págs. 275 y sigs. Y M.^a José PAREJO GUZMÁN, «Símbolos religiosos y pluralismo», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN y otros cit., vol. I, págs. 339 y sigs.

²¹² D. KESSLER, «Neutralité de l'enseignement public et liberté d'opinion des élèves (à propos du port de signes distinctifs d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires)», en *Revue Française de Droit Administratif*, 1993, págs. 112 y sigs.; P. SABOURIN, «L'affaire du foulard islamique», en *Revue de Droit Public*, 1993, págs. 220 y sigs.; P. TEDESCHI, «Le port du voile islamique comme signe distinctif par des élèves à l'intérieur d'un établissement d'enseignement public», en *La Semaine Juridique*, n.º 67, 1993, págs. 61 y sigs.

Sin perjuicio de que los establecimientos educativos fijaran normas internas respecto de lo anterior, también el ministerio emitió instrucciones contrarias a la proliferación de vestimentas que mostraran ostensiblemente la religión que profesaba el alumno. Y, desde luego, quedó prohibida cualquier forma de proselitismo. Todo lo cual no debía interpretarse, según dijo el propio Consejo de Estado en una ulterior resolución de 2 de noviembre de 1992, como una prohibición absoluta de llevar signos que revelaran la orientación religiosa o política, porque ello sería contrario a los derechos de los alumnos.

Sin embargo, el propio Consejo ha estimado legítima la expulsión de alumnas porque no aceptaban retirarse el velo en las clases de educación física²¹³.

Los debates sobre el problema continuaron vivamente en Francia en los años siguientes. El presidente Chirac nombró una «Comisión de reflexión sobre la aplicación del principio de laicidad en la República» (Comisión Stasi)²¹⁴, que entregó su informe el 11 de diciembre de 2003. Sus recomendaciones dieron lugar a la aprobación, en 2004, de una ley sobre símbolos religiosos en la escuela que introducía una modificación en el Có-

²¹³ Entre otros, *arrêts* del Consejo de Estado de 15 de enero de 1997 y 20 de octubre de 1999. *Vid.* sobre esta polémica D. LE TOURNEAU, «La laïcité à l'épreuve de l'Islam: le cas du port du "foulard islamique" dans l'école publique en France», en *RGD*, n.º 28, 1997, págs. 275-306. También el estudio de S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Pamplona, 2005; y el trabajo de T. PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Pamplona, 2010.

²¹⁴ Sobre la Comisión Stasi y su entorno, *vid.* S. CAÑAMARES ARRIBAS, «El empleo de simbología religiosa en Francia. Las propuestas de la Comisión para la reflexión sobre la aplicación del principio de laicidad», en *ADEE*, n.º 22, 2006, págs. 249-343, así como el volumen colectivo, *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi* (ed. por I. Lasagabaster), Navarra, 2005.

digo de Educación (artículo L-145-5) que añadía el siguiente párrafo: «En las escuelas, colegios y liceos públicos, queda prohibido llevar signos o prendas mediante las cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente su pertenencia religiosa».

Antes y después de la Ley de 2004 se han producido en Francia diversas expulsiones de colegios, unas veces por razones de seguridad e higiene, y otras por aplicación estricta de las determinaciones de la citada ley, todas concernientes a mandatos de retirada de prendas consideradas obligatorias por la religión de la portadora. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aceptado la proporcionalidad de la medida, y también que la tensión y la intolerancia procede más bien de quien impone el uso de esos hábitos que de quien los prohíbe²¹⁵.

Un caso inglés resonante es *Shabina Begum*, resuelto aplicando la doctrina que estableció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Leyla Sabin*. Había nacido aquella en Inglaterra, aunque en el seno de una familia originaria de Bangladés. Cuando llegó a la pubertad empezó a usar *jilbab* (una prenda que cubre todo el cuerpo, salvo la cara y las manos) y fue al colegio con esa vestimenta. El centro educativo era un colegio establecido en una zona con fuerte presencia de población musulmana y de otras religiones, que tenía implantada una política de integración muy tolerante que permitía satisfacer razonablemente las exigencias religiosas de todas ellas. En particular, las jóvenes musulmanas vestían un *shalwar Kameeze*, que se compone de pantalón y una larga blusa que llega hasta la pantorrilla. A Shabina Begum también le pareció indecoroso. Recurrió a todas las instancias judiciales británicas, hasta llegar a

²¹⁵ *Dogro y Kervanci*, antes de la ley; y *Aktas c. Francia*, *Bayrat c. Francia*, *Gamaleddyn c. Francia*, *Ghadal c. Francia* de 30 de junio de 2009.

la House of Lords, que resolvió en 2006. Ningún tribunal amparó a la interesada. La mayor parte de los jueces británicos había hecho notar que podía haberse inscrito en otros colegios de la zona en los que era posible la utilización del *jilbab*²¹⁶.

En Alemania el caso que provocó más comentarios fue *Ludin*, resuelto por una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 3 de junio de 2003. El conflicto lo había generado una musulmana nacida en Afganistán pero residente en Alemania, que había superado las pruebas para ser profesora en un colegio, y que fue declarada inhábil por las autoridades del *land* del que dependía dicho colegio debido a su empeño en portar *hiyab* en el trabajo, y a pesar también de que había prometido formalmente no hacer proselitismo. El Tribunal Constitucional Federal, por escasa mayoría, dio la razón a la recurrente. En la motivación señaló que la libertad religiosa se extiende al acceso y ejercicio de los cargos públicos, y que solo puede ser limitada basándose en otros valores reconocidos en la Constitución y concretados

²¹⁶ *Shabina Begum vs. Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15, (2006) 23 BHRC 276. J. GARCÍA OLIVA, «La cuestión de la simbología religiosa en el Reino Unido», en *RGDCDEE*, n.º 15, 2007, págs. 1-14. A. GARCÍA URETA, «El velo islámico ante los tribunales británicos. Comentario a *The Queen on the application of SB vs. Headteacher and Governors of Denbigh High School*, Sentencia de la Court of Appeal (civil division), de 2 de marzo de 2005», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 666, 2005, págs. 5 y sigs. Para la sentencia *Leyla Sahin c. Turquía* de 10 de noviembre de 2005, *vid.* S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Pamplona, 2005, págs. 179 y 180; E. RELAÑO y A. GARAY, «Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía», en *RGDCDEE*, n.º 12, 2006, págs. 1-32; Y. CACHO SÁNCHEZ, «La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, *Leyla Sahin c. Turquía*», en *RGDE*, n.º 9, 2006, págs. 1-35.

en leyes. En el caso no había ninguna ley que predeterminara la sumisión del acceso al cargo a la aceptación de las indicadas limitaciones de la libertad religiosa.

A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, bastantes *länder* dictaron leyes que comprendían restricciones en el uso de prendas religiosas en las tareas docentes. En las decisiones del Tribunal Constitucional alemán, como en las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se nota fácilmente una manifiesta falta de puesta al día de los textos que son su referencia necesaria para resolver (la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y el Convenio Europeo de 1950). Cuando aquellas normas se dictaron, la cultura europea era más monolíticamente judeocristiana. Era del todo improbable que pudiera plantearse si era legítimo impartir clases con hábito de monja de cualquier orden religiosa. Desde finales del siglo xx, sin embargo, se han planteado recursos en estos casos por vulneración del principio de igualdad²¹⁷.

Sobre la aplicación del principio de igualdad a la prohibición de símbolos religiosos, la sentencia *Nichols* de 2003, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, resolvió que una ley de Pennsylvania, en la que se apoyó un colegio para prohibir que una profesora pudiese llevar una pequeña cruz colgada al cuello, debía considerarse inconstitucional por discriminatoria, porque no prohibía también otros símbolos no religiosos que, sin embargo, transmitían mensajes ideológicos claros.

²¹⁷ Algunas referencias a la jurisprudencia alemana en M. ROCA, «La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuesta para el derecho español», en *ADEE*, n.º 23, 2007, págs. 257-291; G. MORENO BOTELLA, «Libertad religiosa y neutralidad escolar: a propósito del crucifijo y de otros símbolos de carácter confesional», en *REDC*, n.º 58, 2001, págs. 185-196.

El uso de indumentaria religiosa en espacios públicos, como manera de expresión simbólica de las ideas, ha planteado conflictos reiterados que han tenido acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En los casos *Kavakci, Ilicak y Siley*, todos de 5 de abril de 2007 y contra Turquía, se había acusado a las interesadas de vulneración del principio de laicidad por ir a tomar posesión como parlamentarias con velo, o por haber hecho manifestaciones antilaicas en un libro. En todos los casos el Tribunal dio la razón a los sancionados²¹⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto reiteradamente que el uso de prendas religiosas no puede superponerse a la legislación en materia de seguridad. De esta manera ha considerado que las autoridades francesas actuaron correctamente cuando obligaron a un adepto a la religión sij a quitarse el turbante en el control de seguridad de un aeropuerto²¹⁹; o a un camionero sij para que saliera en la foto que había de entregar, para obtener un duplicado del carné de conducir, con la cabeza descubierta²²⁰.

²¹⁸ Una valoración de estas sentencias en NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2012, págs. 372 y sigs.

²¹⁹ En las sentencias *Günduz* de 4 de diciembre de 2003, *Erbkan*, de 6 de julio de 2006 y *Güzel* de 27 de julio de 2006, todas relativas a acciones contra Turquía, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio la razón a los demandantes considerando que sus manifestaciones quedaban dentro de los límites de la libertad de expresión. Se trataba, en el primer caso, de una entrevista televisiva a su líder político, que se manifestó favorable al establecimiento de un régimen político basado en la *sharia*. En el segundo, de un ardoroso discurso contra los «infielos» y la implantación de sus modos de vida en el país. Y el tercero, de críticas al Gobierno por actuar contra las creencias religiosas.

²²⁰ STEDH *Phull c. Francia*, de 11 de enero de 2005; y *Mann Singh c. Francia*, de 13 de noviembre de 2008.

En Francia el uso del burka dio lugar a un *arrêt* del Consejo de Estado 27 de junio de 2008. El problema se suscitó porque las autoridades francesas se opusieron a la concesión de la ciudadanía, por razón de matrimonio, a una marroquí justificando la decisión en que vestía habitualmente el burka. La resolución estaba basada en el artículo 21.4 del Código Civil que prevé que el Gobierno pueda denegar la solicitud de naturalización del cónyuge de un ciudadano francés «por falta de asimilación, además de la lingüística». El Conseil d'État ratificó la decisión.

En todos los países europeos ha crecido la animadversión contra esas prendas por considerarlas atentatorias contra la dignidad de las mujeres. Bélgica aprobó en 2010 la ley de 29 de abril que prohíbe «portar cualquier vestimenta que oculte el rostro totalmente o en gran medida», e incluyó en el Código Penal previsiones que permitieran castigar las infracciones. Francia aprobó el 13 de julio de 2010 una ley parecida. Se impugnó ante el Tribunal Constitucional que, en su decisión de 7 de octubre de 2010, la consideró conforme con la Constitución. En España ha habido una propuesta del Senado que no llegó a tramitarse ²²¹.

En Estados Unidos la sentencia del Tribunal Supremo de 1986 *Goldman vs. Weinberger* 475 US 503 (1986) se refiere a un judío ortodoxo y rabino que trabajaba como médico en las Fuerzas Armadas usando un casquete (yarmulke) debajo de la gorra. Sus superiores se lo prohibieron y el Tribunal Supremo, en dicha sentencia, amparó al interesado.

²²¹ Además de la bibliografía que va citada, un análisis del problema desde otra perspectiva en LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Los atuendos de significado religioso. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, n.º 13, Iustel, mayo 2010, págs. 14-21. También M. T. ARECES, «Límites a la expresión individual de la libertad religiosa: el “burka”, incompatible con la igualdad de sexos», en *RGDCDEE*, n.º 18, 2008, págs. 1-31.

Los problemas de expresión simbólica religiosa más graves suscitados en los últimos años tienen que ver con el uso del crucifijo²²².

En Alemania e Italia han sido objetores laicos los que han promovido los conflictos. En el primer país se planteó una impugnación de la normativa de Baviera que imponía la presencia del crucifijo en todas las aulas de los colegios públicos. El Tribunal Constitucional Federal dijo en su sentencia de 16 de mayo de 1995 que la perturbación que ello suponía para los laicos podría evitarse no suprimiendo los crucifijos, sino enclavándolos en lugares menos preferentes o incómodos para los que se sintieran afectados. Aunque se modificó parcialmente la legislación, no ha llegado a producirse un cambio radical de regulación.

En Italia el conflicto ha sido mayor. Dos veces ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los conflictos que traen origen de aquel país, en las sentencias *Lautsi c. Italia*, I y II, de 3 de noviembre de 2009 y 18 de marzo de 2011, respectivamente²²³.

²²² S. MÜCKL, «Crucifijos en las aulas: ¿lesión a los derechos fundamentales?», en *RGDCDEE*, n.º 23, 2010, págs. 1-15. M. J. PAREJO GUZMÁN, «Orden público europeo y símbolos religiosos: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas», en *RGDCDEE*, n.º 24, 2010, págs. 1 y sigs.

²²³ LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Símbolos religiosos en actos y espacios públicos», *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, n.º 16, Iustel, noviembre 2010, págs. 54 y ss.; S. CAÑAMARES ARRIBAS, «Los símbolos religiosos en el espacio público: entre la amenaza real y la mera sospecha», en *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, n.º 20, abril 2011, págs. 60-67; S. MESEGUER VELASCO, «Símbolos religiosos en colegios públicos: ¿hacia dónde camina la jurisprudencia europea?», en *Anuario Jurídico Villanueva*, n.º 5, 2011, págs. 202-213; T. PRIETO ÁLVAREZ, «Crucifijo y escuela pública tras la sentencia del TEDH Lautsi y otros contra Italia»,

El origen del caso está en la reclamación de una ciudadana italiana, de origen irlandés, que consideraba que la presencia de crucifijos en las aulas es contraria al principio de laicidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando conoció del asunto después de un amplísimo debate en la sociedad y los tribunales italianos, resolvió unánimemente a favor de la demandante. Argumentó que las convicciones filosóficas o religiosas de los padres han de compatibilizarse con un entorno escolar abierto; que el Estado ha de adoptar una posición neutral, velando por la pluralidad y sin incurrir en adoctrinamiento, protegiendo por igual las ideas religiosas y no religiosas. La presencia del crucifijo en el aula contribuye a formar la conciencia de que los alumnos están siendo educados en un ambiente católico, lo que es bueno para unos y perturbador para otros.

La decisión adoptada en la primera sentencia *Lautsi* provocó una gran conmoción en Italia y en otros países europeos. La resolución conducía a que para asegurar un entorno libre era necesario prohibir todo signo religioso ostensible; lo que, aplicado al crucifijo, implicaba la eliminación de un símbolo religioso de aceptación mayoritaria para no perturbar a ateos, agnósticos o laicos recalcitrantes, que eran, frente a aquellos, una minoría²²⁴.

en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 150, 2011, págs. 443-468; A. OLLERO, «La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi. Simbología religiosa y Tribunal de Derechos Humanos», en *Zenit*, 21 de marzo de 2011.

²²⁴ Joseph WEILER, «Estado y Nación; Iglesia, Mezquita y Sinagoga: La sinopsis», en *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, n.º 27, Iustel, marzo 2012, págs. 28 y sigs. En este mismo número de *El Cronista*, Massimo LA TORRE y Dionisio LLAMAZARES, «Debate sobre Lautsi», págs. 34 y sigs.

En *Lautsi II* el Tribunal rectificó. Rechazó en esta ocasión que la noción de neutralidad del espacio público fuera la única aceptable. Al menos entendida como en *Lautsi I*. Neutralidad también era lograr un espacio escolar inclusivo y abierto a todas las expresiones religiosas y no religiosas, mayoritarias y minoritarias. Aceptó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la admisión o no de símbolos religiosos en la escuela quedaba dentro del ámbito de las decisiones legítimas del Estado. Y concluyó que la simple presencia del crucifijo como símbolo de la religión a la que pertenece la mayoría de la población no debe entenderse como adoctrinamiento en la escuela pública. Menos aún considerando que el ambiente de los colegios públicos en Italia es tolerante con la práctica y manifestación de otras religiones minoritarias²²⁵.

²²⁵ La cuestión del crucifijo en los espacios públicos sigue reclamando decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Eweida y otros c. U. K.*, de 13 de enero de 2013 resuelve a favor de una azafata que había sido sancionada por dejar ver el crucifijo que llevaba colgado del cuello, con vulneración de la reglamentación laboral de la compañía, que prohibía la utilización de símbolos religiosos con el uniforme.

X. La libertad de palabra en el ciberespacio (s. XXI)

La expresión libre de pensamientos, ideas y opiniones en los espacios públicos está cobrando, como acabo de describir, un nuevo auge en los primeros años del siglo XXI, aunque el discurso o la lectura de textos en calles, parques, plazas y edificios públicos o cualquier otro sitio concurrido de la ciudad, es decir la transmisión oral con palabras o símbolos fue la primera fórmula de comunicación masiva antes de que se inventara la imprenta.

Esta última produjo el formidable efecto de multiplicar los lectores potenciales de cualquier escrito. Pero, a cambio, restó significación social y fuerza a la comunicación espontánea y directa entre los escritores u opinantes y su público. Los procesos editoriales llevaron al establecimiento profesional del editor y su gremio, y, en su momento, de la empresa editorial, que concentraría la elaboración, distribución y venta de libros. En épocas ulteriores se sumarían a los procesos de difusión de la palabra las empresas periodísticas y, finalmente, las audiovisuales. Editoriales, periódicos y medios audiovisuales canalizan la libertad de palabra, ahora protegida frente a cualquier clase de censura previa o contra regulaciones abrasivas o asfixiantes. La libertad se ha concebido como un ámbito exento a la intervención del poder público, pero no ha podido evitarse el riesgo de que los medios que pertenecen a empresas con intereses

ideológicos o económicos propios reduzcan las posibilidades reales que cada ciudadano tiene de difundir sus escritos e ideas. Además de que el contenido de su discurso tenga que ser razonable y estar correctamente expresado, que es lo único que exigen las constituciones cuando el ejercicio de la libertad tiene lugar en un espacio público, el acceso a los medios controlados por las empresas, públicas o privadas, requiere contar con medios económicos o tener el beneplácito de sus gestores. Estas cortapisas se han convertido muchas veces en nuevas formas de censura, que no provienen del poder público, sino de los agentes empresariales que controlan la difusión de la información.

La concepción negativa de la libertad de expresión, como ámbito exento de imposiciones de los poderes públicos, ha tenido que corregirse parcialmente activando también su vertiente positiva de la misma, de acuerdo con la cual los poderes públicos deben establecer regulaciones suficientes para asegurar la plenitud posible de la libertad frente a empresas y grupos privados que controlan los medios.

Internet permite construir la historia de la libertad de palabra y el tránsito indicado desde la concepción negativa de esta a la promoción de regulaciones que aseguren el disfrute de la libertad.

Cuando Internet empezó a utilizarse masivamente en todos los lugares del mundo²²⁶, descubrimos que las redes habían

²²⁶ La idea de Paul Baran, concebida en la *Rand Corporation* en 1962, y desarrollada por esta empresa a petición de la US Air Force, se refería al diseño de un sistema de comunicaciones invulnerable ante un ataque nuclear. Se basa en las ventajas de una estructura de malla o red muy descentralizada, en la que están conectados muchos ordenadores y en la que no existe ningún punto central estratégicamente decisivo para el gobierno del conjunto, con lo

creado un espacio virtual en el que la libertad podía ejercerse de un modo equivalente, por la ausencia de condicionamientos, a como se utiliza en las plazas públicas. Cualquiera podía instalarse en un sitio web y transmitir, desde él, las ideas u opiniones que quisiera, sin restricción alguna y, desde luego, sin tener que contar con intermediarios. Además, los propios usuarios tienden crecientemente a establecer su propio sistema de comunicaciones mediante la utilización de SMS, blogs, *vlogs*, *podcasts*, wikis, *whatsapps*, etc. M. Castells ha llamado «auto-comunicación de masas» a este fenómeno, y su éxito resulta más que notorio para cualquiera²²⁷. La diferencia es que la plaza pública en la que ahora puede decirse el discurso tiene dimensiones mundiales y el público potencial se cuenta por decenas de millones de personas. La potencia de ese instrumento como medio de comunicación y de conocimiento no había sido nunca antes conocida²²⁸.

que es posible asegurar siempre el funcionamiento del sistema aunque una parte de este fuera destruida. La primera puesta en práctica de estas ideas fue en Arpanet, una red establecida en 1969. Entre 1972 y 1974 se desarrollaron los primeros protocolos Internet, que permitían el uso de un lenguaje común en la red (telnet, FTP y TCP). La utilización universitaria empezó a separarse poco a poco de la militar, hasta que en 1983 se dividió Arpanet en dos redes, la que mantuvo el nombre de Arpanet, dedicada a desarrollos científicos, y Milnet para usos militares. Arpanet siguió siendo la espina dorsal de Internet hasta 1990, que se integró en la NSFnet, que cambió sustancialmente las capacidades de transmisión. La bibliografía sobre los orígenes y desarrollos de Internet es amplia, pero remito a la exposición sobre dicho proceso y bibliografía en mi libro *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.

²²⁷ M. CASTELLS, *Comunicación y poder*. Alianza Editorial, Madrid, 2009, pág. 1 y *passim*.

²²⁸ Estas circunstancias han sido muchas veces apreciadas, pero desde la perspectiva de los perplejos reguladores convencionales resulta expresiva la manera de afrontar el nuevo reto por el Consejo de Estado francés cuando

Esa sensación de libertad absoluta fue muy impactante y evidente en los primeros años de la utilización masiva de la *World Wide Web* (WWW) a finales del siglo xx: los internautas navegaban libremente, hacían *websurfing*, pasando fronteras con la misma facilidad con que lo hace el pensamiento, situándose en cualquier lugar del mundo, con posibilidad de indagar a través de la red sobre cualquier persona, materia o situación, sin restricciones de ningún género y sin que por ninguna parte se apreciara el menor rastro de los poderes públicos o privados convencionales.

Esta situación originaria ha ido evolucionando con los años. Han emergido las regulaciones públicas y se han impuesto muchos condicionamientos derivados del creciente control de la red por grandes empresas prestadoras de servicios, que han terminado enmarcando la libertad de palabra en el ciberespacio dentro de coordenadas más definidas y estrechas.

La regulación de Internet plantea algunos problemas insólitos para las mentalidades ancladas en la difusión de ideas a través de los medios convencionales. Considérese que, para cualquier acción política o regulatoria, el territorio siempre ha sido un referente esencial (el territorio, se dice en los manuales, es un elemento indispensable para la existencia del Estado). Sin embargo, el territorio Internet no está gobernado por un único soberano. No existe un gobierno universal de la red, ni una

estudió, de modo específico, sus características y consecuencias en el informe que tituló *Internet et les réseaux numériques*, Paris, la Documentation Française, 1998: «Internet y las redes digitales son, ante todo, un nuevo espacio de expresión humana, un espacio internacional que trasciende las fronteras, un espacio descentralizado que ningún operador ni ningún Estado puede dominar por entero, un espacio heterogéneo donde cada cual puede actuar, expresarse y trabajar, un espacio apasionado por la libertad».

gestión unitaria más allá de lo imprescindible para gestionar el protocolo Internet, su tecnología y los nombres de dominio²²⁹.

²²⁹ A medida que Internet fue expandiéndose y requirió una mayor estandarización y coordinación, la responsabilidad recayó en un conjunto de organizaciones en las que el sector privado tenía un papel dominante. Las principales son: a) el IAB (Internet Architecture Board), que es un grupo formado por quince técnicos cuya función es asegurar que los protocolos y parámetros que se implementan en Internet son compatibles; b) el IETF (Internet Engineering Task Force), formado por ingenieros de distintas compañías e instituciones académicas, que trabaja sobre los protocolos básicos de Internet y tiene autoridad para establecer modificaciones sobre los parámetros técnicos sobre los que funciona la red; c) el W3C (World Wide Web Consortium), que es un consorcio internacional que desarrolla estándares y pautas; d) la ISOC (Internet Society), que es una asociación internacional, con sede en Estados Unidos, que reúne a representantes de los usuarios y se ocupa de mantener el carácter abierto de la red.

Los recursos más importantes de Internet se gestionan también de forma bastante singular si se comparan con las soluciones establecidas tradicionalmente a través de organizaciones internacionales para la ordenación de recursos supraestatales. Es significativo el sistema de asignación de direcciones IP. En 1995, IANA (Internet Assigned Number Authority) era un departamento de la Universidad del sur de California, que coordinaba la asignación de dominios en Internet, entre otras funciones. La gestión de los dominios dependía de NSI (Network Solutions Inc), que era una empresa privada contratada por el Gobierno de los Estados Unidos para llevar a cabo el registro de dominios genéricos de Internet. Después se creó el DNS (Domain Name Server). Cuando empezó a expandirse Internet, el DNS fue desvinculado de la empresa privada NSI y se abrió a la competencia. La misma presión recibiría el IANA. De todo ello derivó la creación en 1998 del ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), que es un organismo de carácter privado que tendría dichas importantísimas funciones de gestión de un recurso clave de Internet. El Consejo de administración de ICANN está integrado por diecinueve miembros, y se aspira a que exista en él una representación internacional y también de los sectores que forman parte de la comunidad de Internet. Al principio, el ICANN estaba bajo la dependencia del Departamento de Comercio. Pero este no tuvo más remedio que compartir el control con organismos reguladores internacionales y, sobre todo, con la comunidad de usuarios. En el año 2000 se produjo el hecho sin precedentes de que el Consejo de ICANN fuera elegido

Por esta razón, las normas concernientes a la utilización de esa formidable herramienta de conocimiento y comunicación están muy fragmentadas²³⁰.

Esta configuración repercute, necesariamente, como es natural, en la creación y aplicación del derecho que ha de regular la actividad en el ciberespacio. «El Derecho de la red tiene también que estar organizado en red. Con múltiples puntos de apoyo y decisión, pluralmente...»²³¹.

mediante votación electrónica de más de doscientos mil usuarios registrados en Internet. Estos se convirtieron desde entonces en guardianes de la autonomía de Internet y del mantenimiento de la red como un espacio libre de intromisiones, donde se ejercen las libertades y se desarrolla una comunicación sin fronteras, fuera del alcance de la regulación de los Gobiernos. Un lugar donde los libertarios podrían deambular y expresarse a sus anchas.

Nótese, además, que la regulación global que proporcionan estas instituciones peculiares de gobierno se refiere propiamente al funcionamiento de la infraestructura de redes y al mantenimiento de los estándares técnicos necesarios para la conectividad entre todas ellas y el alojamiento de los usuarios, con la correspondiente asignación de los dominios y direcciones IP.

²³⁰ Un teórico indiscutible de las cuestiones de que trato, M. Castells, ha escrito que «el actual proceso de toma de decisiones políticas opera en una red de interacción entre instituciones nacionales, supranacionales, internacionales, convencionales, regionales y locales que alcanzan a las organizaciones de la sociedad civil. En este proceso hemos asistido a la transformación del Estado-nación soberano que surgió en la Edad Moderna en una nueva forma de Estado: lo he conceptualizado como el Estado-red. El Estado-red se caracteriza por compartir la soberanía y la responsabilidad entre distintos estados y niveles de gobierno...». M. CASTELLS, *Comunicación y poder*, Alianza, Madrid, 2009, pág. 70.

²³¹ «Realmente esta estructura policéntrica rompe con la característica más notable del Derecho Público continental europeo desde el inicio del constitucionalismo: su carácter jerarquizado, vertical, ordenado a partir de la ley. La pluralidad de centros de decisión y gobierno rompe con el legicentrismo y también con alguno de sus corolarios: el carácter general de la ley podrá ser sustituido por legislaciones particulares o por la autorregulación. Las normas podrán ser expresión de la voluntad de comunidades que no

La diversidad de regulaciones públicas, sumada a los intereses y condicionamientos que imponen las empresas privadas que dominan la prestación de servicios esenciales en Internet, ha puesto sobre la mesa la cuestión de si los límites constitucionales a la libertad de comunicación, esforzadamente construidos a lo largo de varios siglos, siguen siendo útiles para resolver los problemas que suscita la gran red.

Son estos muy variados, pero el debate se ha centrado en los siguientes: primero, la reaparición de la censura previa y de algunos tipos de intervenciones, públicas y privadas, en el ejercicio de la libertad, que pueden tener un contenido limitativo y asfixiante. Segundo, la cuestión del control de los contenidos que pueden distribuirse y circular libremente por las redes, a efectos de preservar valores superiores y derechos individuales. Tercero, el acopio, almacenamiento y puesta a disposición del público de datos de carácter personal, y su contraste con el derecho de cada individuo a conocer, rectificar o enmendar las informaciones concernientes a su persona que estén accesibles en cualquier lugar de las redes. Y cuarto, la relevante cuestión cultural y económica de si la propiedad intelectual puede ser desplazada y desconocida por la libertad de palabra y la libre comunicación e intercambio de informaciones.

Por lo que concierne, en primer lugar, a la censura, no existen en los Estados occidentales prohibiciones absolutas o restricciones directas de acceso a las redes. Las excepciones están en países que nos quedan lejos. Todavía hay Estados en el mun-

coinciden con el territorio del Estado-nación»: S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, pág. 105.

do que privan a sus ciudadanos del acceso a la gran red. Lo hacen utilizando diferentes métodos en China, en Arabia Saudita u otros países. En esta última, cerrando las fronteras a Internet. En la primera nación, controlando los servidores a los que tienen acceso los usuarios o los lugares donde pueden manejarse terminales de Internet. Estos casos están deviniendo progresivamente excepciones en un mundo cada vez más comunicado a través de las redes.

Pero están penetrando en los países occidentales formas de censura, que no proceden precisamente de los poderes públicos.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha advertido en su importante sentencia *Turner Broadcasting System, Inc. vs. FCC* 512 US 622, 657 (1994), que hay que mantener la atención sobre el abuso potencial de poderes privados sobre una avenida central de la comunicación. En esta sentencia hizo notar que no es posible aplicar, sin más, los estándares deducidos de la Primera Enmienda también a Internet. Cada medio de comunicación ha de tratarse de forma específica e Internet presenta muchas peculiaridades comparado con cualquier otro medio²³².

²³² Según resume Dawn C. NUNZIATO en su libro *Virtual Freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford Law Books, California, 2009, pág. 2. Un tribunal de distrito norteamericano ha sostenido que «No es exagerado concluir que Internet ha sido y continúa siendo el más participativo mercado de la libertad de palabra de masas que este país —y en verdad el mundo— haya tenido hasta ahora. Sin embargo, esta libertad de expresión está siendo progresivamente controlada por un pequeño grupo de poderes privados como son los proveedores de banda ancha, los proveedores de sitios, proveedores de servicio de *mail*, de búsqueda y otros. En los últimos años la regulación de Internet ha quedado envuelta en los ilimitados controles de esas entidades privadas, hasta el punto de que pueden comportarse como censores de la libertad de expresión en términos hasta ahora desconocidos».

Todos los tribunales de los países occidentales están teniendo que enfrentarse a supuestos de este tipo. Algunas formas de censura, llevada a cabo por los proveedores de banda ancha o por los servicios de búsqueda, están en crecimiento. No siempre los casos son fáciles de determinar porque el usuario no alcanza a saber en qué supuestos hay una denegación efectiva de servicio o cuándo se ha bloqueado voluntariamente un contenido. Pero en Estados Unidos ya han sido cuestión litigiosa supuestos en los que AT&T ha censurado un concierto en el que el cantante Eddie Vedder criticaba al presidente Bush, incluyendo en sus expresiones lemas como «*George Bush, leave this World alone*» y exigía sus responsabilidades por lo sucedido en Irak; o casos en que AOL ha bloqueado el envío de mensajes que se oponían a cierta política comercial en materia de correos electrónicos, propiciada por la propia empresa; o decisiones de Google de no incorporar noticias que no le convenían, o de prescindir de conexiones con sitios web cuando están patrocinados porque hacen competencia a los propios patrocinios que exhibe el buscador. Algunas veces estos proveedores de servicios están obligados a practicar algunas clases de censura por determinación expresa de las leyes dictadas para proteger los datos personales o la propiedad intelectual, como diré más adelante. D. C. Nunziato, que ha estudiado muchos de estos conflictos, ha concluido que en vivo contraste con la visión utópica de que Internet es un foro público abierto que permite el ejercicio de los derechos de libertad de palabra con una facilidad sin precedentes, la Red corre actualmente el peligro de convertirse en un foro en el cual la palabra esté sujeta al control de unos cuantos actores dominantes²³³.

²³³ *Virtual Freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, cit., págs. 8 y sigs.

Las técnicas e instrumentos de control, aplicados a la libertad de comunicación en otros medios, plantean singularidades y necesidades de adaptación, como ya he indicado, cuando se han de usar en relación con Internet²³⁴.

Un ejemplo muy característico, en la jurisprudencia norteamericana, es el concerniente a los matices con los que tiene que usarse la «doctrina del foro público» (*public forum doctrine*), según la cual los espacios públicos pueden ser utilizados sin restricciones para el ejercicio de la libertad de palabra. Han existido bastantes conflictos acerca de qué emplazamientos pueden considerarse, y cuáles no, un foro público. Y el problema ha trascendido a Internet. ¿Es Internet un foro público en el sentido en que lo es una plaza de cualquier ciudad? Si lo fuera, la consecuencia, según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, es que no se podrían imponer regulaciones

²³⁴ La *state action doctrine*, según la cual el Gobierno no puede evadir sus obligaciones constitucionales trasladando sus funciones públicas a corporaciones privadas: *Lebron vs. National Railroad Passenger Corp.* 513 US 374, 396 (1995).

El sometimiento de los lugares de propiedad privada al régimen de la Primera Enmienda en *Marsb* (caso de un testigo de Jehová que reparte panfletos haciendo proselitismo en una acera: *vid.* la referencia en Nunziato, cit., págs. 50 y sigs.), y *Amalgamated Food Employees Union vs. Logan Valley Plaza*, 391 US 308 (1966) sobre el ejercicio de la libertad en un centro comercial.

También la *fairness doctrine*, que se utilizó para imponer a los titulares privados de emisoras de radio y televisión la obligación de canalizar a través de sus medios información sobre asuntos de interés general, e incluso el debate público. La sentencia del Tribunal Supremo más conocida es *Red Lyon Broadcasting vs. FCC*, 395 US 367 (1969).

Igualmente necesitan adaptación las obligaciones de *must carry* que se imponen a los medios de comunicación convencionales.

En general sobre estas adaptaciones, también Cass R. SUNSTEIN, *The First Amendment in Cyberspace*, 104 Yale L. J., 1995.

restrictivas. El asunto se ha planteado en la sentencia del Tribunal Supremo *American Library Association vs. United States*²³⁵. El Tribunal Supremo resolvió que una ley (la *Children's Internet Protection Act-CIPA*), que impuso a las bibliotecas públicas la obligación de establecer filtros para el acceso electrónico a algunos contenidos, era acorde con la Primera Enmienda, argumentando, frente a lo que habían mantenido los tribunales federales que conocieron del asunto, que Internet no constituye un foro público y que, por tanto, las restricciones a la libertad en ese contexto no están sometidas a la Primera Enmienda.

En Europa, la implantación de formas de censura previa, mediante regulaciones públicas o interferencias de empresas privadas en Internet, ha sido objeto de atención en diferentes documentos, tanto del Comité de Ministros del Consejo de Europa como de las instituciones de la Unión Europea.

Una declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 13 de mayo de 2005, sobre derechos del hombre y el Estado de derecho en la sociedad de la información, reconoció que «el acceso limitado o la falta de acceso a las [tecnologías de la información y la comunicación (TIC)] puede privar a los individuos de la capacidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales». Reconociendo que dichas tecnologías permiten disfrutar de la libertad de expresión en términos que no tienen precedentes, recomendaba a los Estados poner en práctica una legislación nacional dedicada a garantizar la libertad de expresión y a combatir los contenidos ilícitos. Otra declaración del Comité de Ministros, de 28 de mayo de 2003, titulada «Libertad de comunicación en Internet», se pronunciaba también sobre

²³⁵ 593 US 194 (2003).

las medidas de bloqueo o filtro, que rechaza, salvo cuando consistan en la instalación de filtros para la protección de menores.

También la Comunidad Europea ha hecho lo propio en la recomendación del Parlamento de 26 de marzo de 2009, que reclama de los Estados la acción contra cualquier forma de censura previa²³⁶.

²³⁶ La citada declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 13 de mayo de 2005 se refiere a la cuestión en el capítulo titulado «Los derechos del hombre en la sociedad de la información», donde se dice: «1. Derecho a la libertad de expresión, de información y comunicación. // Las TIC ofrecen a todos posibilidades sin precedentes de disfrutar de la libertad de expresión. Siendo así, ellas ponen gravemente en cuestión esta libertad, por ejemplo en caso de censura por el Estado o el sector privado. // La libertad de expresión, de información y comunicación debe ser respetada en un entorno numérico lo mismo que en un entorno no numérico. No debe ser sometida a otras restricciones distintas de las previstas en el artículo 10 del CEDH, por la simple razón de que se ejerza bajo una forma numérica. // Garantizando la libertad de expresión, los Estados miembros deben velar por que la legislación nacional dedicada a combatir los contenidos ilícitos, tales como los que tengan un carácter racista o de discriminación racial y la pornografía infantil, se aplica igualmente a las infracciones cometidas por medio de las TIC. // Los Estados miembros deben preservar y reforzar las medidas jurídicas y prácticas para evitar la censura de los Estados sobre el sector privado».

La declaración del Comité de Ministros de 28 de mayo de 2003, titulada «Libertad de comunicación en Internet», establece en su principio 3 que «Las autoridades públicas no deberían, por medio de medidas generales de bloqueo o filtro, rechazar el acceso del público a la información y otras comunicaciones sobre Internet, sin consideración de fronteras. Esto no impide la instalación de filtros para la protección de menores, principalmente en los lugares accesibles a menores tales como las escuelas o las bibliotecas». Sigue diciendo que a condición de que sean respetadas las garantías del artículo 10, apartado 2, del Convenio de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, se pueden adoptar medidas para suprimir un contenido de Internet claramente identificable o, alternativamente, bloquear su acceso si las autoridades nacio-

Todo lo cual sin perjuicio de aceptar que pueden adoptarse medidas concretas de prohibición cuando se trata de salvaguardar derechos que no pueden ser comprometidos por la preferencia de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario *Scarlet extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, de 24 de noviembre de 2011, ha dicho que los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden pedir que se dicte una orden de prohibición contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por terceros para atentar contra los derechos de propiedad intelectual, utilizando para ello las medidas ejecutivas que existan en el país correspondiente.

En cambio, las prohibiciones de acceso a Internet, cuando no tienen ni la anterior justificación ni ninguna otra de carácter sancionador, deben considerarse contrarias al artículo 10 del Convenio Europeo de 1950. Así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Ahmet Yildirim c. Turquía*, de 18 de diciembre de 2012, en la que conoció de una reclamación planteada por un ciudadano turco al que se le había cortado el acceso a su sitio de Internet como consecuencia de un asunto penal que no tenía ninguna relación con dicho sitio. El Tribunal de Estrasburgo estimó que, en las circunstan-

nales competentes han adoptado una decisión provisional o definitiva sobre su carácter ilícito.

Respecto de la prohibición de todo control previo del Estado, la nota explicativa de la declaración, en lo que concierne al principio 3, comenta que es muy importante la eliminación de cualquier control previo para que el público pueda investigar en Internet, pero que es razonable la limitación del acceso a los menores cuando puedan hacerlo en escuelas o bibliotecas. Y también para contenidos ilícitos. Para esta eliminación tiene que haberse producido una decisión, provisional o definitiva, de las autoridades competentes, bien sea por su carácter ilícito de naturaleza penal o administrativa.

cias del caso, la decisión de cortar dicho acceso vulneraba el precepto citado del Convenio²³⁷.

Las posibilidades y límites del poder del Estado para bloquear parcialmente algunos contenidos indeseables ya se ha puesto en juego en algunos supuestos muy notables.

La decisión más ambiciosa en cuanto al control sobre los contenidos, y restrictiva de la libertad de comunicación en Internet, fue la que intentó en Estados Unidos la *Communication Decency Act* de 1996. Se dirigía la ley contra la «utilización obscena, acosadora e incorrecta de las telecomunicaciones», estableciendo que quien «a sabiendas o por medio de un instrumento de telecomunicaciones: 1, haga, cree o solicite, y 2, inicie la transmisión de cualquier comentario, petición, sugerencia, proposición, imagen u otra comunicación que sea obscena o indecente, sabiendo que el receptor de la comunicación tiene menos de dieciocho años de edad [...] será multado o puesto en prisión un máximo de dos años, o castigado con ambas penas». La ley contenía otras prescripciones diversas contra la posibilidad de mostrar o enviar a través de servicios interactivos contenidos de carácter sexual «claramente ofensi-

²³⁷ Después de invocar la doctrina que viene repitiendo en su jurisprudencia sobre los límites de la libertad de expresión, el Tribunal concluye que hay violación de diversos artículos del Convenio, y desde luego del artículo 10: «considera que la medida litigiosa analizada es una restricción resultante de una medida preventiva de bloqueo de un sitio Internet. A efectos de la ejecución de esta medida, el tribunal ordenó igualmente, a petición de la PTI, el bloqueo del acceso a Google sites, que albergaba el sitio web del demandante. De este modo, este último se ha encontrado con la imposibilidad de acceder a su sitio web. Este elemento basta para que el Tribunal concluya que estamos ante una injerencia de las autoridades públicas en el derecho del interesado a la libertad de expresión, que forma parte integrante de la libertad de recibir y de comunicar informaciones e ideas».

vos» de acuerdo con los estándares contemporáneos de la comunidad.

La ley fue impugnada, primero ante un Tribunal de Filadelfia, que la consideró inconstitucional mediante sentencia de 11 de junio de 1996. La misma decisión reiteró posteriormente el Tribunal Supremo, al resolver el recurso contra aquella sentencia (sentencia del TS *Reno vs. ACLU*, de 26 de junio de 1997). Los fundamentos de estas detalladísimas sentencias consistieron en imputar a la ley la utilización de conceptos demasiado vagos, que producían una gran inseguridad y, con ella, restricciones indebidas a la comunicación a través de la Red. Las medidas legislativas impugnadas adolecían de falta de proporcionalidad ya que, para obtener unos fines respetables de protección de los menores, limitaban otros derechos que la población adulta ha de tener la posibilidad de disfrutar.

La utilización de la legislación penal, como a la postre pretendía la *Decency Act* mencionada (que tipificaba infracciones y sanciones predominantemente), sigue siendo un cauce de control generalmente utilizado en todos los Estados, cuando, a través de la red, se cometen delitos tipificados²³⁸.

Pero la cuestión radica en evitar que se puedan difundir o mantener en la Red contenidos prohibidos, en sí, considerando la enorme capacidad de redifusión que tiene Internet, es posible conseguir que una determinada información desaparezca cuando sea contraria a la legalidad estatal. Ha habido ejemplos que retan la capacidad de los Estados. A escala europea y mundial,

²³⁸ Vid. sobre ello las consideraciones de Mike GODWIN, *Cyber Rights. Defending Free Speech in the Digital Age*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2003, especialmente págs. 319 y sigs. Monográficamente, Jeremy Harris LIPSCHULTZ, *Broadcast and Internet Indecency. Defining Free Speech*, Routledge, New York & London, 2008.

el famoso asunto de las caricaturas de Mahoma, aparecidas en un periódico, condenadas por los integristas y difundidas luego masivamente a través de Internet, sin control posible²³⁹.

El control de la redifusión de sitio en sitio, a través de infinidad de puntos en la Red, no es del todo inalcanzable, como demuestra el caso de la propaganda nazi. La prohibición en territorio francés de contenidos que ensalcen la ideología nazi dio lugar a un conflicto con Yahoo, que alojaba un sitio dedicado preferentemente a esta clase de actividad. El Tribunal de Gran Instancia de París dictó una resolución, el 20 de noviembre de 2000, por la que se ordenaba retirar los contenidos nazis a Yahoo. La cuestión de si esto era técnicamente posible fue examinada por los peritos que intervinieron en el caso, cuyos informes probaron que un sistema de filtros respecto de los contenidos que se difunden en la red puede detectar el origen de la solicitud en el noventa por ciento de los casos. El mismo pleito se desarrolló contra Yahoo en Estados Unidos y concluyó con una sentencia de un Tribunal del *Northern District* de California, de 7 de diciembre de 2001, que declaró la libertad de comunicación y la irresponsabilidad de aquella empresa. Es decir, que en diferentes partes del mundo Yahoo obtuvo resoluciones judiciales diferentes sobre la legitimidad de los contenidos que contribuía a difundir a través de Internet. La solución final del caso no deja de ser ejemplar y moralizante para la cuestión del control de los contenidos en la Red: fue la propia Yahoo la que decidió eliminar los sitios que difundían propaganda nazi, aunque no hubiera sido condenada a hacerlo.

²³⁹ *Vid.* sobre ello los análisis de D. GAMPER SACHSE, A. BLOMART, M. HUSSAIN y otros en el número 27, de enero de 2007, de *Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, monográfico sobre «Imatge i dret a la burla».

La eliminación de la Red de informaciones, comunicaciones, fotografías, caricaturas o cualquier clase de contenidos que sean ofensivos de los derechos al honor, la intimidad personal o familiar, la propia imagen u otros protegidos por la Constitución constituye también un ámbito en que las garantías pueden ser suficientemente salvaguardadas por los poderes del Estado. No hay ningún obstáculo de principio para aplicar a Internet la misma jurisprudencia que el Tribunal Supremo norteamericano ha deducido de la interpretación de la Primera Enmienda; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la aplicación del artículo 10 del Convenio, y nuestros tribunales, de lo que establece el artículo 20 de la Constitución. Con la precisión de que, como dijo el primer tribunal citado en la también mencionada sentencia *Turner*, cada medio requiere las convenientes adaptaciones de los criterios de valoración o estándares habitualmente utilizados²⁴⁰.

El proceso técnico en que se basa el funcionamiento de la Red hace diferente el método de identificación de los responsables de comunicaciones lesivas de los derechos constitucionalmente protegidos. La difusión de una información atentatoria requiere la colaboración de diferentes prestadores de servicios: el editor de contenidos (que los crea y pone a disposición del

²⁴⁰ Un análisis detenido de las diferentes hipótesis de vulneración del honor en Internet, en el libro de Matthew COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, Oxford University Press, 2005. También el capítulo IV («*Libel on the Net*») del libro de M. GODWIN, *Cyber Rights*, cit., 2003, págs. 79 y sigs. Entre nosotros ha remarcado algunas peculiaridades de Internet, desde ese punto de vista, A. BOIX PALOP, «Libertad de expresión y pluralismo en la red», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, mayo-agosto 2002, y C. ALONSO ESPINOSA, «La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa», en *RVAP*, n.º 81, 2008.

público), el alojamiento del sitio (controla los recursos informáticos conectados a Internet), el proveedor de servicios (intermediario entre el editor de contenidos y el abonado), el operador de ramos de servicios (reúne en una oferta comercial única diversos contenidos o servicios), el proveedor de acceso (comercializa la prestación técnica de interconexión de equipos privados) y el transportista (que asegura la conexión entre redes).

Los primeros conflictos suscitados por noticias o informaciones difamatorias o contrarias a la intimidad plantearon en Estados Unidos la cuestión de resolver si los proveedores de servicios podían ser considerados editores o distribuidores del material difamatorio y responsables junto al autor. Una de las primeras respuestas se produjo en una sentencia de un Tribunal de Distrito, de 1991, en el asunto *Cubby Inc. vs. CompuServe*. CompuServe es uno de los mayores proveedores de Internet a nivel nacional y, en el caso, fue un mero distribuidor de las declaraciones difamatorias que habían sido colocadas en uno de sus foros electrónicos. El Tribunal apreció que CompuServe había delegado la responsabilidad de organizar el foro a una empresa distinta e independiente del proveedor de servicios, por lo que no tuvo ninguna posibilidad de examinar los contenidos del foro antes de su publicación en línea. De esta circunstancia derivó que la sentencia apreciara la inexistencia de responsabilidad en su conducta. Justamente porque controlaba el contenido de su boletín y podía considerarse editor, un juzgado de Nueva York estimó, en 1995, que *Prodigy* (otro de los mayores proveedores de servicios de Internet) era responsable de haber incluido declaraciones difamatorias.

Con la experiencia de estos casos, la Ley de Telecomunicaciones de 1996, que aprobó el Congreso estadounidense, fijó la regla general de que «ningún proveedor o usuario de un servicio

interactivo será considerado como editor o comunicador de las informaciones proporcionadas por el proveedor de contenidos informativos».

La regulación general de estos problemas se hizo efectiva en Europa con la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. Se han uniformado así los criterios para toda Europa al incorporarse la directiva a los ordenamientos de los Estados miembros. En nuestro caso, así lo hizo la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Se contempla en ella la posibilidad de que los órganos competentes puedan adoptar medidas para interrumpir la prestación de servicios o retirar datos que atenten contra el orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional, la protección de la salud pública, de los consumidores o usuarios, o no respeten la dignidad de la persona o el principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social. Asimismo, cabe la interrupción y la retirada de datos cuando sea preciso para la protección de la juventud y la infancia²⁴¹.

Los prestadores de servicios de intermediación deben colaborar con el órgano que hubiera ordenado la interrupción del

²⁴¹ Así lo establece el artículo 8 de la ley mencionada, que somete en todo caso la adopción de las medidas de restricción al cumplimiento de «las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados». Remite a la autoridad judicial la adopción de las medidas cuando las leyes reguladoras de los derechos y libertades lo prevean.

servicio o la retirada de contenidos, adoptando todas las medidas necesarias para hacer efectiva la resolución (artículo 11).

Por lo que concierne al régimen de responsabilidad, los criterios en que se basa la ley están expuestos muy pormenorizadamente en los artículos 14 a 17, y todos se basan en el principio de libertad en la transmisión de datos. Se incurre en responsabilidad si se ha participado en su formación o, de no haberse hecho, si no se retira inmediatamente en cuanto se tiene conocimiento de su ilicitud. Aplicando este criterio general, la ley desglosa la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso²⁴², de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de datos solicitados por los usuarios²⁴³; o la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y la de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda²⁴⁴.

²⁴² Prestan un servicio de intermediación que consiste en transmitir, por una red de telecomunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio, o facilitan el acceso a la red: «No serán responsables de la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado estos o a los destinatarios de dichos datos».

²⁴³ Artículo 15: no son responsables si se almacenan datos de modo automático, provisional y temporal, siempre que no se modifique la información, se permita el acceso a ella solo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, se respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información, y retiran la información que hayan almacenado en cuanto que tienen conocimiento de que ha sido retirada del lugar de la Red en que se encontraba inicialmente o se ha imposibilitado el acceso a ella, o un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

²⁴⁴ Las reglas que establecen los artículos 16 y 17 son: respecto de los que albergan datos, su no responsabilidad por la información almacenada si no tienen conocimiento de su ilicitud y la retiran en cuanto que les consta esta; y de los prestadores de servicios de enlace a contenidos o instrumentos de

La propia Ley de 2002 regula, en sus artículos 30 y siguientes, la acción de cesación, que puede utilizarse contra las conductas contrarias a la ley²⁴⁵.

Cuestión distinta de la responsabilidad por la puesta en circulación en la red de comunicaciones o contenidos que puedan ser ofensivos de los derechos de los demás es si resulta

búsqueda, cuando, igualmente, no tienen conocimiento de que la información que recomiendan es ilícita, o no actúan con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace cuando les consta.

²⁴⁵ Las primeras decisiones judiciales sobre difamaciones en la Red pueden verse en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2006, y de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de julio de 2009, entre otras. El primer litigio que ha llegado al Tribunal Supremo es el asunto «putasgae.org», resuelto por la sentencia de 9 de diciembre de 2009.

Es creciente el número de sentencias del Tribunal Supremo que resuelven problemas sobre colisiones de derechos en Internet. Por ejemplo, sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2012 (recurso 172/2010), 18 de junio de 2012 (recurso 197/2011), 24 de julio de 2012 (recurso 1705/2010), 4 de diciembre de 2012 (recurso 1626/2011), 18 de febrero de 2013 (recurso 1685/2010); de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012 (recurso 3045/2010); y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2012 (recurso 410/2010), 20 de noviembre de 2012 (recurso 188/2011), 28 de diciembre de 2012 (recurso 388/2011), y de 17 de enero de 2013 (recurso 73/2011).

Las comunicaciones ofensivas del honor de las personas, o de la intimidad, suelen tener un alcance bastante nacional o doméstico. Es lo más común porque son menos los supuestos de difamación que afectan a un personaje mundialmente conocido. En todo caso, el problema de las difamaciones producidas en un sitio web no establecido en el Estado de residencia del difamado tiene una solución posible mediante la extensión de la jurisprudencia *Shevill* (sentencia del TJCE de 7 de marzo de 1995) que, en un supuesto de difamación internacional, aceptó que pudieran exigirse responsabilidades ante los tribunales del domicilio del lesionado, y no en el de la empresa editora, consagrando el derecho al tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho dañoso (artículo 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968), aunque ello implica que se tenga que reclamar en todos los Estados en que se ha producido la difusión de la información lesiva.

posible difundir a través de Internet, o mantener alojados en cualquier sitio accesible, datos de carácter personal.

El derecho de autodeterminación informativa (así llamado desde una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983²⁴⁶) abarca no solo la protección de la intimidad, sino cualquier clase de dato de carácter personal. En España no está expresamente recogido en la Constitución, ni tampoco se refería a él explícitamente la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, relativa a la protección del honor, la intimidad y la propia imagen. Pero la jurisprudencia, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de diciembre, lo ha consolidado como un derecho fundamental de última generación, derivado como una necesidad del progreso tecnológico y de la protección de los datos personales frente a las inmensas posibilidades de manipulación que la informática permite.

Actualmente²⁴⁷, el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, determina el ámbito regulado del siguiente modo: «La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo concerniente al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar». La utilización de datos personales por terceros,

²⁴⁶ Entre nosotros, el primero en estudiarlo fue P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990. El estado de la cuestión, puesto al día, en P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y J. L. PIÑAR, *El derecho de autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

²⁴⁷ La primera regulación se hizo mediante la Ley Orgánica 5/1992, de 9 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. El reglamento de la ley de 1999, que se cita en el texto, fue aprobado por el Real Decreto 1720/2007.

de acuerdo con las prescripciones de esta norma, solo es lícita cuando se cuenta con el consentimiento inequívoco de los afectados, debidamente informados, o con autorización legal explícita. Esta autodeterminación informativa de los interesados se garantiza mediante la atribución a los mismos de derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición. Todos ellos tienen como contrapunto una gama de deberes que se imponen a quienes pretendan tratar información de carácter personal. La resolución de los conflictos se atribuye inicialmente a las agencias reguladoras.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional manejó con dudas e imprecisiones el derecho de autodeterminación informativa en una larga serie de sentencias de 1998 y 1999²⁴⁸, pero, a partir de la ya citada sentencia 292/2000, ha hecho una exposición acertada y completa del régimen jurídico de este. Se trata, según la sentencia, de un «instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor, y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos». Lo que se ha dado en llamar la «libertad informática» tiene «una dimensión positiva que excede del ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad [...] y se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona». El derecho fundamental a la protección de datos atribuye a su titular el «poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la ley». Quizá lo más importante es el énfasis que pone la sentencia, recogiendo la opinión consolidada en la doctrina, en que el derecho a la autodeterminación informativa sobrepasa la función y el ámbi-

²⁴⁸ De 1998, las sentencias n.º 11, 33, 35, 45, 60, 77, 94, 104, 223 y otras; y de 1999, las sentencias n.º 30, 44, 45 y 202.

to del derecho a la intimidad (que protege frente a cualquier invasión del ámbito de la vida personal y familiar), ya que el derecho a la protección de datos garantiza un poder de control sobre nuestros datos personales, su uso y destino, a fin de impedir su tráfico ilícito y lesivo para nuestra dignidad y derechos. Por tanto, no se reduce al control de los datos íntimos, sino de cualquier tipo de dato, tenga o no aquella condición, cuyo conocimiento puede afectar a los derechos de una persona, tengan o no carácter de derechos fundamentales.

No es posible, en consecuencia, de acuerdo con esta legislación, que es común en todo el ámbito europeo, que circulen en Internet datos de carácter personal sin el consentimiento de las personas afectadas.

Sin embargo, se han planteado vivamente algunos problemas concernientes a la retirada de datos a solicitud del interesado. Es costumbre de los medios de comunicación, de prensa especialmente, mantener accesibles en archivos abiertos informaciones pretéritas, que pudieron tener algún interés cuando se publicaron pero que se refieren a situaciones pasadas. Cuando, por ejemplo, conciernen a procedimientos sancionadores administrativos o a la implicación de los interesados en procesos penales, es posible que unos y otros acabaran incluso sin sanciones o condenas; no obstante lo cual, los archivos digitales de los periódicos mantienen la primera información sin consolidarla con la definitiva, si es que esta llegó a publicarse. Estos archivos plantean muchas dificultades para el conocimiento de la verdad, el cual requiere un esfuerzo del usuario, que no siempre este tiene el interés suficiente para concluir.

Los perjudicados por estas prácticas se han dirigido habitualmente al medio de comunicación en cuya página web puede encontrarse la información, y también al buscador de Internet,

normalmente Google, que es el más habitualmente utilizado para encontrarla. Ante la negativa de ambas empresas, la reclamación se ha planteado ante la Agencia Española de Protección de Datos. Esta institución ha inclinado la responsabilidad del lado de Google, que, con ocasión de responder al interesado, le había dirigido bien hacia el *webmaster* del periódico, que es de quien depende la operación de archivo, o bien a Google Inc., que es la sociedad matriz del grupo, responsable de los sistemas de búsqueda, que tiene domicilio en California.

Ante esta situación, los interesados han acudido con recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional, que, antes de resolverlos, decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre los problemas de interpretación que suscita la Directiva 95/46/CE concerniente a la protección de datos de carácter personal²⁴⁹. De la decisión de este tribunal, sin adoptar cuando concluyo este escrito, dependerá que los interesados puedan conseguir, o no, sus propósitos.

²⁴⁹ El auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el que se plantea la cuestión ante el Tribunal de Justicia es de 27 de febrero de 2012. La cuestión está pendiente de resolver por el Tribunal de Justicia Europeo cuando redacto estas páginas, pero su sentencia será decisiva. Entre otras cuestiones, para determinar las responsabilidades de los buscadores de Internet; si se puede reclamar ante Google Spain, S. L., en el caso, que es la filial de Google Inc. con sede en California; si no quedarían frustradas las garantías judiciales remitiendo a los ciudadanos afectados a plantear procesos en localizaciones tan lejanas a su domicilio, y tan costosos; si la responsabilidad de los buscadores es directa o subordinada; si existe una tecnología adecuada y herramientas para la retirada por los buscadores de información contenida en páginas web de un tercero; si el derecho a la cancelación de datos comprende también la garantía de que no se indexe o difunda la información relativa a una persona que, aun siendo lícita y exacta, el afectado considere negativa o perjudicial para él, incluyendo su derecho al olvido, etc.

En pocos ámbitos se ha hecho más notorio el carácter libertario de la red que en el éxito fulgurante de una ideología negatoria de los derechos de autor. Son muchos los que creen que la propiedad intelectual no existe en el ciberespacio y, por tanto, pueden utilizar, difundir, reelaborar y emplear obras debidas al ingenio de otros, sin ningún límite. Internet es, desde luego, una herramienta formidable para la información y divulgación cultural, y una base de datos de unas dimensiones desconocidas hasta nuestro tiempo. La conveniencia de constituir grandes bibliotecas virtuales donde se concentre todo el saber humano, acumulado a lo largo de la historia, es un proyecto que no ofrece ninguna duda desde un punto de vista intelectual, cultural o político. Otra cosa es cómo se hace esto; con desconocimiento de los derechos de autor existentes, o respetándolos.

Diversas iniciativas de la Comisión Europea han impulsado, desde finales del siglo pasado y en los primeros años del presente, la formación de bibliotecas digitales. La comunicación de 30 de septiembre de 2005 desarrollaba la iniciativa «i 2010 Bibliotecas digitales». Y la comunicación de 11 de agosto de 2008 («El patrimonio cultural europeo a un clic de ratón») ha hecho una evaluación de los avances de la digitalización. Europeana es la gran biblioteca digital europea, lanzada ya como prototipo a finales de 2008. Hasta ahora centrada en las obras de dominio público y con preocupación por que todo el material protegido por derechos de autor no acabe fuera de ese entorno y se convierta en un gran «agujero negro» que abarque toda la cultura del siglo xx.

Esta actitud europea, respetuosa con los derechos de autor, contrasta con la acción masiva de Google para constituir una biblioteca virtual de la que formen parte tanto obras de dominio público como obras protegidas. Cuando llevaba varios millones

de ejemplares escaneados dicho gran portal de Internet, un grupo de editoriales y autores planteó una *class action*²⁵⁰. El procedimiento, seguido ante un juez de Nueva York, se suspendió ante la posibilidad de un *settlement agreement* entre The Authors Guild y Google el 28 de octubre de 2008, que finalmente no llegó a producirse. Las obras digitalizadas eran no solo de autores norteamericanos, sino de todo el mundo. El juez de Nueva York remitió el proyecto de acuerdo a asociaciones y gremios de autores y editores de todo el planeta. Y se preveía en el acuerdo que se consideraría que todos habían optado por aceptarlo (*opt-in*) si no habían dicho lo contrario antes de determinada fecha (*opt-out*, o derecho de exclusión). La consecuencia de no aceptarlo sería recibir las indemnizaciones que correspondieran. Y la de hacerlo, que la obra quedara en la biblioteca virtual y se recibieran las retribuciones pactadas en concepto de derechos de autor.

La operación ha sido, desde el punto de vista de la legislación en materia de derechos de autor, el más grande acto de piratería que jamás ha llegado a perpetrarse, en cuanto que se han digitalizado y dispuesto para su utilización millones de obras sin permiso de los titulares de derechos. Estas formas de comunicación y puesta a disposición del público de obras de cualquier clase fueron concretamente objeto de regulación en los tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) de 2 y 20 de diciembre de 1996, en los que se retuvo para los autores el derecho exclusivo de comunicación

²⁵⁰ Las *class action*, en el derecho norteamericano, son acciones en defensa de intereses difusos de grupos de empresas o ciudadanos afectados por una misma norma o una situación asimilable; los efectos de las sentencias alcanzan a todas las personas que estén en la misma situación aunque no hayan tenido participación en el proceso.

al público de sus obras, también cuando se lleve a cabo «por medios alámbricos o inalámbricos»²⁵¹. Hay utilización en los supuestos de *browsing*, *catching* o *linking*²⁵². La regla es general y solo admite unas cuantas excepciones establecidas en los tratados OMPI y, después también, en nuestra vigente Ley de Propiedad Intelectual.

Pese a estas reservas a favor de los derechos de autor, existen infinidad de lugares en Internet donde pueden encontrarse y descargarse obras protegidas desde el mismo momento en que los autores las ponen a disposición del público, pero distribuyéndolas gratuitamente y sin su permiso. Aunque todas las legislaciones en materia de propiedad intelectual contemplan acciones judiciales urgentes para evitar la continuidad de estos

²⁵¹ Pertenece a los autores el derecho a comunicar al público «por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición al público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y el momento que cada uno de ellos elija».

El problema de la determinación de en qué supuestos la libertad de expresión puede sobreponerse y desplazar a los derechos de autor es de frecuente análisis en la bibliografía norteamericana. Un libro colectivo que aborda la cuestión desde diferentes puntos de vista es el editado por Jonathan GRIFFITHS y Uma SUTHERSANEN, *Copyright and Free Speech. Comparative and International Analyses*, Oxford University Press, 2008.

²⁵² *Browsing* supone acceder a una obra en Internet con el fin de leerla o utilizarla. Puede considerarse como la realización de una copia. *Catching* es el almacenamiento temporal de un conjunto de datos para su uso posterior. Puede ser local (en el ordenador del usuario) o *proxy* (en el servidor). El autor de la obra pierde control sobre la versión almacenada, su puesta al día, la inserción de anuncios con ocasión de las visitas de esta, limitaciones al acceso, etc. *Linking* se produce cuando se establecen vínculos internos y externos que se obtienen simplemente *cliqueando*. *Cliquear* un enlace puede suponer la comisión de infracciones directas (creación de accesos no autorizados, transmisión de obras, comunicación y puesta a disposición del público de estas, creación de trabajos derivados no autorizados, incorporación de una obra a un trabajo colectivo, etc.).

actos de piratería, es notoria la dificultad para conseguir la cesación de estas prácticas, bien sea por la falta de jurisdicción de los tribunales sobre los sitios web en los que se producen los actos de piratería, bien sea por la multiplicación de los lugares donde existen copias ilegales.

En algunos países europeos se está optando por la solución de desconectar de Internet a los usuarios que descargan obras protegidas desde estos sitios piratas. Un país pionero en este proceso de fortalecimiento de los derechos de autor ha sido Francia. Después de un debate muy acalorado entre defensores de derechos de autor y asociaciones de internautas, se ha adoptado la Ley n.º 2009-669, de 12 de junio de 2009, a favor de la difusión y la protección de la creación en Internet, también llamada «Ley HADOPI» porque crea una autoridad pública independiente denominada *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet*. La ley ha sido luego completada con otra denominada HADOPI 2, adoptada en el Senado el 21 de septiembre de 2009. La Alta Autoridad tiene la función de vigilar los derechos de autor en Internet y evaluar las técnicas de filtraje y etiquetado de contenidos. Establece la primera Ley HADOPI una sanción administrativa que castiga específicamente el defecto de vigilancia de los accesos a Internet contra la utilización de estas por terceros para la difusión de obras al público sin el permiso de los titulares de derechos. La sanción se aplica de un modo gradual: primero se formula una advertencia escrita recordando la ley; después se hace un segundo apercibimiento mediante *lettre recommandée*, y la tercera medida, en caso de no corrección, es el corte de la conexión a Internet. El Consejo Constitucional emitió un dictamen, el 19 de mayo de 2009, considerando inconstitucional el corte si no se pronunciaba sobre ello un tribunal tras un debate contradictorio.

Una solución que sigue la corriente de la ley francesa, aunque con menos firmeza, es la que se ha establecido en España mediante la denominada «Ley Sinde»²⁵³. Un organismo nuevo, la Comisión de Propiedad Intelectual, puede adoptar medidas de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información cuando vulneren derechos de propiedad intelectual, o retirar contenidos que violen esos derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. La ley articula el procedimiento para llevar a cabo estas operaciones, que han de buscar, preferentemente, la retirada voluntaria. La imposición forzosa de las medidas requiere autorización judicial.

En el contexto de estas reformas, los proveedores de servicios y los buscadores de Internet tienen también un papel esencial, ya que los procesos de etiquetado y de identificación de productos lo que están promoviendo es la identificación de las páginas que respetan con corrección los derechos de autor para que los usuarios sean dirigidos hacia ellas, sancionándose la conducta contraria.

Es muy difícil eliminar totalmente de la Red una información difamatoria o vulneradora de la intimidad, o lesiva de los derechos de autor, porque puede haberse replicado y constar en miles de foros, páginas o sitios de toda clase. El trabajo de rastrearlos y conseguir su eliminación por vía administrativa o judicial es posible pero improbable. Y, para la mayoría de los ciu-

²⁵³ Se trata de una modificación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de 2002, que ya tengo citada, y de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996, mediante la Ley de 4 de marzo de 2011.

Se tramita, cuando cierro estas páginas, una nueva ley que modifica de nuevo los mencionados textos.

dadanos, inalcanzable. Pero buena parte del problema desaparecería si los buscadores y los grandes portales de Internet no facilitaran esta clase de informaciones cuando ya ha sido verificada su ilicitud. La autorregulación es inescusablemente un complemento indispensable de la ordenación jurídica del ciberespacio.

XI. Final: el futuro ya ha llegado. El nuevo paradigma

Por las inacabables galerías que forman la gran red circulan torrentes de palabras que nutren discursos inverosímiles. Se ofrecen allí datos inconsumibles, información inacabable y vías de comunicación de libre acceso, capacidad sin cuento y proyección universal.

Se percibe fácilmente que su consolidación y expansión son buenas noticias para la libertad de palabra, que nunca hasta ahora había dispuesto de un espacio tan extenso ni menos condicionado. Internet la ha instituido definitivamente como la primera libertad, cuyo vigor sirve de garantía para los demás derechos humanos.

Las ideas y opiniones han de confrontarse con otras del mismo género. No pueden combatirse usando la imposición ni las fórmulas imperativas. Los vericuetos por los que ha tenido que moverse la libertad de palabra hasta su definitiva consagración son la demostración más incontestable de que la verdad solo surge del debate entre opuestos. Las restricciones y las censuras, o las regulaciones disuasorias, son declaraciones sin contenido inteligente, no son discursos ni propician debates acomodados a la naturaleza humana. Las palabras secas, que solo contienen mandatos e imposiciones, prescinden de la fuerza de la razón. Lo explicó bien Miguel de Cervantes cuando, al inicio de su *Coloquio de los perros*, hace reconocer al mastín Berganza

que oír hablar al mastín Cipión le asombra por «parecerme —asegura— que el hablar nosotros pasa de los términos de naturaleza». A lo que Cipión contesta que «viene a ser mayor este milagro en que no solamente hablamos, sino que hablamos con discurso, como si fuéramos capaces de razón...».

Hablar con discurso, es decir, con inteligencia, es maravilla, portento o encantamiento cuando ocurre entre perros; prescindir del debate y la razón cuando la palabra se emplea entre seres racionales supone, por el contrario, secuestrar la inteligencia y sustituir el debate por el mandato.

Aquellos pensadores de los siglos XVI y XVII, que fueron pioneros reclamando tolerancia, no pidieron en verdad cosa distinta que el discurso, el contraste entre ideas expresadas utilizando la razón humana, en el convencimiento de que del debate no surge el enfrentamiento sino la eliminación de lo infundado o lo superfluo.

Castellio, clamando contra el ajusticiamiento de Miguel Servet, exigió por primera vez la igualdad de armas en el debate de las ideas de modo que a las razones y las palabras se opusieran palabras y razones, y no la violencia. De aquí su famosa acusación contra los ginebrinos de que al matar a Servet no estaban defendiendo ninguna doctrina sino simplemente matando a un hombre. «¿Qué tiene que ver la espada con la doctrina?», desafió.

El alegato de John Milton contra cualquier forma de censura está basado en que la verdad es irreprimible, y por más que se trate de sojuzgarla, siempre se abre camino. «El conocimiento y examen de los vicios de este mundo —aseguró— son necesarios para la constitución de la virtud humana, como lo es el análisis del error para la confirmación de la verdad». Es vano el esfuerzo por considerar un crimen opiniones que algunos indi-

viduos creen verdaderas. No podrán las leyes imponerse. No es cosa del poder definir la verdad, sino establecer las condiciones para que cada uno la encuentre. Para ello es indispensable que las ideas y opiniones puedan divulgarse y confrontarse en libertad. En esta dirección apuntaron los escritos de Spinoza y Locke, entre otros, de los que ya he dado cuenta.

En todos los tiempos la libertad de palabra se ha encontrado por los caminos hombres que han creído que el mejor destino de los escritos que consideraron perjudiciales es la prohibición o el fuego.

La moda de los libros de caballerías, que prendió en la sociedad española del quinientos con un furor y apasionamiento indecibles, pareció a destacados humanistas tan inadmisibles como consideramos ahora nosotros algunos programas de televisión. Eran, como estos, fuentes de aprovisionamiento de ideas y costumbres que no tenían, a juicio de los eruditos, nada aprovechable. Los consideraban por completo perjudiciales. El académico Martín de Riquer²⁵⁴ sistematizó las opiniones de los moralistas y autores graves frente a los libros de caballerías, ya se refirieran a los autores de las obras o a sus lectores. Respecto de los primeros se generalizó la idea de que eran personas ociosas y despreocupadas que perdían el tiempo escribiendo necedades. Son iletrados —sostenían—, escriben mal y han leído poco; y además, son mentirosos, enemigos de la verdad. En cuanto a los lectores, decían los críticos que eran incitados a la sensualidad y al vicio; además, les hacían perder el tiempo. Se trataba, en fin, de lecturas propias de personas ociosas. Las consecuencias de esta fulminación es que

²⁵⁴ MARTÍN DE RIQUER, «Actitud de los moralistas y autores graves frente a los libros de caballerías y la de Cervantes», en su libro *Para leer a Cervantes*, Acantilado, Barcelona, 2010, págs. 99 y sigs.

se propusiera por los críticos que tales libros fueran prohibidos, castigados o quemados. Puede resultar asombroso, considerando la radicalidad de las condenas desde los actuales puntos de vista, que en la nómina de los críticos figuraran humanistas de la hondura e importancia de Luis Vives, Alfonso de Valdés, fray Antonio de Guevara, Pedro Mexía, Alonso de Fuentes, Fernández de Oviedo, Arias Montano o fray Luis de Granada.

Todas estas diatribas de los moralistas (he omitido de la lista a Melchor Cano, que quizá fue el más radical, para destacar que la oposición también partió de erasmistas y humanistas críticos con la ortodoxia católica) fueron infructuosas y sus propuestas radicales contrastan con el método usado por Miguel de Cervantes para combatir los libros de caballerías.

Había leído y releído tantos de estos libros como el que más; muchos de los setenta, más o menos, que circulaban por España²⁵⁵, y le eran especialmente familiares el ciclo de los Amadises y el de los Palmerines, pero, consciente también de que se trataba de una literatura banal e inconsistente, ideó la forma de combatirla oponiéndole no la hoguera, sino otra literatura, la de don Quijote de la Mancha. El Quijote está lleno de enseñanzas inacabables que han ido explorándose a lo largo de sus cuatro siglos de existencia. Pero quizás no sea la menor esta de que las palabras vanas y perniciosas se han de combatir con otros discursos mejores, que atraigan a los individuos desplazándolos de las lecturas inadecuadas.

En el prólogo de 1605 Cervantes informa de que toda su obra es una «invectiva contra los libros de caballerías» pues «no

²⁵⁵ El cálculo en Sylvia ROUBAUD, «Los libros de caballerías», en *Miguel de Cervantes, Don Quijote de la Mancha*, edición dirigida por Francisco Rico, Instituto Cervantes y Crítica, Barcelona, 1998, págs. cv y sigs.

mira a más que a deshacer la autoridad y cabida que en el mundo y en el vulgo tienen» sus «fabulosos disparates». Y en ello insiste hasta el final, cuando, en el capítulo conclusivo de 1615, pone en boca del apócrifo autor Cide Hamete Benengeli que no ha sido otro su deseo «que poner en aborrecimiento de los hombres las fingidas historias de los libros de caballerías, que las de mi verdadero don Quijote van ya tropezando y han de caer del todo sin duda alguna».

La profecía se cumplió exactamente. Los libros de caballerías acabaron siendo marginados. En los siglos sucesivos incluso llegarían a desaparecer, creo que en mala hora, de la circulación. Pero atengámonos a que la victoria se apreció de modo inmediato. Joseph de Valdivieso, que tuvo encomendada la aprobación de la segunda parte del Quijote, que firmó el 17 de marzo de 1615, hizo constar en aquella que «... el autor, mezclando las veras y las burlas, lo dulce a lo provechoso y lo moral a lo faceto, disimulando en el cebo del donaire el anzuelo de la reprehensión, y cumpliendo con el acertado asunto en que pretende la expulsión de los libros de caballerías, pues con su buena diligencia mañosamente ha limpiado de su contagiosa dolencia a estos reinos».

El método de responder al discurso con el discurso, al escrito con otros escritos, a la literatura con distinta literatura, que ha sido el que la libertad de pensamiento y expresión han reclamado a lo largo de medio milenio, ha alcanzado su desarrollo absoluto en la era de Internet.

Por el dédalo de las infovías y las barriadas del ciberespacio circulan ideas y opiniones, escritos y creaciones literarias y artísticas a las que resulta imposible aplicar las fórmulas de control ideadas en el siglo XVI. No hay censura posible de la libertad de palabra en el universo digital. El nuevo mundo virtual acaba de ser descubierto y no parece haber sido conquistado del todo por

nadie. De modo que, como ocurría en las tierras vírgenes de civilización siglos atrás, es un espacio propicio para vivir sin leyes. Los poderes públicos tienen mucho que hacer todavía para evitar que se cometan delitos horrendos como los robos de la propiedad intelectual ajena, el adoctrinamiento en el odio y la violencia, o los abusos de los datos personales. Pero la libertad de palabra, cuando consiste en expresar pensamientos u opiniones, puede transitar por un territorio exento de censuras y regulaciones opresivas.

Internet tiene un atractivo que recuerda el que ejercieron sobre sus lectores los libros de caballerías. También seduce y resulta irresistible para muchos usuarios. Se dejan ver por las calles muchas gentes de apariencia trastornada y con signos premonitorios de una incipiente sequía en el cerebro, que transitan con la mirada fija en pequeñas pantallas que agitan con golpes de pulgar.

La constatación de que no es ni filtrable ni controlable esa información descomunal ni las opiniones que circulan por las redes, debe llevar también a concluir que se ha implantado un nuevo paradigma relativo a la libertad de palabra, que ha dejado anticuadas todas las regulaciones que afectaban a su ejercicio.

En efecto, las declaraciones de derechos, las constituciones y los tratados y convenios internacionales, que he analizado a lo largo de esta disertación, han configurado la función de los poderes públicos en un sentido negativo en relación con la libertad de expresión. Prohibieron, en la versión norteamericana, que el Congreso hiciera leyes que la restringieran, o en la versión continental europea, cualquier forma de censura, como sigue prescribiendo hoy el artículo 20.2 de nuestra Constitución.

Este mandato estrictamente negativo es ahora insuficiente para proteger la libertad de palabra. En Internet no es posible

contener la información sino con información, y las opiniones contrastándolas con otras opiniones. Los deberes de los poderes públicos han de orientarse a hacer posible el debate y la respuesta en el ciberespacio, la igualdad de armas, el apoyo a quienes tienen más dificultades para defender sus puntos de vista. El gran cambio de paradigma que impone Internet es que la acción de los poderes públicos ha de ser esencialmente positiva, activa, dirigida a asegurar la neutralidad de las redes, y que ninguna persona ni comunidad resulten marginadas. Especialmente para evitar restricciones a la libertad de acceso y los abusos de las posiciones dominantes de las grandes corporaciones que operan en las redes. En definitiva, garantizar que el mercado universal de las ideas, que es hoy principalmente Internet, funcione asegurando una justa competencia, lo que requerirá una actuación constante dirigida a la eliminación de todos los estorbos y restricciones que puedan coartar el libre tráfico de las opiniones.

Ha llegado pues el tiempo en el que definitivamente la libertad de palabra se ha hecho irreprimible y, como se venía reclamando desde hace cinco siglos, no tiene más freno posible que el que opongan otras expresiones del pensamiento o de la creatividad humana que pueda gozar de protección.

Debe abordarse este último itinerario, que es el marcado por las ciberautopistas, con la confianza de que conduce hacia cotas de mayor tolerancia y bienestar. Sin ningún temor a los heterogéneos discursos que se encontrarán a cada paso en ese maravilloso mundo virtual. Podrá aplicárseles, para evaluarlos, el mismo criterio que utilizó Voltaire respecto de los libros: es cierto que muchos de ellos pueden resultar aburridos, pero «no conozco ninguno que haya causado verdadero mal».

Índice onomástico

- AARON, I.: 71.
ABELLÁN, J.: 35.
ADAMS, J.: 41, 42, 43, 93, 107, 111.
ADAMS, S.: 42.
ADAMSON, B.: 32.
ADRIANO VI: 49.
ALCALÁ, Á.: 54, 56, 57, 139.
ALCALÁ GALIANO, A.: 10.
ALEJANDRE, J. A.: 146.
ALEJANDRO VI: 138.
ALEXANDER, J.: 101, 102.
ALLENDEALAZAR OLASO, M.: 66.
ALONSO, C.: 143.
ALONSO DE FUENTES: 258.
ALONSO ESPINOSA, C.: 239.
ALTMAN, A.: 202.
ALVARADO PLANAS, J.: 131.
ÁLVAREZ-BUYLLA, A.: 83.
ÁLVAREZ JUNCO, J.: 146, 152.
AMARAYO, R. R.: 92.
ANASTAPLO, G.: 25, 80, 113.
ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: 67, 86.
ANTISERI, D.: 59.
APARISI MILLARES, A.: 44.
ARECES, M. T.: 219.
ARGÜELLES: 156.
ARIAS MONTANO: 258.
ARISTÓTELES: 41.
ARJONA SEBASTIÁ, C.: 166.
ARMINIUS: 64.
ARMIÑO, M.: 75.
ARMITAGE, D.: 26.
ARTOLA, M.: 59.
ATTANASIO, J.: 170, 205.
AZCÁRATE, P. de: 113.
AZCONA, R.: 18.
BACON, F.: 59.
BAILYN, B.: 25, 26, 40, 41, 44, 93.
BARAN, P.: 224.
BARENDT, E.: 193, 205, 254.
BARILIER, C. E.: 57.
BARRÈRE, B.: 124, 128.
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: 50.
BASTIDE, C.: 73, 91.
BAYOD, J.: 49.
BEARD, C. A.: 25.
BECCARIA, C.: 42, 43, 75, 76.
BELARMINO: 60, 61.
BELLOCH ZIMMERMAN, J.: 106,
107.
BELTRÁN DE FELIPE, M.: 164, 166,
170.
BELTRÁN MARÍ, A.: 63.

BERLIN, I.: 113.
 BERNES, W.: 25.
 BETEGÓN CARRILLO, J.: 76.
 BÈZE, T. de: 56, 57, 64.
 BLACK: 161, 170.
 BLACKSTONE, W.: 94, 100, 110.
 BLANC, L.: 123.
 BLANCO, R.: 122.
 BLANCO WHITE, J. M.^a: 151, 152.
 BLASCO IBÁÑEZ, V.: 123.
 BLASI, V.: 86.
 BLOMART, A.: 238.
 BOBBIO, N.: 73.
 BODINO, J.: 53.
 BOHATEC, J.: 35.
 BOIX PALOP, A.: 239.
 BOLLINGER, L. C.: 168, 179, 200,
 201.
 BONAPARTE, J.: 150.
 BORRHAUS, M.: 56.
 BOURNE, H. R.: 71.
 BOUTMY, E.: 35, 36, 37.
 BRADLEY, R.: 103.
 BRANDEIS: 165, 166, 203.
 BRANT, I.: 25.
 BRAVO GALA, P.: 71.
 BRENNAN: 171, 177, 209.
 BRIENNES, M. De: 134.
 BRISSOT, J. P.: 124.
 BROGLIE, DUQUE DE: 134.
 BROWN, R.: 30.
 BUISSON, F.: 57.
 BURGOS, J. de: 10.
 BURGOS RINCÓN, J.: 141.
 BURLAMAQUI, J. J.: 42.
 BURRIEL, A.: 155.
 BUSH, G.: 167, 231.
 BUSTOS, R.: 187.
 CABANILLES, A. J.: 144.
 CACHO SÁNCHEZ, Y.: 216.
 CALVINO, J.: 54, 55, 56, 57, 58,
 60, 64, 77.
 CAMPS, V.: 67, 74.
 CANO, M.: 258.
 CAÑAMARES ARRIBAS, S.: 214,
 216, 220.
 CAÑUELO Y HEREDIA, L. M.^a del:
 143.
 CARLOS I: 96.
 CARLOS II: 96.
 CARLOS IV: 145, 154.
 CARLOS V: 49.
 CARNER, J.: 83.
 CARRILLO, M.: 83.
 CARVALLO, G.: 119.
 CASCALES RAMOS, A.: 151.
 CASSANDER, G.: 63.
 CASTELLIO, S.: 20, 56, 57, 58, 64,
 65, 256.
 CASTELLS, M.: 225, 228.
 CATÓN: 94.
 CAXTON, W.: 80.
 CERRÁ: 124.
 CERVANTES, M. DE: 255, 258.
 CÉSAR: 41.
 CHAFEE, Z.: 164.
 CHARTIER, R.: 80, 97, 119, 142.
 CHIRAC, J.: 214.
 CHRISTOPHERSEN, H. O.: 71.

- CICERÓN: 41.
 COKE, E.: 44, 97, 98, 104.
 COLLINS, F.: 200.
 COLLINS, M.: 239.
 COLOMAR, J. M.: 73.
 COMBALÍA, Z.: 212.
 COMMANGER, H. S.: 105.
 COORNHERT, D.: 20, 64, 65.
 COPÉRNICO, N.: 59, 60.
 CORBIN, A.: 76.
 COSBY, W.: 101, 102, 103, 105.
 COURTINE, J. J.: 76.
 CRANSTON, M. W.: 71.
 CROLHAE, G.: 64.
 CROMWELL, O.: 83, 96.
 CURBET, J.: 83.
- DARNTON, R.: 120.
 DEGRELLE, L.: 205.
 DÉMEUNIER, J.-N.: 127.
 DESCARTES, R.: 59.
 DESMOULINS, C.: 124.
 DICEY, A. W.: 117.
 DICKINSON, J.: 93.
 DIDEROT, D.: 117.
 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN,
 L.: 181.
 DOMÍNGUEZ, A.: 67.
 DOUGLAS: 161, 170.
 DUIFHUIS, H.: 64.
 DZELZAINIS, M.: 86.
- EASTLAND, T.: 167, 179.
 EGIDO, T.: 71.
 ELLIS, J. J.: 26.
- EMANUEL, S. L.: 205.
 EMERSON, T.: 167, 179.
 ENCISO RECIO, L. M.: 142.
 ENGELSING, R.: 119.
 ENRIQUE IV: 58.
 ENRIQUE VIII: 79, 97, 98.
 ERASMO DE ROTTERDAM: 20, 48,
 49, 51, 63.
 ERHARD, J. B.: 92.
 ESCOLAMPADIO, J.: 53.
 ESCUDERO, J. A.: 138, 149, 153.
 ESPEJO, C.: 80, 97, 142.
 ESPINOSA, L.: 67.
 ESTRABÓN: 41.
 EURÍPIDES: 41.
- FELIPE II: 141.
 FELIPE IV: 141.
 FERNÁNDEZ DE OVIEDO: 258.
 FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: 76.
 FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: 184.
 FERNÁNDEZ SARDINO, P.: 150.
 FERNANDO VII: 142, 149, 153,
 154.
 FINKELMAN, P.: 31, 101.
 FIORAVANTI, M.: 37, 38.
 FIRPO, M.: 65.
 FISCHER, K.: 62.
 FISS, O.: 168, 178, 204.
 FLANAGAN, R.: 87.
 FLEET, T.: 101.
 FLORIDABLANCA: 144.
 FOUCAULT, M.: 75.
 FOWLE, D.: 101.

FRANCISCO DE VITORIA: 48, 49, 50.
 FRANCISCO I: 49.
 FRANCK, S.: 64, 65.
 FRANKLIN, B.: 42, 93.
 FRAYLE DELGADO, L.: 50.
 FRÉNON: 124.
 FUENTE MONGE, G. de la: 146, 152.

 GACTO, E.: 139, 145, 146.
 GALILEO: 59, 60, 61, 62, 63, 64.
 GAMPER SACHSE, D.: 238.
 GARAY, A.: 216.
 GARCÍA CÁRCCEL, R.: 141.
 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: 11, 28.
 GARCÍA DOTA, M. Á.: 153.
 GARCÍA ESTÉBANEZ, E.: 51.
 GARCÍA OLIVA, J.: 216.
 GARCÍA ROCA, J.: 187.
 GARCÍA URETA, A.: 216.
 GARNICA SILVA, A.: 151.
 GAUCHET, M.: 37, 38.
 GEBHARDT, C.: 66, 67.
 GEYMONAT, L.: 62.
 GIBSON, J.: 71.
 GIL, I.-M.: 18.
 GIRARDIN, E.: 125, 134, 135.
 GODWIN, M.: 237, 239.
 GOETHE, J. W.: 119.
 GOLDSTEIN, J. K.: 170, 205.
 GÓMEZ BECERRA, Á.: 155.
 GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: 164, 166, 170.
 GORDON, T.: 45, 92, 96, 105, 116.
 GORSAS, A. J.: 123.
 GOUGH, J. W.: 73.
 GOYTISOLO, J.: 151.
 GRANADA, L. de: 258.
 GRAU, L.: 26, 30, 32.
 GREENE, J. P.: 95.
 GRIBBIN, J.: 59.
 GRIFFITHS, J.: 250.
 GROCIO, H.: 20, 42, 62.
 GROUCHO MARX: 11.
 GUEVARA, A. de: 258.
 GUGGISBERG, H.: 53.
 GUILLERMO DE ORANGE: 96.
 GUY DE BRÈS: 64.

 HÄGERMANN, G.: 38.
 HAMILTON, A.: 103, 104, 105.
 HAND, L.: 25.
 HARLAND: 198.
 HARRINGTON, J.: 43.
 HASHAGEN, J.: 35, 38.
 HATIN, E.: 117, 123, 125, 129, 134.
 HAUZSGEN, J.: 53.
 HAWKING, W.: 99.
 HAZARD, P.: 65.
 HELVECIO: 118.
 HENTOFF, N.: 25.
 HERDER, J. G.: 92.
 HERNÁNDEZ, M.: 92.
 HERNANDO, B. M.: 122.
 HERÓDOTO: 41.
 HERR, R.: 145.
 HERREROS, E.: 13.
 HILL, C.: 86.

- HILLAR, M.: 53.
HITLER, A.: 205.
HOFMANN, H.: 40.
HOLMES, O. W.: 161, 163, 164,
165, 166, 172, 203.
HOLT: 99.
HOMERO: 41.
HORACIO: 41.
HUGHES: 169.
HUME, D.: 73.
HUNT, L.: 75.
HUSSAIN, M.: 238.
HUTCHINSON, A.: 101, 110.
HYTHLODÉE, R.: 50.
- IGLESIA, R.: 97.
INOCENCIO VIII: 138.
ISABEL I: 98, 117.
ISRAEL, J. I.: 67.
- JACOBO I: 96, 97.
JACOBO II: 96.
JANET: 29.
JANSEN, H.: 64.
JEFFERSON, T.: 26, 34, 41, 42, 43,
93, 95, 105, 106, 107, 111.
JELLINEK, G.: 27, 28, 29, 30, 31,
33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 196.
JENOFONTE: 41.
JOHNSON, L.: 203.
JOVELLANOS, G.: 10, 143.
JOVIS, D.: 56.
JUNIUS: 63.
- KALVEN, H.: 175.
- KAMEN, H.: 53, 72.
KAMMEN, M.: 26.
KANT, I.: 91, 92.
KATZ, S. N.: 94.
KENDALL, W.: 86.
KEPLER, J.: 59.
KESSLER, D.: 119, 213.
KLOESTOCK: 119.
KOYRÉ, A.: 62.
KREISKY, B.: 189.
KUHN, T. S.: 58.
- LA LUCERNE: 127.
LA ROCHEFOUCAULT: 127.
LA TORRE, M.: 221.
LABUNSKI, R.: 111.
LAFAYETTE: 34, 36, 127.
LAIGLESIA, Á. de: 13.
LARDIZÁBAL, M.: 10.
LASAGABASTER, I.: 186, 214.
LÁZARO CARRETER, F.: 16.
LAZCANO BROTONS, Í.: 186.
LE BRETON: 117.
LE TOURNEAU, D.: 214.
LECLER, J.: 47, 53, 55, 57, 63, 64,
65.
LEPELETIER DE SAINT FARGEAU,
L.-M.: 76.
LESSING, G. E.: 92.
LEVY, L. W.: 93, 99, 101, 108, 110,
161.
LEWALSKI, B. K.: 87.
LEWIS, A.: 168, 172, 178.
LIMBORCH, P.: 71.
LINGENS, P. M.: 189, 190, 191.

- LIPSCHULTZ, J. H.: 237.
 LLAMAZARES, D.: 221.
 LOCKE, J.: 20, 32, 36, 42, 43, 44,
 70, 71, 72, 74, 82, 86, 89, 90,
 91, 92, 94, 96, 105, 106, 107,
 116, 166, 257.
 LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J.: 152.
 LORD HOLLAND: 151.
 LORD SHAFTESBURY: 70, 71.
 LOUSTALOT: 124.
 LUCANO: 41.
 LUCAS, J. P. de: 67.
 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA;
 P.: 244.
 LUIS XIV: 72.
 LUTERO, M.: 51, 60, 64, 176.
- MACPHERSON, C. B.: 73.
 MADISON, J.: 111, 160, 171.
 MAESTRE, A.: 92.
 MAINER, J. C.: 143.
 MAITRA, I.: 202.
 MALESHERBES, G. C.: 117, 118,
 119, 120, 121, 122.
 MANSFIELD: 110.
 MARAT, J. P.: 124, 125, 130.
 MARÍA DE ORANGE: 96.
 MARÍAS, J.: 65.
 MARINA: J. A.: 13.
 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER,
 L.: 219, 220.
 MARTÍNEZ MARINA: 10.
 MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: 212, 213,
 218.
 MASSON DE MORVILLIERS: 144.
- MATEO DÍEZ, L.: 11.
 MCKEAN: 110.
 McCONNELL, M. W.: 32.
 MCCOY, D. R.: 111.
 MCGOWAN, M. K.: 202.
 MEIKLEJOHN, A.: 25, 174, 175.
 MELANCHTON, F.: 54, 60.
 MELÉNDEZ VALDÉS, J.: 143.
 MENDELSSOHN, M.: 92.
 MENÉNDEZ PELAYO, M.: 145, 151.
 MESEGUER VELASCO, S.: 212, 220.
 MEXÍA, P.: 258.
 MICHELET, J.: 123.
 MÍGUEZ, N.: 76.
 MIHURA, M.: 13.
 MILL, J. S.: 113.
 MILTON, J.: 20, 43, 82, 83, 84, 85,
 86, 87, 89, 90, 94, 105, 116, 121,
 122, 124, 166, 256.
 MINGOTE, A.: 9, 11, 12, 13, 14, 15,
 16, 17, 18.
 MIÑANO, S. de: 154.
 MIRABEAU: 86, 121, 122, 123, 124,
 125, 127, 128, 129.
 MIRANDA, C. E.: 86.
 MOELLER, B.: 53.
 MONTESQUIEU: 43.
 MORANGE, C.: 154.
 MORENO BOTELLA, G.: 217.
 MORO, T.: 20, 48, 50, 51, 79, 97.
 MORRIS, L.: 101.
 MOUNIER, J.: 127.
 MÜCKL, S.: 220.
 MUGNIER-POLLET, L.: 67
 MULLET, C. F.: 41.

- MUÑOZ MACHADO, S.: 139, 178, 182, 229.
- MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J.: 182.
- MUÑOZ TORRERO, D.: 148, 150.
- MURPHY, M.: 151.
- MUYART DE VOUGLANS, P.-F.: 75.
- NAPOLEÓN: 133, 134, 150.
- NAVARRO-VALLS, R.: 212, 218.
- NEVILLE, E.: 13, 43, 44.
- NEWBORNE, B.: 178.
- NEWTON, I.: 59.
- NICLAES, H.: 64.
- NIETO, A.: 155, 156.
- NINA, C. de: 144.
- NIXON, R.: 170.
- NUNZIATO, D. C.: 230, 231, 232.
- O'BRIAN: 162.
- ÖESTRICH, G.: 37, 39.
- OLIVEROS: 148.
- OLLERO, A.: 221.
- OSIANDER, A.: 60.
- OTIS, J.: 42, 43.
- PACHECO: 10.
- PALOMINO, Á.: 18.
- PALOMINO VELASCO, R.: 212.
- PÁRAMO, J. R. de: 53.
- PAREJO GUZMÁN, M.^aJ.: 213, 220.
- PARELLADA, J.: 49.
- PAULSON, S. L.: 40.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: 52, 65, 72, 76.
- PEÑA ECHEVARRÍA, F. J.: 67.
- PEREIRA Y CASTRIGO, L. M.: 143.
- PÉREZ DE CASTRO. E.: 147.
- PÉREZ JUAN, J. A.: 149.
- PETER, M.: 189.
- PETERS, E.: 76.
- PINO ABAD, M.: 145.
- PIÑAR, J. L.: 244.
- PLANTIN, C.: 64.
- PLATÓN: 41.
- POCH, A.: 51.
- POCOCK, J. G. A.: 44, 45.
- POLIN, R.: 73.
- POSADA, A.: 27, 28, 29.
- PRAHL, F.: 53.
- PRIETO ÁLVAREZ, T.: 214, 220.
- PRIETO SANCHÍS. L.: 52, 72.
- PUFFENDORF, S.: 34, 42.
- QUINTANA, M. J.: 146, 151.
- RABAUT DE SAINT-ÉTIENNE: 127.
- RAKOVE, J. N.: 26, 111.
- RAMOS SANTANA, A.: 152, 153.
- RANZ ROMANILLOS, A.: 10.
- RAYMOND, J.: 97.
- REAGAN, R.: 203.
- REALE, G.: 59.
- REDLICH, N.: 170, 205.
- RELAÑO, E.: 216.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: 185, 204.
- REYES GÓMEZ, F. de los: 139.
- RHÉDON: 127.
- RIALS, S.: 37, 38, 116.
- RIBER, L.: 49.

- RICHARD, C. J.: 41.
 RICHARDS, D. A. J.: 162, 179, 201.
 RICHARDSON: 119.
 RICO, F.: 258.
 RICO LINAJE, R.: 151.
 RINCK, J.: 49.
 RÍO, M. J. del: 72.
 RIPOLLI, M.: 204.
 RIQUER, M. de: 257.
 RITTER, G.: 35, 39.
 ROBESPIERRE, M.: 128.
 ROBLES MORCHÓN, G.: 36.
 ROCA, M.: 217.
 RODIN, A.: 14.
 RODRÍGUEZ ARANDA, L.: 73.
 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: 200,
 204.
 RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: 65,
 67.
 ROMERO FERRER, A.: 152, 153.
 ROSSI, P.: 59.
 ROUBAUD, S.: 258.
 ROUSSEAU, J. J.: 28, 29, 36, 42,
 119.
 RUBIO LÓPEZ, J. I.: 211.

 SABOURIN, P.: 213.
 SÁEZ BERCEO, M.^a C.: 153.
 SALDAÑA DÍAZ, M.^a N.: 86.
 SALVADOR CODERCH, P.: 178,
 181, 210.
 SAMANIEGO, F. M.^a: 143.
 SÁNCHEZ RON, J. M.: 11, 13, 59.
 SÁNCHEZ-BLANCO, F.: 145.
 SANTOLAYA, P.: 187.

 SARTRE, J. P.: 184.
 SAVATER, F.: 75.
 SCALIA: 201.
 SCHILLER, F.: 92.
 SCHNUR, R.: 35.
 SCHULTE, M.: 40.
 SCHWARTZ, B.: 25.
 SECONDO CURIO, C.: 56.
 SEGURA ORTEGA, M.: 76.
 SEMPERE Y GUARINOS, J.: 145.
 SÉNECA: 41.
 SERVET, M.: 52, 53, 54, 55, 56, 57,
 58, 77, 256.
 SHIFFRIN, S. H.: 175.
 SIERRA CORELLA, A.: 138.
 SIÉYÈS, E.: 127, 128, 129, 134.
 SMOLLA, R. A.: 175, 179.
 SÓFOCLES: 41,
 SOLÍS SANTOS, C.: 58.
 SOZZINI, L.: 56.
 SPINOZA, B.: 20, 65, 66, 67, 69, 70,
 71, 87, 88, 90, 94, 257.
 STOLLEIS, M.: 40.
 STONE, G.: 161, 168, 179.
 SULLIVAN; L. B.: 176, 177.
 SUNSTEIN, C. R.: 232.
 SUTHERSANEN, U.: 250.
 SYDNEY, A.: 43.

 TÁCITO: 41.
 TARELLO, G.: 38, 39.
 TAURINUS: 64.
 TEDESCHI, P.: 213.
 THOURET: 127.
 TIERNO GALVÁN, E.: 67.

TITO LIVIO: 41.
 TOMÁS Y VALIENTE, F.: 43, 76.
 TONO: 13.
 TORNER, F. M.: 97.
 TRENCHARD, J.: 45, 92, 96, 105,
 116.
 TREVELYAN, G. M.: 83, 97.
 TRIBE, L. H.: 199.
 TROELTSCH, E.: 35.
 TROUCHET: 127.
 TUCÍDIDES: 41.
 TYCHO BRAHE: 59.

URBANO VIII: 61.
 UROFSKY, M. I.: 31, 101.
 USSÍA, A.: 18.
 UZCANGA MEINECKE, F.: 145.

VALDÉS, A. de: 258.
 VALDIVIESO, J. de: 259.
 VALLESPÍN, F.: 67, 73.
 VAN DAM, R.: 102.
 VARELA, C.: 50.
 VESPUCCIO, A.: 50.
 VIANO, C. A.: 71.
 VÍAS MAHOU, B.: 54.
 VIDAL PEÑA: 67.
 VIGARELLO, G.: 76.

VIRGILIO: 41.
 VIVES, L.: 20, 48, 49, 258.
 VOLTAIRE: 43, 74, 76, 77, 79, 261.
 VOSSLER, O.: 35, 38.

WAGMAN, R. J.: 25, 112.
 WALTON, C.: 126.
 WEBER, M.: 35.
 WEILER, J.: 221.
 WELZEL, H.: 35.
 WERHAM, K.: 167, 179.
 WEYMOUTH, L.: 105, 107.
 WHITE, M.: 93.
 WIESENTHAL, S.: 189.
 WIGGINS, J. R.: 107.
 WILLIAMS, R.: 32, 34, 36, 39, 101.
 WITTMANN, R.: 119.
 WOLFE, D. M.: 86.
 WOLFF, C.: 34.
 WTENBOGAERT, J.: 64.

YOLTON, J. W.: 71.

ZENGER, J. P.: 102, 103, 104, 105,
 110.
 ZUTTERE, P. de: 64.
 ZWEIG, S.: 54.

Contestación
del
EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ RON

La historia de las sociedades, su ayer al igual que su hoy, se vertebraba en torno a muchos pilares, pero dos de ellos destacan por imprescindibles: las personas y las instituciones. Nos encontramos hoy en una institución, la Real Academia Española, que después de tres siglos de vida —no es poco y sí sorprendente— goza de un respeto generalizado, a ambos lados del Atlántico. No debemos olvidar, sin embargo, que las instituciones, cualquier institución, se nutren de las personas, que son estas las que les dan vida y las mantienen, reviviéndolas constantemente. No existe institución que, a la larga, pueda sobrevivir si quienes la componen no son dignos de ellas. Por eso son tan importantes ocasiones como la presente, en las que un nuevo académico toma posesión de su puesto. Cierto es que también se trata de un momento agridulce, en el que la alegría al recibir a un nuevo compañero se combina con el recuerdo del desaparecido, circunstancia esta particularmente dolorosa cuando el ausente es un hombre que pocos enemigos, si es que alguno, tuvo, un hombre cuya bonhomía, lealtad y creatividad siempre echaremos de menos: don Antonio Mingote.

Digno sucesor suyo, aunque en dominios muy diferentes, es el jurista cuyo discurso acabamos de escuchar: Santiago Muñoz Machado. Un jurista, sí, pero uno que ha rebasado con creces los límites de ese oficio convirtiéndose también en un referente intelectual en otros ámbitos.

Como jurista, Muñoz Machado ha desarrollado todas las facetas que es posible cultivar en el derecho. En primer lugar, ha sido un servidor de la Administración pública. Natural de Pozoblanco (Córdoba), lugar que ni su alma ni su cuerpo han abandonado nunca, nada más terminar la carrera de Derecho ingresó por oposición en uno de los altos cuerpos de la Administración, el de Técnicos de la Administración Civil del Estado y con apenas veinticuatro años empezó a prestar servicios a la presidencia del Gobierno, colaborando en los estudios en que habría de basarse la nueva Constitución de 1978. Su recorrido por la Administración del Estado se desarrolló entre 1974 y 1980. Entre los muchos retos de los Gobiernos de la época, la organización del sistema democrático y la nueva organización territorial del Estado fueron los prioritarios. En ambos trabajó, pero, muy especialmente en resolver el problema de la transición desde el fuerte centralismo que había caracterizado al Estado durante decenios, a una profunda descentralización política.

Fruto de esas experiencias y estudios fue un monumental tratado en dos volúmenes que escribió entre 1982 y 1984: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, en el que daba una explicación sistemática de cómo funciona un Estado complejo como el que España quería construir entonces. Francisco Tomás y Valiente dijo en alguno de sus escritos que esta obra fue decisiva como guía para la resolución de los problemas con los que tuvo que enfrentarse el Tribunal Constitucional.

A poco de estabilizarse aquel período de estreno de un nuevo modelo de Estado, se sobrepuso a aquella estructura novísima otra que era muy poco conocida para los juristas españoles: la Comunidad Europea. Muñoz Machado, junto con Eduardo García de Enterría, hizo para los Gobiernos de la época los estudios esenciales que permitieron asumir el choque

entre la nueva cultura europea y las determinaciones de nuestra Constitución. De esta época son sus monografías *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española* y el *Tratado de Derecho Comunitario*, en el que ocupó la posición de director junto con García de Enterría y el eminente internacionalista y magistrado del Tribunal Constitucional Julio González Campos. Más tarde siguió su tarea en solitario con la monografía *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea* (1986), hasta rematar la serie de sus libros concernientes a los problemas de la unificación europea con el último, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado* (1993).

Estas mismas preocupaciones por el Estado y la cosa pública, desarrolladas en su época de funcionario, han estado también muy presentes en su carrera como abogado, iniciada el año que obtuvo su primera cátedra, la de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, en 1980. Fue entonces cuando dejó definitivamente su trabajo activo en la Administración, aunque puede decirse que la Administración no lo abandonó a él porque siguió requiriendo sus servicios como profesional. Son incontables los borradores y anteproyectos de ley que han pasado por sus manos, pero como él mismo ha recordado en alguno de sus escritos, nada ha estado más cerca de su corazón que las aportaciones que ha realizado a leyes que han proclamado derechos de carácter social, entre las que destacan tres: la Ley General de Sanidad de 1986, todavía vigente, cuyo borrador escribió personalmente, preámbulo incluido, por encargo del ministro Ernest Lluch; la Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad de 2003; y la Ley de Protección de Personas con Dependencia, de 2006.

En 1982 dejó la Universidad de Valencia al obtener la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá de

Henares, desde la que pasó a la misma cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, que desempeña desde entonces.

Con ser importantes los detalles que acabo de mencionar, no son suficientes para que nos hagamos una idea cabal, medianamente completa, de quien ahora toma posesión del sillón r. Falta la mención de su obra escrita, mucho más amplia que los textos a los que ya he aludido. En su reciente biografía del humanista del siglo XVI, otro distinguido pozoalbense, Juan Ginés de Sepúlveda, el profesor Muñoz Machado ha escrito que la vida de este personaje, como la de cualquier intelectual, está fundamentalmente en su bibliografía. Semejante apreciación puede aplicarse directamente a él mismo. En otras palabras, en un hombre como él lo realmente importante es zambullirse en su bibliografía, y no tanto, aunque podamos tenerlos en cuenta, detenerse en los detalles de su vida pública. Y en este punto tengo que confesar que me parece poco menos que increíble que un solo autor pueda haber producido semejante obra. Solo en libros, tiene escritas diez mil páginas, mal contadas, y en artículos probablemente otro tanto. Además, ha hecho escribir, en libros que él ha dirigido, más de quince mil.

Empezó, en 1975, escribiendo un librito sobre *La Sanidad Pública en España. Evolución histórica y configuración actual*, que recogía el texto de su tesis doctoral. Este y otro libro, en el que dominaba la investigación histórica, sobre la evolución de la expropiación forzosa en nuestro país (*Expropiación y jurisdicción*, 1976), fueron su presentación juvenil. Llegó luego, en 1979, *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, e inmediatamente después su monumental *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, que ya he citado. Y a continuación el grupo de sus libros dedicados a temas comunitarios europeos, a los que también me referí.

Desde mediados de los años noventa, se fue abriendo un nuevo mundo, en el que ya estamos plenamente instalados, un mundo, que también se ha manifestado en su discurso, muy diferente de aquél en el que el Estado era el gestor de servicios públicos y titular de empresas dominantes en todos los sectores económicos relevantes; un mundo caracterizado por la liberalización económica y la creación de nuevos mercados donde las empresas, públicas y privadas actúan en competencia. Este fenómeno era jurídicamente desconocido entre nosotros, y Muñoz Machado lo abordó dedicándole cuatro volúmenes, publicados en 1998, con el título general de *Servicio público y mercado*, en los que se examinan las consecuencias jurídicas de las transformaciones en el sector de las telecomunicaciones, la energía, y la televisión. Estas líneas de investigación se prolongaron al estudiar los problemas jurídicos que ha venido a plantear Internet, tema al que dedicó su libro *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, publicado en 2000.

El Derecho Administrativo ha tenido siempre justa fama de ser la rama del derecho más innovadora, vanguardista y extensa. También es, como evidencia la simple mención de los estudios que ha ido desarrollando nuestro nuevo compañero, la más comprometida con la renovación del lenguaje jurídico. Sin ninguna duda, toda la enorme innovación de conceptos, derivada de la globalización, la europeización, la desregulación económica y la revolución provocada por las tecnologías de la información y la comunicación, han requerido una respuesta lingüística que ha venido del Derecho Administrativo y en España, en muy buena medida, de los trabajos de Muñoz Machado. Por ejemplo, de su monumental *Diccionario de Derecho Administrativo*, publicado en 2005 en dos tomos y renovado desde entonces.

Cruzada la frontera del siglo, su trabajo se ha centrado fundamentalmente en ofrecer una obra de madurez en la que explica su concepción del Derecho Público que ha cultivado durante años. De este empeño ha surgido su *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, proyectado en cinco volúmenes de los que ya lleva publicados cuatro. Suman más de cinco mil páginas y se han convertido en la obra de vanguardia, seguida y elogiada en los ámbitos que estudia, tanto en España como en otros países de Europa y América.

Su gusto por el cultivo de otras materias es visible incluso en sus libros de derecho. Ahí está, por ejemplo, *Los animales y el Derecho*, en el que recorre pasajes enteros de la historia de la biología, que usa para comparar los avances de esta hasta Darwin y el retraso del derecho en acomodarse al conocimiento científico. Leyendo su prólogo al prólogo que Ortega dedicó al famoso libro de caza del conde de Yebes, podrá observarse su afición por la antropología, que usa para prolongar amablemente las ideas de Ortega sobre el insondable misterio de por qué a muchas personas les divierte, ay, matar animales. Incluso se ha adentrado en un tipo de literatura de creación *informada*, podríamos decir, con *Riofrío*, publicado en 2010.

Un número importante de sus libros introduce los argumentos actuales con amplias explicaciones históricas con las que ayuda a entenderlos. Buena muestra de ello es su influyente *La resurrección de las ruinas* (2002), en el que analizaba la sentencia del Tribunal Supremo de 2000 sobre el proyecto de restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto de la Generalidad Valenciana: historia y derecho se unían en este ensayo componiendo una trama casi novelesca. Otras veces se ha servido de libros colectivos para revisar pasajes decisivos de la historia de España a través de los procesos más importantes

acontecidos en el pasado. Tal fue el empeño de la obra colectiva titulada *Los grandes procesos de la Historia de España*, que él dirigió, en la que participaron algunos de los más destacados historiadores profesionales con que contamos.

No tengo ya tiempo para hablar de su muy extensa actividad como «animador», o «promotor» «cultural». Simplemente mencionaré que es editor de libros jurídicos, director de diarios electrónicos en las materias de su especialidad, así como de la revista de cultura jurídica *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, que ha multiplicado por diez los mejores resultados de difusión de las revistas hasta ahora existentes en el sector. Ha intervenido decisivamente en el impulso de la traducción y edición (17 volúmenes) de las obras completas de Juan Ginés de Sepúlveda, el gran humanista y cronista del emperador Carlos V. Esa colección se cierra con su ya citada biografía de Sepúlveda.

Muñoz Machado es, además de todo lo dicho, un jurista comprometido con su país, que siempre ha estado dispuesto a ofrecer su colaboración intelectual y de especialista, para afrontar los grandes problemas del Estado de nuestro tiempo. Lo hizo, como he explicado, con ocasión del desarrollo de la Constitución y de nuestra incorporación a la Comunidad Europea. Y actualmente cuando la estructura territorial del Estado sufre la más grave de las crisis de los últimos decenios, acaba de publicar un enérgico y claro ensayo titulado *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*.

Sus méritos también han sido reconocidos hace poco con su elección como académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, así como por la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Argentina. Ha sido, asimismo, investido doctor *honoris causa* por la Universidad de Valencia.

En el acta de nombramiento de esta última universidad se le reconoce literalmente como «uno de los grandes juristas españoles contemporáneos», subrayando textualmente el acuerdo de nombramiento que «su producción científica es tan amplia como profunda», «hasta el punto de que puede decirse sin exageración alguna que el Derecho Público español que se desarrolla después de la Constitución española es incomprensible sin la aportación del profesor Muñoz Machado».

Este es, señoras y señores, el hombre que dentro de unos instantes cruzará esa línea, imaginaria pero no por ello menos real, que separa un lado de otro de este estrado, para sentarse entre sus nuevos compañeros. Antes, y cumpliendo el requisito obligado en corporaciones como la nuestra, ha tenido que leer ante todos nosotros su discurso de ingreso; leer, en realidad, un pequeño resumen de este, porque, como comprobarán ustedes al recibir el texto escrito, lo que ha compuesto es una extensa y documentada monografía que sin duda pasará a formar parte de la bibliografía más selecta de la historia del derecho. Nos muestra así, ya de entrada, la seriedad con que se toma entrar a formar parte de nuestra Academia, a la que, estoy seguro, contribuirá de manera distinguida.

El tema que ha elegido para su disertación es el de *Los itinerarios de la libertad de palabra*. Hermoso tema y adecuado como pocos en esta Casa de las Palabras. Si me permiten una pequeña alusión a mí mismo, les diré que tengo mala memoria para muchas, demasiadas, cosas, pero que del discurso que, hace ya casi diez años, leí en el lugar que ahora ocupa el profesor Muñoz Machado, recuerdo como si fuera hoy una de las frases que pronuncié: «No conozco mejor servicio a una lengua que el de utilizarla en defensa de la libertad». Comprenderán ustedes,

comprenderás, querido Santiago, mis sentimientos ante este iluminador y conmovedor discurso tuyo.

Y si de libertad se habla, ¿cómo no recordar inmediatamente, en una casa en la que se venera la memoria de don Miguel de Cervantes, esa frase memorable del capítulo 58 de la segunda parte del *Quijote*, en la que aquel buen manchego que en un cierto momento se volvió loco creyéndose Alonso Quijano, decía: «La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres».

Los itinerarios de la libertad de palabra, el discurso que acabamos de escuchar, muestra el largo camino que llevó a que se implantase en los Estados y sociedades occidentales el derecho a pensar libremente y a transmitir esos pensamientos mediante la palabra. Hablar de esas libertades es, inevitablemente, hablar de otros derechos y atributos: derechos como el de la libertad de conciencia, del que nos dice Muñoz Machado, «fue el primero de todos los derechos y, vinculados a él, como complementos indispensables, aparecieron otros considerados también como inalienables: el de manifestar o expresar los pensamientos, la libertad de palabra, de prensa, de asociación y reunión, de emigración, de petición, las garantías frente a la imposición, ante los procedimientos y leyes penales, o la participación en la vida política del Estado». Y virtudes como la tolerancia, una de las más valiosas que en mi opinión existen.

La lucha por la libertad de palabra y el derecho a dejar constancia de ella utilizando cualquier medio de expresión, oral

o escrito, muestra lo mejor de la condición humana, aunque esa lucha ha estado asociada a nuestro lado más oscuro, el de persecuciones, procesamientos, torturas, condenas, desplazamientos de masas, deseos de conservar privilegios. Somos una especie capaz de lo mejor y de lo peor, generosa a la vez que egoísta, tan dedicada a la elaboración y mantenimiento de mitos (aún no nos hemos librado de muchos de ellos) como a derrumbarlos utilizando esos bienes inmensos de los que somos propietarios —a pesar de que con frecuencia no lo parezca— que son el pensamiento simbólico y una increíble habilidad para producir sistemas especulativos, atributos que dieron lugar a la ciencia, junto al ansia de justicia y la compasión nuestros tesoros más valiosos.

Si intentásemos identificar el trasfondo, la «trastienda» de la historia, aquello que ha animado las biografías, sucesos, instituciones y reglas de convivencia que los historiadores se esfuerzan por reconstruir, las luchas por las libertades ocuparían un lugar central, inmediatamente después de la búsqueda de los recursos materiales necesarios para la vida. De ese mundo, pleno de intransigencias, civiles y religiosas, nos ha hablado Santiago Muñoz Machado, desde el lado del derecho, que aquí se muestra como lo que es y siempre ha sido, uno de los instrumentos más sofisticados y elaborados, y más necesarios para cualquier sociedad, creados por la humanidad. Ha sido el suyo un recorrido que se inicia en el siglo XVI, con lo que denomina «la invención de la primera libertad», llegando hasta el presente, un presente en el que, como consecuencia del desarrollo tecnocientífico, han surgido situaciones antes insospechadas, que plantean nuevos y profundos retos a la regulación de la libertad, de una libertad que salvaguarde derechos individuales, hoy en peligro, como la intimidad, el honor o la propiedad intelectual.

El universo digital marca, efectivamente, el inicio de un nuevo itinerario para la libertad de palabra, de ahí que uno de los capítulos de su disertación se titule «La libertad de palabra en el ciberespacio (s. XXI)».

Nos hace ser mejores, querer ser mejores. Y para querer ser eso, mejores, un auxilio inapreciable que la mayoría de nosotros, cuyos pensamientos y necesidades se mueven habitualmente en la humilde y no siempre «elevada» cotidianeidad, se encuentra en frecuentar la compañía de aquellos autores y escritos que dignifican la condición humana. En el discurso que acabamos de escuchar podemos encontrar muchas de esas voces de auxilio y estímulo para intentar elevarnos por encima de nuestra, en general, modesta condición, para sentirnos, aunque sea solo un momento, iguales a los mejores de nuestra especie. La historia, y ahora quiero referirme no a la «gran historia», la de civilizaciones, Estados, reinados o grandes personajes, sino a todas esas pequeñas, cotidianas historias personales, las nuestras, las de los más menesterosos. Esas historias se van forjando, no olvidemos, con los archivos de ejemplos que vamos configurando en nuestra memoria.

Los itinerarios de la libertad de palabra constituye una rica fuente para nutrirnos de esos ejemplos, procedentes de individuos cuyos nombres y obras deberían ser conocidos por todos, enseñados en las escuelas. Hombres como Rousseau, Erasmo, Tomás Moro, Castellio, Spinoza, Locke, Voltaire —que títulos tan bellos los de obras de estos dos pensadores, *Cartas sobre la tolerancia*, de Locke, y *Tratado sobre la tolerancia*, de Voltaire—, John Milton, Mirabeau, el buen juez Oliver Holmes o Thomas Jefferson, seguramente el único presidente de Estados Unidos que leyó los *Principia* de Isaac Newton (en la galería de inmortales que tenía en su residencia de Monticello, el lugar más

elevado estaba ocupado por tres retratos: los de Newton, Francis Bacon, el jurista y teórico de la ciencia, y Locke).

En una Casa de la Palabra como la que ahora nos acoge, las buenas historias son siempre bienvenidas. No en vano ha sido y es esta Academia honrada por muchos de los mejores escritores de nuestro país. Y tú, Santiago, nos has contado en tu discurso algunas buenas historias. Eso sí, historias reales, que conviene recordar una y otra vez, porque no hay que olvidar que la libertad siempre está en peligro, o es mal entendida. Historias como la de lo que escribió Sébastien Castellio después de la ejecución de Miguel Servet por los calvinistas en Ginebra el 27 de octubre de 1553: «Matar a un hombre no es defender una doctrina, es matar a un hombre». «Cuando los ginebrinos ejecutaron a Servet», añadía Castellio, «no defendieron una doctrina, mataron a un ser humano; no se hace profesión de fe quemando a un hombre, sino haciéndose quemar por ella. Buscar y decir la verdad, tal y como se piensa, no puede ser nunca un delito».

«Buscar y decir la verdad no puede ser nunca un delito», decía Castellio. Y si permiten ustedes, y, por supuesto, también tú Santiago, que por un instante, sólo por un minúsculo instante, me desvíe del asunto que ahora me ocupa, les confesaré que cuando releí para la presente ocasión esta hermosa frase de Castellio inmediatamente me vino a la memoria algo que en uno de nuestros Plenos, y para combatir a aquéllos que en algunos lugares hispanos, por razones sociales o políticas, castigan el buen uso escrito de nuestra lengua, el español, dijo uno de los miembros de esta casa, Arturo Pérez-Reverte: «Escribir bien, nunca puede ser un delito». «El hablar bien una lengua, y especialmente la nativa», escribió Juan Sempere y Guarinos en su *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del*

reinado de Carlos III de 1785, cuando se refería a la Real Academia Española, «no es, como muchos piensan, asunto de mera curiosidad. Las costumbres de los Pueblos dependen en gran parte del estilo bueno, o malo con que se explican los pensamientos».

También pensé cuando leí la cita de Castellio que se podría modificar, solo un poco, para aplicarla a otro de los casos que el profesor Muñoz Machado ha tratado en su disertación: el de la condena por parte del Santo Oficio (la Inquisición romana) de Galileo Galilei, y la forzada abjuración de este el 22 de junio de 1633: «Yo, Galileo Galilei, hijo del fallecido Vincenzo Galilei de Florencia, de setenta años de edad, juzgado personalmente por este tribunal, y arrodillado ante Vosotros, Eminentísimos y Reverendísimos Señores Cardenales, Inquisidores Generales de la República Cristiana [...] abjuro con corazón sincero y piedad no fingida, condeno...». Se puede, efectivamente, modificar un poco la famosa sentencia de Castellio, convirtiéndola en: «Humillar a un hombre no es defender una doctrina, es humillar a un hombre. Cuando los inquisidores romanos hicieron que Galileo abjurase no defendieron una doctrina, humillaron a un ser humano. Buscar y decir la verdad, tal y como se piensa, no puede ser nunca un delito».

Como ven, recuperar, como ha hecho en su discurso el nuevo académico, los grandes, humanitarios y ansiosos de justicia, pensamientos y enunciados de la historia, produce, sin que lo queramos, otras ideas, toman vida propia en nosotros, receptores suyos.

Al leer el discurso del profesor Muñoz Machado, me imaginaba los itinerarios por los que ha tenido que transitar la lucha por la libertad de palabra, como si se tratara de una red de vías, en la que a veces se distinguen con claridad unos nodos,

unos cruces de vías, o intercambiadores, deslumbrantes. Uno de ellos, en el que nuestro nuevo compañero se ha detenido desentrañando con saber y habilidad sus raíces e influencias, es el constituido por la Declaración de Independencia de las colonias británicas trasatlánticas, formulada el 4 de julio de 1776. No me culparán, me atrevo a pensar, si repito algo de sus dulces melodías:

«Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de determinados derechos inalienables; que entre éstos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar estos derechos se instauran gobiernos entre los hombres, que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados...»

Como tampoco, espero, me culpen demasiado por recordar dos artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, tal como fue formulada el 26 de agosto de 1789:

«Art. 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos. Las distinciones sociales no pueden estar fundadas más que en la utilidad común.

Art. 11. La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir e imprimir libremente sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley».

Libertad, seguridad y felicidad, eran los tres grandes pilares sobre los que se asentaban los trípodés constitucionales estadou-

nidense y francés. Ecos de ellos llegaron a nuestro país, alumbrando el constitucionalismo español, otro de los capítulos de *Los itinerarios de la libertad de palabra*. No hace falta, en este sentido, sino recordar algunos artículos de la Constitución de Cádiz de 1812, otro nodo deslumbrante, este de nuestra propia historia. Artículos que recogen frases como: «La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil... El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación...».

Hermosas declaraciones, pero, y esta es una de las cuestiones que con más detenimiento y conocimientos ha tratado en su discurso el profesor Muñoz Machado, que desgraciadamente no sirven para hacerlas permanentes, inatacables. Ni la verdad, ni la belleza son suficientes en la defensa de la libertad y de la justicia. Como demostró aquel rey nuestro de triste memoria, Fernando VII, que mediante un decreto de 21 de julio de 1814 repuso la Inquisición con el encargo especial de «examinar la forma y modo de proceder en las causas que se tienen en el Santo Oficio, y el método establecido para la censura y prohibición de libros».

Termino. Recibe hoy esta Real Academia Española a Santiago Muñoz Machado, un hombre en el que se manifiesta no solo lo mejor del pensamiento hispano, sino también de la condición humana, aquello que más deberíamos valorar y admirar: una persona hecha a sí misma, forjada en el complejo crisol de la vida, que con esfuerzo, generosidad para lo procomún, e inteligencia, ha sabido construirse un currículum admirado y admirable, que le honra en primer lugar a él, pero que también beneficia a nuestro país, a nuestra querida España, tan necesita-

da la pobre de este tipo de personas. De ti, querido amigo, se podría decir lo mismo que escribiste en tu libro sobre Sepúlveda: «Juan Ginés de Sepúlveda no creyó en el destino sino en el libre albedrío: la trayectoria vital de cada uno y la preparación para la eternidad dependen de los propios empeños, de la fuerza de su voluntad».

Comprobarás, querido Santiago, que en esta casa, que ya es tuya también, en la que la libertad de palabra y de opinión es un derecho querido, protegido y fomentado, eres no solo bien recibido sino también necesitado. Una de las mayores alegrías que podemos experimentar es reconocer y honrar la excelencia, un atributo que te pertenece, que te has ganado con creces a lo largo de tu vida. Al recibirte entre nosotros, te honramos en primer lugar a ti, pero también a todos los que, desde la profesión a la que te has dedicado, la de la noble disciplina del derecho, se esfuerzan porque España sea una nación mejor, más justa, más racional y más decente.

ÍNDICE

Discurso del Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado	7
Agradecimientos. Recuerdo de D. Antonio Míngote	9
Los itinerarios de la libertad de palabra	19
I. Preliminar	19
II. La invención de la primera libertad	25
III. La tolerancia abrió el camino (ss. XVI y XVII)	47
IV. Contra la censura (s. XVII)	79
V. Los inicios del itinerario americano (s. XVIII)	95
VI. Palabras revolucionarias (ss. XVIII-XIX)	115
VII. Convulsiones de la libertad de palabra en el constitu- cionalismo español (s. XIX)	137
VIII. Confluencia de los itinerarios americano y europeo (s. XX)	159
IX. Discursos del odio. Las expresiones mediante símbolos (ss. XX-XXI)	195
X. La libertad de palabra en el ciberespacio (s. XXI)	223
XI. Final: el futuro ya ha llegado. El nuevo paradigma	255
Índice onomástico	263
Contestación del Excmo. Sr. D. José Manuel Sánchez Ron	273

