

EL «MERCADO LIBRE DE LAS IDEAS» DE O. W. HOLMES

MARTA BISBAL TORRES

«Es repugnante no tener una mejor razón para una norma jurídica que ésta:
«así se impuso en tiempos de Enrique IV».
Es todavía más repugnante si las razones por las que se impuso
han desaparecido hace tiempo,
y la norma simplemente persiste por imitación ciega del pasado».

(OLIVER WENDELL HOLMES, JR., *The Path of the Law*, 1897)

1. INTRODUCCIÓN: DECISIONES COMO JUEZ DEL TRIBUNAL SUPREMO.—
2. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.—
3. PALABRAS OFENSIVAS: INJURIAS Y DESACATOS.—4. TENTATIVA Y CONSPIRACION:
PERSECUCIÓN DE LA DISIDENCIA POLÍTICA DESPUÉS DE LA I GUERRA MUNDIAL:
4.1. *Schenck, Frohwerk y Debs*: anuncio sin aplicación de la prueba del «peligro claro y presente». 4.2. *Abrams*: reformulación de la prueba del «peligro claro y presente» y teoría del «mercado libre de las ideas».—
5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: DECISIONES DEL JUEZ DEL TRIBUNAL SUPREMO

Oliver Wendell Holmes en su ensayo *The Path of The Law*, publicado en 1897, no se refiere directamente a la libertad de pensamiento y de expresión,

pero en su último párrafo escribe: «la forma de poder que tiene mayor alcance no es el dinero, es el dominio de las ideas» (1).

Las mayores contribuciones de Holmes como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*United States Supreme Court*) fueron sus decisiones sobre libertad de expresión, es decir, vinculadas a la difusión de ideas e informaciones. Holmes modernizó la jurisprudencia sobre libertad de expresión con su prueba del «peligro claro y presente» (*clear and present danger test*) y con el concepto del «mercado de las ideas» (*marketplace of ideas*).

Además fue considerado el «gran disidente», porque eran característicos sus votos particulares disconformes con las decisiones del Tribunal Supremo e hizo popular esta forma de expresión judicial. Su reputación como liberal se debe en gran medida a su interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (2).

Holmes escribió frases memorables sobre libertad de expresión, pero muchos autores han definido su carrera judicial como una paradoja. En sus primeras decisiones, Holmes adoptó puntos de vista convencionales sobre la Primera Enmienda, los cuales eran restrictivos de la libertad de expresión. De hecho, se apartó muy poco del derecho común (*common law*) en los casos que decidió durante el período de la I Guerra Mundial.

Holmes cambió su postura y defendió la libertad de expresión a partir de su voto particular en *Abrams v. United States*, pero este importante giro se debió en gran medida a la influencia y sugerencias recibidas de otros contemporáneos estadounidenses e ingleses.

Según Richard A. Posner, Holmes se sirvió de las teorías de autores británicos, como John Stuart Mill, para liberar el pensamiento y la jurisprudencia estadounidenses de los modelos ingleses del derecho común. Holmes tomó ideas y metáforas de otros, pero construyó una filosofía personal que hizo evolucionar la jurisprudencia sobre libertad de expresión (3).

(1) HOLMES (1897): pág. 350.

(2) La Primera Enmienda, de 1791, establece que: «El Congreso no hará ley alguna por la que se limite la libertad de palabra o de prensa». La libertad de prensa se recogió por primera vez en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776. Aunque previamente ya había sido incluida en una resolución de la Cámara de Representantes de Massachussets, de 1768, y en una resolución dirigida a los habitantes de Québec, de 1774. Los textos, documentos, declaraciones, etc. anteriores a la Primera Enmienda que proclaman la libertad de expresión y de prensa se detallan en: ANDERSON (1983): 538-541, apéndice.

(3) POSNER (1992): 20, introducción.

2. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Holmes conceptualizó los límites de la libertad de expresión basándose en su teoría general de responsabilidad jurídica. La orientación básica de Holmes no consistía en proteger los mensajes que fueran valiosos, sino en negar protección a los que cumplían los criterios de esta teoría (4).

En este sentido, Holmes definió la libertad de expresión negativamente, es decir, excluyendo de ella los mensajes que eran susceptibles de provocar responsabilidad. Por tanto, era libertad de expresión lo que quedaba fuera de su prueba, lo que no encajaba en sus categorías tradicionales de responsabilidad.

La teoría de la responsabilidad de Holmes puede dividirse en dos ramas principales, tal como propone H. L. Pohlman (5):

- 1) Cuando las palabras eran perjudiciales por sí mismas, la persona que las difundía era responsable según un criterio externo de responsabilidad.
- 2) Cuando las palabras no eran perjudiciales por sí mismas, el emisor podía ser responsable si tenía la intención de causar un perjuicio o si conspiraba con otros para conseguir un objetivo ilícito.

Nos apoyamos en esta clasificación para subdividir las opiniones de Holmes en dos grandes bloques, que se corresponden con los apartados tercero y cuarto de este artículo. El apartado tercero, que se ocupa de las palabras perjudiciales por sí mismas, incluye las primeras decisiones de Holmes en el Tribunal Supremo de Massachusetts y alguna de sus primeras decisiones como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

El cuarto apartado parte de un Holmes todavía sujeto a las reglas tradicionales del derecho común y recoge su apertura hacia posturas liberales sobre libertad de expresión. De todos modos, este proceso no está exento de algunos retrocesos puntuales, en los que Holmes vuelve a acercarse a los viejos cánones.

3. PALABRAS OFENSIVAS: INJURIAS Y DESACATOS

Las decisiones de Holmes sobre difamaciones y calumnias muestran que él consideraba que determinados mensajes pueden constituir por sí mismos un

(4) POHLMAN (1991): 10-11.

(5) POHLMAN (1991): 53-87.

acto perjudicial sujeto a responsabilidad. El acusado de injurias o calumnias no tenía que demostrar un motivo o intención, en este caso se aplicaba directamente un criterio externo de responsabilidad, como ya indicó en *The Common Law* (6).

Las opiniones de Holmes del Tribunal Supremo de Massachusetts van en esta dirección. En *Burt v. Advertiser Newspaper Co.* (154 Mass. 238, 1891), Holmes sostuvo que aunque un periódico actuara de buena fe, éste era responsable de las declaraciones falsas que difundiera. A pesar de que un periódico tuviera razones fundadas para creer que lo que publicaba era cierto, eso no era motivo suficiente para exonerarle de responsabilidad. «Una persona publica algo difamatorio a su riesgo» (7), declaró Holmes en la sentencia.

Hanson v. Globe Newspaper Co. (159 Mass. 293, 1893) es otro ejemplo de la presunción general de Holmes de que las injurias están sometidas a un principio externo de responsabilidad. Para mencionar a un prisionero, un periódico se refirió a él como «H. P. Hanson» cuando su nombre real era «H. P. H. Hanson». Este simple error se volvió más serio cuando una persona llamada H. P. Hanson se defendió y demandó al periódico.

La mayoría del Tribunal rechazó el pleito, pues consideraba que el periódico no había injuriado a la persona citada por error en el artículo. Pero Holmes emitió un voto particular e insistió en que los principios generales de responsabilidad hacían irrelevante la intención o propósito del periódico, de forma que consideraba dañada la reputación de H. P. Hanson. Las decisiones sobre injurias de Holmes muestran que las palabras ofensivas que lesionan la dignidad de la persona están sometidas a responsabilidad.

Los desacatos, igual que las injurias, estaban sometidos a responsabilidad, porque eran actos perjudiciales con independencia de la intención o motivos de quien los cometía. Se perfilaban dos tipos de desacato: interferencia con la administración de justicia y desobediencia ante la orden de un Tribunal.

Patterson v. Colorado (205 U.S. 454, 1907) se refiere al primer tipo de desacato y a menudo se usa para mostrar la postura inicial restrictiva de la libertad de expresión que tuvo Holmes. Un exsenador había publicado un editorial y algunos artículos que eran críticos con el Tribunal Supremo de Colorado. Holmes declara que, aunque esas declaraciones fueran ciertas, en caso de ser perjudiciales por sí mismas, estarían sometidas a responsabilidad según el criterio externo.

(6) HOLMES (1964): 133. Holmes se refiere a las calumnias y declara que éstas dan lugar a responsabilidad tanto si el daño es intencionado como si no lo es, «porque la tendencia manifiesta de las palabras calumniosas es perjudicar a la persona respecto a la cual se pronuncian».

(7) *Burt v. Advertiser Newspaper Co.* (154 Mass. 238, 1891).

Las declaraciones públicas que interferían en la actividad de los Tribunales constituían un desacato, ya que se consideraba que perjudicaban al sistema de administración de justicia. El emisor de ese mensaje debió haber tenido en cuenta la repercusión que sus declaraciones podían tener para la administración de justicia. Un ciudadano prudente, según Holmes, debería haber previsto el peligro de esas publicaciones.

En resumen, tanto en el caso de las injurias y calumnias como en el de los desacatos, Holmes sólo aplica el criterio externo de responsabilidad cuando las palabras son perjudiciales por sí mismas. No lo aplica cuando un mensaje tiene tendencia a producir un perjuicio o cuando hay cierta probabilidad de que éste se produzca.

4. TENTATIVA Y CONSPIRACIÓN: PERSECUCIÓN DE LA DISIDENCIA POLÍTICA DESPUÉS DE LA I GUERRA MUNDIAL

Ante un mensaje no perjudicial por sí mismo, el emisor podía ser responsable en dos supuestos: cuando tenía la intención de causar un perjuicio; o cuando conspiraba con otros para lograr un objetivo ilícito. Entonces el Gobierno podía ejercer su poder de coerción para restringir un determinado mensaje. Esta segunda rama de la teoría de la responsabilidad de Holmes es más complicada e incluye las decisiones judiciales más conocidas.

En 1919, el Tribunal Supremo resolvió cuatro casos bajo la *Espionage Act* (8) de 1917. En tres de ellos, el Tribunal concluyó que las condenas no vulneraban la Primera Enmienda. Holmes se adhirió a la decisión del Tribunal en estos tres casos (9).

(8) La *Espionage Act*, aprobada el 15 de junio de 1917, en la sección tercera de su título primero establecía: «Quienquiera que, cuando los Estados Unidos estén en guerra, haga o exprese adrede falsos informes o declaraciones con el propósito de interferir las operaciones o el éxito de las fuerzas militares o navales de los Estados Unidos o de promover el éxito de sus enemigos y quienquiera que, cuando los Estados Unidos estén en guerra, cause o intente causar adrede insubordinación, deslealtad, motín, rechazo al deber en las fuerzas militares o navales de los Estados Unidos u obstruya adrede el servicio de reclutamiento o alistamiento de los Estados Unidos, en perjuicio del servicio o de los Estados Unidos, será castigado con una multa no superior a los 10.000\$, o un encarcelamiento no superior a los veinte años, o ambos».

(9) Antes de 1919, Holmes había emitido otras opiniones restrictivas de la libertad de expresión. Por ejemplo, en *Fox v. Washington* (236 U.S. 273, 1915). En este caso Holmes expuso la decisión del Tribunal Supremo y afirmó que un escritor podía ser castigado por un artículo que defendía el nudismo, porque vulneraba una ley de Washington. Mientras fue juez del Tribunal de Massachusetts, Holmes también defendió limitaciones a la libertad de expresión en: *McAuliffe v. Mayor of New Bedford* (29 N.E. 517, Mass. 1892) y *Commonwealth v. Davis* (39 N.E. 113, Mass. 1895), después recurrida en *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897).

Dos meses después de que los Estados Unidos declarasen la guerra a Alemania, el Congreso aprobó la *Espionage Act* con el propósito inicial de impedir el sabotaje y la comunicación de secretos militares. Esta ley también prohibía la difusión de palabras dirigidas a provocar insubordinación en las fuerzas armadas o entorpecer el reclutamiento y alistamiento de soldados. El año siguiente, el 16 de mayo de 1918, se añadió una enmienda a la ley, porque se consideraba que su primera versión no era efectiva ante mensajes contrarios a la guerra.

Bajo la *Espionage Act* de 1917 y su posterior enmienda de 1918 hubo muchas persecuciones. Potencialmente, cualquier comentario en contra de la guerra podía dar lugar a la sospecha del Gobierno. A nivel de los distintos Estados, antes de 1917 ya había leyes que castigaban la sedición. Pero el patriotismo que se difundió durante la I Guerra Mundial, junto a la revolución rusa de 1917 y el temor al bolchevismo que surgió después del armisticio, movió a más Estados a aprobar leyes similares. Entre 1917 y 1920 un tercio de los Estados tenían leyes en contra del anarquismo o del sindicalismo revolucionario (10).

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos no resolvió ninguna apelación de condenas establecidas en tiempo de guerra bajo la *Espionage Act* hasta que la guerra hubo acabado (11). El armisticio se firmó el 11 de noviembre de 1918 y, dos meses después, el 9 y 10 de enero de 1919, se discutió ante el Tribunal Supremo el primero de los casos de apelación sobre la *Espionage Act*: el caso *Schenck v. United States*.

Las decisiones que los Tribunales pronunciaron en relación con esa ley federal y las leyes estatales provocaron un desarrollo notable de la doctrina sobre la Primera Enmienda (12). Así se inició una fase de transición que condujo hacia la modernización de la jurisprudencia.

En este sentido, se abandonó la premisa de que la Primera Enmienda sólo se refería a restricciones previas de la libertad de expresión, es decir, a supuestos de censura. Holmes sugiere que la Primera Enmienda protege la libertad de expresión ante cualquier restricción que pueda imponer el Gobierno, tanto si ésta se aplica antes o después de la difusión de un mensaje.

Sin embargo, se mantuvo la posición convencional de que la prueba para determinar la existencia de una vulneración de la *Espionage Act* consistía en

(10) CHAFEE (1969): 4, 142-143 y 165-168; CHAFEE (1919): 932-973; DOWELL (1939): 21.

(11) TEDFORD (1985): 69.

(12) Como análisis de la jurisprudencia sobre la *Espionage Act* y la difusión de mensajes subversivos, ver: EMERSON (1970): 62-160; KALVEN (1989): 119-236; RABBAN (1997): 248-298; TRIBE (1988): 841-849.

valorar si el lenguaje o discurso tenía una «mala tendencia» (*bad tendency*), es decir, si tendía a interferir en los esfuerzos destinados a la guerra o si tendía a impedirlos.

4.1. *Schenck, Frohwerk y Debs*: anuncio sin aplicación de la prueba del «peligro claro y presente»

En el caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 1919), Holmes introdujo por primera vez su doctrina del «peligro claro y presente», proporcionando la base para la evolución posterior de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Charles T. Schenck y Elizabeth Baer estaban acusados por vulneración de la *Espionage Act* de 1917. En concreto, se les imputaban los cargos de: conspiración con el fin de causar insubordinación en las fuerzas militares y navales de los Estados Unidos mediante la difusión de un documento que llamaba a la resistirse al reclutamiento; y conspiración con el objetivo de emplear el servicio de correos de forma ilícita para enviar copias del documento en contra del alistamiento.

Las notas de un comité ejecutivo del Partido Socialista, de 13 de agosto de 1917, mostraban que Schenck, secretario del partido, estaba autorizado para publicar una circular que condenaba el reclutamiento. La oficina de correos descubrió muchas circulares, que se estaban enviando a hombres cuyos nombres figuraban en la lista de reclutamiento. Baer era miembro del comité ejecutivo y las notas de dicha reunión se le atribuían a ella.

El Tribunal Supremo apoyó por unanimidad la condena de los dos acusados a 10 años de prisión cada uno. Holmes afirmó también la condena. En esta sentencia Holmes enuncia de esta forma su doctrina del «peligro claro y presente»: «En cada caso, la cuestión es si las palabras utilizadas son de tal naturaleza y se han empleado en tales circunstancias como para crear un peligro claro y presente que provocará males reales que el Congreso tiene derecho a evitar» (13).

Holmes afirma que la protección más rigurosa de la libertad de expresión «no protegería a un hombre que grita ¡fuego! en un teatro, cuando eso es falso, provocando pánico». A lo que añade: «ni siquiera protege a un hombre de una ley que prohíbe el empleo de palabras que inciten a la violencia» (14).

Las circulares tramitadas por Schenck iban dirigidas a hombres que ya

(13) *Schenck v. United States*, (249 U.S. 47, 1919).

(14) *Ibidem*.

habían sido reclutados y pretendían paralizar su alistamiento. Según Holmes, las palabras que tienen como efecto el bloqueo del servicio de reclutamiento están sujetas a responsabilidad.

Pohlman muestra la incongruencia siguiente: según la teoría de la responsabilidad de Holmes, la conspiración para cometer un acto ilícito era suficiente para dar lugar a una condena. No se requería la proximidad de un daño. En cambio, aquí Holmes enuncia la doctrina del «peligro claro y presente» (15).

Esta visión de Holmes sobre la Primera Enmienda podría venir determinada por su experiencia sobre el derecho común, tal como indica G. Edward White (16). En algunas decisiones del Tribunal de Massachusetts, Holmes ya había tratado la «intención» y la «tendencia» (*intent and tendency*) en términos de «proximidad» y «grado» (*proximity and degree*) (17).

Las circunstancias de cada caso determinaban: *a*) la intención del emisor de producir un daño que el Estado tenía derecho a impedir; *b*) y la tendencia del lenguaje empleado a producir ese daño. Según White, estas opiniones previas sugieren que la prueba del «peligro claro y presente» es simplemente otra versión de las fórmulas de «proximidad» y «grado» mencionadas, palabras que Holmes también utiliza en *Schenck*.

De la lectura de *Schenck* se desprende esta conclusión: a pesar de que en la sentencia se introdujera la prueba del «peligro claro y presente», en realidad se estaba usando la doctrina tradicional de la «mala tendencia», por eso su aplicación justificaba el resultado alcanzado. Holmes sostiene que si el mensaje tendía a paralizar el reclutamiento, entonces estaba justificado penalizar a aquellos que lo habían difundido. Holmes argumenta:

«el documento no habría sido enviado a menos que tuviera la intención de producir algún efecto, y no vemos qué efecto se podría esperar que tuviera sobre las personas sujetas al reclutamiento salvo el de influenciarles para que entorpecieran su realización» (18).

La opinión de Holmes en *Frohwerk v. United States* (249 U.S. 204, 1919) ayuda a interpretar el caso *Schenck v. United States*. Jacob Frohwerk fue condenado por conspiración, igual que Schenck. Y en este caso Holmes cita a

(15) POHLMAN (1991): 66.

(16) WHITE (1993): 418.

(17) Los siguientes casos del Tribunal de Massachusetts lo muestran: *Commonwealth v. Kennedy* (170 Mass. 18, 1897), y *Commonwealth v. Peaslee* (177 Mass. 267, 1901).

(18) *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 1919).

Schenck para sostener que una persona puede ser culpable de conspirar con el fin de paralizar el reclutamiento, cuando difunde mensajes persuasivos en tal sentido.

Desde el momento en que *Frohwerk* se considera un caso de conspiración, ya no se menciona el requisito del «peligro claro y presente» y, por tanto, no es necesario que se cree el peligro de un daño. La única cuestión a valorar era si *Frohwerk* se unió a otros con el propósito de impedir el reclutamiento y causar insubordinación entre los militares, no se necesitaba ningún otro acto adicional.

En la sentencia se declara: «La conspiración con el objetivo de bloquear el reclutamiento sería ilícita incluso si no se llegara a un acuerdo sobre los medios con los que se va a llevar a cabo el intento. Es suficiente si las partes acuerdan trabajar por ese propósito común» (19).

En resumen, Holmes rechaza proteger las conspiraciones que tienen como fin impedir el reclutamiento o causar insubordinación en el servicio militar; y ello con independencia de que estos fines se consigan a través de la difusión de mensajes o de que no haya probabilidad de un perjuicio inmediato. Holmes, igual que en *Schenck* y en otro caso que decide a continuación, *Debs*, todavía no dota al test del «peligro claro y presente» de un contenido liberal.

Debs v. United States (249 U.S. 211, 1919) también es un caso sobre la *Espionage Act*. Eugene V. Debs, candidato del Partido Socialista para la presidencia en 1912, fue condenado por su oposición a la guerra y al reclutamiento. La condena se basaba en un discurso que Debs hizo el 16 de junio de 1918 en la sesión de clausura de la Convención Socialista de Ohio. Holmes declaró que el tema principal de esta charla fue «el socialismo, su crecimiento, y una profecía de su éxito final» (20).

Los cargos que Debs tenía eran, entre otros: el discurso de Ohio, en el que elogiaba a personas que ya habían sido condenadas por vulnerar la *Espionage Act*; el testimonio de su apoyo a la Proclamación Contra la Guerra de Saint Louis, aprobada por una convención de urgencia del Partido Socialista en 1917; y un discurso contra la guerra que hizo en 1918 en Chicago, durante una reunión de secretarios del Partido Socialista.

La frase «peligro claro y presente» no aparece explícitamente en esta opinión, pero Holmes declara que el discurso de Debs estaría al margen de la Constitución si éste pretendía impedir el reclutamiento y si, dadas las circunstancias, éste fuera su efecto probable. El acusado no podría ser culpable «a

(19) *Frohwerk v. United States* (249 U.S. 204, 1919).

(20) *Debs v. United States* (249 U.S. 211, 1919).

menos que las palabras usadas tuvieran como tendencia natural y efecto probable paralizar el servicio de reclutamiento» (21).

Holmes afirmó la condena y argumentó que Debs, al aceptar la plataforma contra la guerra del Partido Socialista, tenía como propósito interferir en el alistamiento de soldados. Pero en realidad no había evidencias de que él hubiera usado palabras tendentes a bloquear el reclutamiento, salvo que el mero hecho de oponerse a la guerra ya tuviera dicha tendencia. En este sentido, White sostiene que: «*Debs* estableció el principio de que una persona puede ser condenada por oponerse a la guerra de forma general» (22).

Aunque se presumiera que el discurso de Debs pudo haber tendido a reducir el alistamiento de las personas que le escucharon, en cualquier caso éste no creó un «peligro claro y presente» de paralizar la guerra. De hecho, Debs fue puesto en libertad en 1921 por el presidente Warren G. Harding (23).

Como indica White, el análisis conjunto de *Schenck*, *Frohwerk* y *Debs* puede llevar a la conclusión de que al prueba del «peligro claro y presente» era una repetición de la «tentativa» usada por Holmes en las primeras decisiones.

Porque a pesar de que Holmes aplicara la prueba del «peligro claro y presente», que supuestamente llevaba implícita la valoración de la «proximidad» y «grado» del daño, en el fondo apoyaba condenas por el mero hecho de que una persona tuviera intención de causar un perjuicio o conspirara con otros para lograr un objetivo ilícito, con independencia de que ese daño se produjera o fuera probable que se produjera.

Por tanto, las decisiones de Holmes sobre la *Espionage Act* no modifican significativamente su jurisprudencia inicial sobre libertad de expresión. El único cambio fue que Holmes abandonó la interpretación de que la Primera Enmienda sólo se refería a restricciones previas (24).

(21) *Ibidem*.

(22) WHITE (1993): 420.

(23) Debs fue candidato socialista a la presidencia de los Estados Unidos en las campañas de 1900, 1904, 1908 y 1912. Como se ha visto, fue condenado en 1918 por hacer un discurso contra la guerra, el cual se consideró como un acto sedicioso. En 1920 y estando en la prisión de Atlanta volvió a presentarse a la presidencia y obtuvo alrededor de un millón de votos. El día de Navidad de 1921, fue excarcelado por el presidente Warren G. Harding. TEDFORD (1985): 74.

(24) La interpretación de la Primera Enmienda basada en las restricciones previas fue introducida por William Blackstone. Ésta implica que el Gobierno no puede impedir que un mensaje sea difundido o impreso, pero sí que puede penalizarlo una vez se haya difundido. BLACKSTONE (1979): 151. Holmes aplicó dicha teoría en el Tribunal de Massachusetts, por ejemplo en *Patterson v. Colorado*, aunque la abandonó más tarde. Chafee critica la interpretación de Blackstone porque no otorga protección adecuada a la libertad de expresión; pues ésta podría verse restrin-

4.2. *Abrams*: reformulación de la prueba del «peligro claro y presente» y teoría del «mercado libre de las ideas»

Después de estos tres casos sobre la *Espionage Act*, algunos intelectuales empezaron una serie de comentarios críticos. Había finalizado la I Guerra Mundial y había perdido sentido una de las razones más alegadas para suprimir la libertad de expresión: el interés nacional en la guerra. Al mismo tiempo, se habían empezado a extender doctrinas como el socialismo y el sindicalismo, promovidas por la formación de la Tercera Internacional Comunista en marzo de 1919.

En mayo de ese mismo año, Ernst Freund publicó un artículo en *The New Republic*, donde se oponía a la decisión de Holmes en el caso *Debs*. Freund decía que Holmes «había permitido que el Tribunal encontrase una tendencia y una intención de bloquear el reclutamiento» cuando «de hecho, no había nada que mostrase dicho bloqueo o el intento de interferir en el proceso de reclutamiento». Y añadía que de ese modo «se hacía de la libertad de expresión un regalo precario» (25).

Ante diferentes acontecimientos, la actitud de las autoridades fue restringir la libertad de expresión, con el objetivo de reducir la influencia de los discursos más reaccionarios. Las tácticas represivas contra las opiniones controvertidas alarmaron a los intelectuales progresistas, que consideraron las medidas tomadas como excesivas y llamaron a proteger el valor de la libertad de expresión.

Holmes inició correspondencia con varios autores y comentaristas. En estas cartas reafirmó su punto de vista sobre los casos relativos a la *Espionage Act*, pues consideraba que se habían decidido correctamente, pero en una carta a Harold Laski confesó: «Me parece que los jueces federales (de nuevo entre nosotros) se han vuelto histéricos con la guerra» (26).

Holmes escribió de nuevo a Laski, informándole de que *The New Republic* había publicado un editorial sobre el caso *Debs*. El editorial decía: «no hay duda sobre la legalidad de su condena... Pero dejar cumplir a Debs su pena sería cruel y ciego». Holmes dijo a Laski que encontraba ese editorial «totalmente correcto», pero sentía que «no sería apropiado decir eso públicamente» (27).

gida por leyes y actuaciones gubernamentales arbitrarias que penalizasen ciertos mensajes después de emitirse. CHAFEE (1919): 938-941.

(25) FREUND (1919): 13.

(26) *Holmes-Laski*, March 16, 1919, en POSNER (1992): 316.

(27) *Holmes-Laski Letters I*, April 20, 1919, en WHITE (1993): 422-423.

Holmes también escribió a Frederick Pollock con relación a Debs: «Ahora espero que el Presidente le indulte a él y a otros infelices por quienes siento más solidaridad» (28).

Aún enfatizando que las decisiones sobre la *Espionage Act* se habían dictado conforme a la ley, Holmes indicó que sentía solidaridad por Debs y otras personas que también habían sido acusadas por vulnerarla. Incluso apuntó que la *Espionage Act* podía ser inconstitucional, y que una vez terminada la guerra no tenía sentido perseguir los mensajes que eran «obstruccionistas» según la misma.

Holmes también conversó y se escribió con el juez Learned Hand sobre el caso *Masses Publishing Co. v. Patten* (244 F. 535, S.D.N.Y. 1917), en el que el segundo ya había adelantado una interpretación liberal de la Primera Enmienda. Según Hand sólo se podían condenar los discursos que incitaban y provocaban directamente una acción ilícita; era irrelevante que el emisor del mensaje «tuviera la intención» de lograr un resultado ilícito o que el lenguaje empleado «tuviera tendencia» a cumplir ese resultado.

En 1917 Hand sostuvo que, bajo la *Espionage Act*, no se podía prohibir que la revista *The Masses* fuera enviada por correo. Este juez considera peligroso que los mensajes difundidos se castiguen en función de la mera posibilidad de que tengan consecuencias ilícitas y de su «mala tendencia». Los Tribunales son los que valoran las circunstancias y el posible riesgo creado por determinadas palabras.

Hand apuesta en *Masses* por la adopción de una prueba objetiva dirigida a los mensajes difundidos: «sólo si el lenguaje usado incita directamente a una acción ilícita, un mensaje podría ser prohibido; en caso contrario, está protegido» (29).

En noviembre de 1919 Holmes emitió su voto particular en *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919) (30), el cual representó su mayor cambio de actitud hacia la libertad de expresión. Su correspondencia con Laski y Hand, las editoriales en *The New Republic*, el artículo de Freund, etc. le animaron a reconsiderar su formulación inicial sobre la libertad de expresión, y optó por incrementar la protección sobre ésta.

En *Abrams* Holmes tuvo la posibilidad de reorientar su teoría en base a las formulaciones de Chafee y las sugerencias y comentarios de otros contemporáneos suyos. Chafee le había mostrado que la prueba del «peligro claro y

(28) *Holmes-Pollock Letters II*, April 27, 1919, en WHITE (1993): 422.

(29) *Masses Publishing Co. v. Patten*, (244 F. 535, S.D.N.Y. 1917). Ver: GUNTHER (1975): 719-761; y POHLMAN (1991): 136-149.

(30) Sobre esta sentencia, ver: CHAFEE (1969): 108-140, capítulo «The Abrams Case».

presente» tenía posibilidades y que el fundamento para proteger la libertad de expresión podía encontrarse en la búsqueda de la verdad (31).

Desde su voto discrepante en *Abrams* hasta el final de su carrera Holmes trató la doctrina del «peligro claro y presente» como una alternativa a la «mala tendencia» y, por tanto, consideró que los problemas sobre libertad de expresión eran diferentes de los casos de tentativa a los que se aplicaba el derecho común. A partir este momento Holmes alcanzó resultados claramente incompatibles con su opinión en el caso *Schenck*.

Jacob Abrams junto a otros tres anarquistas y un socialista, todos ciudadanos rusos que vivían en los Estados Unidos, habían publicado octavillas oponiéndose a la decisión del presidente Woodrow Wilson de enviar tropas a Rusia para apoyar a quienes luchaban contra el Gobierno bolchevique. Las octavillas, que estaban escritas en yiddish y en inglés, se distribuyeron mientras los Estados Unidos aún estaban en guerra con Alemania.

Las octavillas escritas en yiddish pedían a los trabajadores de una fábrica de munición de Nueva York que se unieran a la huelga general, y denunciaban que estuvieran fabricando armas para ser utilizadas contra sus camaradas rusos.

Las octavillas escritas en inglés llevaban el título: «La hipocresía de los Estados Unidos y sus aliados». El texto acusaba al presidente Wilson de querer derribar la revolución bolchevique y denunciaba su «silencio vergonzoso y cobarde sobre la intervención en Rusia». Terminaba: «La Revolución rusa grita: ¡Trabajadores del mundo! ¡Despertad! ¡Levantad! ¡Derribad vuestro enemigo y el mío! Sí, amigos, sólo hay un enemigo de los trabajadores del mundo, y ese es el capitalismo».

Los cargos contra los acusados eran de conspiración para publicar y distribuir: 1) mensajes «desleales, difamatorios y abusivos» sobre la forma de Gobierno de los Estados Unidos»; 2) mensajes «con la intención de desprestigiar y desprestigiar la forma de Gobierno de los Estados Unidos»; 3) mensajes «con la intención de incitar, provocar y animar la resistencia en los Estados Unidos durante la guerra con Alemania»; 4) mensajes que recomendaban

(31) Chafee identificó la prueba del «peligro claro y presente» como el criterio del Tribunal Supremo para decidir los casos sobre libertad de expresión, pero pidió que se aplicara con rigor. De hecho, Chafee sostenía que si Holmes lo hubiera aplicado a las declaraciones de Debs, éste difícilmente habría sido condenado. Chafee aportó una especie de base filosófica a la prueba de Holmes y enfatizó el «interés social» de la libertad de expresión, en cuanto a medio para descubrir la verdad. Además de entenderse como «interés social», la libertad de expresión puede entenderse como «interés individual», es decir, como exteriorización de las propias opiniones. CHAFEE (1919): 958-959 y 968-969; WHITE (1993): 427.

públicamente «restringir la producción de artillería y municiones, necesaria y esencial para proseguir con la guerra» (32).

Este caso es diferente de los tres casos anteriores por el voto particular de Holmes, al cual se unió el juez Louis D. Brandeis, pero también porque la *Espionage Act* de 1917 había sido enmendada por la *Sedition Act* (33) de 1918. Cuando los Estados Unidos estaban en guerra, la *Sedition Act* consideraba un delito: animar, incitar o recomendar de forma voluntaria cualquier reducción de la producción con la intención de paralizar la guerra.

En *Abrams* Holmes convirtió la prueba del «peligro claro y presente» en un criterio judicial que limitaba los intentos del Gobierno de suprimir la libertad de expresión. La nueva formulación implicaba que un mensaje sólo daba lugar a responsabilidad si era probable que de éste se derivara una acción ilícita.

En su voto particular Holmes insistió en que *Schenck, Frohwerk y Debs* se habían decidido correctamente. Pero a continuación declaró: «los Estados

(32) En el caso *Abrams* estaban acusadas siete personas, pero una de ellas resultó absuelta. Por otro lado, en el juicio del 14 de octubre de 1918 sólo seis estuvieron presentes. Jacob Schwartz, el acusado que había escrito la octavilla en yiddish, murió preso el día anterior. Se cree que su muerte fue debida a los maltratos que sufrió en manos de la policía de Nueva York. Los detalles históricos alrededor del juicio pueden leerse en: POLENBERG (1999): 82-117.

(33) *The U.S. Sedition Act*, aprobada el 16 de mayo de 1918, modifica la *Espionage Act* de 1917 citada. La enmienda de la *Sedition Act* conserva las palabras de la sección tercera del título primero de la *Espionage Act* (cfr. nota 8) y añade: «Quienquiera que, cuando los Estados Unidos estén en guerra (...) pronuncie, imprima, escriba o publique adrede cualquier mensaje desleal, profano, difamatorio o abusivo sobre la forma de Gobierno de los Estados Unidos... o exhiba adrede una bandera de cualquier enemigo extranjero, o anime, incite o recomiende adrede cualquier restricción de la producción... o recomiende, enseñe, defienda o sugiera que se lleven a cabo cualquiera de los actos enumerados en esta sección, y quienquiera que apoye o favorezca de palabra o acto la causa de cualquier país con el que los Estados Unidos estén en guerra, o de palabra o acto se oponga a la causa de los Estados Unidos allí, será castigado con una multa no superior a los 10.000\$, o un encarcelamiento no superior a los veinte años, o ambos».

Además, con la aprobación de la *Sedition Act*, la sección cuarta del título XII de la *Espionage Act* de 1917 queda reformada de esta manera: «Cuando los Estados Unidos estén en guerra, el director general de correos puede, sobre la evidencia de que cualquier persona o empresa está usando correos vulnerando cualquiera de las previsiones de esta ley, ordenar a cualquier oficina de correos que reciba correo dirigido a dicha persona o empresa, la devolución del correo al director de la oficina desde la que originariamente se enviaron todas las cartas, con las palabras «correo que no puede entregarse en esta dirección bajo la *Espionage Act*» escritas o selladas en la parte exterior de los mismas; y todas esas cartas y otros materiales así enviados a los directores generales serán devueltos a sus remitentes bajo las regulaciones que el director general de correos pueda ordenar». Ver: ZECHARIAH CHAFEE, JR. (1969): 38-42.

Unidos pueden penalizar las palabras que provoquen o tengan la intención de provocar un peligro claro e inminente, el cual llevará a ciertos males reales que los Estados Unidos constitucionalmente deben intentar evitar» (34).

La ley a menudo imponía responsabilidad a acusados de delitos intencionados, pero Holmes defendió que si la referencia a la «intención» no se interpretaba como «propósito verdadero» se llegaría a resultados absurdos.

Holmes no dio razones sobre porqué en este caso abandonaba la aplicación de la tentativa prevista en el derecho común. Al estar implicada la Primera Enmienda, sugirió que la *Sedition Act* debía interpretarse de forma estricta y que las pruebas de «provocación indirecta» de una acción ilícita y de «mala tendencia» debían abandonarse. El Gobierno sólo podía penalizar un discurso bajo la prueba del «peligro claro y presente» (35), la cual se había reformulado como: provocar o tener la intención de provocar un peligro inminente.

A pesar de que el criterio sobre la Primera Enmienda que Holmes estableció en 1919 supuso una novedad, en realidad éste se deriva de una interpretación de la tentativa del derecho penal que ya adelantó en su libro *The Common Law* (36).

En el voto particular Holmes explica qué entiende por «intención», y señala que «este término, usado de forma vaga en la discusión jurídica corriente, no significa otra cosa que el conocimiento, en el momento en que se realiza el acto, de que se producirán las consecuencias que se tenían intención de lograr» (37). El mensaje de Abrams no creaba un auténtico peligro porque, de hecho, no había posibilidad de que se produjeran las consecuencias enunciadas en el mismo.

(34) *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919).

(35) Una defensa de la efectividad de la prueba del «peligro claro y presente», así como un análisis de las objeciones que ésta ha recibido, se incluye en: REDISH (1984): 173-211. También sobre esta prueba: BARRON y DIENES (1979): 11-31; y GREENAWALT (2002): 97-119. Por otro lado, una visión crítica se incluye en: EMERSON (1963): 910-912.

(36) Según la interpretación de la tentativa que aparece en *The Common Law*: el Estado sólo podía penalizar actividades que no se materializasen en un daño cuando dichas actividades, analizadas de forma objetiva, crearan situaciones suficientemente peligrosas. Holmes rechazaba los castigos a personas acusadas de tentativa bajo la única razón de que sus actos revelaban malas intenciones o actitudes antisociales. Ver BLASI (2002): 19.

Holmes escribe en *The Common Law* que la intención pasa a ser un elemento del delito cuando «la intención hace surgir la fuerte probabilidad de que un acto, de por sí inocente, irá seguido de otros actos o sucesos en conexión con los cuales producirá los resultados que el derecho busca impedir». HOLMES (1964): 78, ver también: 69-72 y 77-78.

Sobre los orígenes de la prueba del «peligro claro y presente» y su relación con la obra *The Common Law*, ver: RABBAN (1997): 285-298.

(37) *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919).

Si bien Holmes admite que el poder de control del Estado es mayor en tiempo de guerra que en tiempo de paz, indica que el derecho a la libertad de expresión es siempre el mismo. El Gobierno no puede pretender que se prohíba cualquier opinión contraria a sus intereses porque el país está inmerso en un conflicto. El juez declara:

«En este caso, sentencias de veinte años de prisión han sido impuestas por la publicación de dos octavillas que creo que los acusados tenían tanto derecho a publicar como el Gobierno tiene derecho a publicar la Constitución de los Estados Unidos, ahora invocada en vano por ellos» (38).

En *Abrams*, además de reformular la prueba del «peligro claro y presente», Holmes se refiere a la búsqueda de la verdad e introduce el concepto del «mercado libre de las ideas», su otra gran aportación a la doctrina de la libertad de expresión. En este sentido, Holmes afirma: «... el último bien deseado se logra mejor mediante el libre intercambio de ideas, que la mejor prueba de la verdad es el poder de un pensamiento para conseguir ser aceptado dentro de la competencia del mercado» (39).

Mediante este párrafo Holmes introduce la siguiente tesis: los pensamientos ganan o pierden aceptación en el mercado de ideas, de manera que con el tiempo unos corrigen a otros y se alcanza la verdad. Esta noción de verdad aparece caracterizada como «la teoría de nuestra Constitución». El bien último se alcanza a través de un proceso experimental, y sólo las ideas que amenazan directamente la existencia del Estado podrían ser eliminadas de este proceso (40).

La llamada de Holmes al «intercambio libre de ideas» ha llevado a que algunos autores concluyan que Holmes basó su interpretación de la Primera Enmienda en los valores de la economía neoclásica. Holmes admiraba los escritos de los economistas que defendían el *laissez-faire*, como se desprende de su correspondencia. Por ejemplo, en cartas entre Holmes y Laski ambos se refieren con aprobación a Thomas Robert Malthus. También elogian a Adam Smith y su libro *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. En una carta Laski describe a Smith como «un excelente escritor y el

(38) *Ibidem*. De hecho, en noviembre de 1921, los cinco acusados fueron liberados después de haber cumplido dos años de la condena. TEDFORD (1985): 76.

(39) *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919).

(40) *Ibidem*. La idea de que la teoría de la Constitución y la vida misma es un experimento ya se encontraba en su obra *The Common Law*, en el primer párrafo del libro. HOLMES (1964): 15.

mejor observador de su tiempo»; a lo que Holmes responde: «Estoy de acuerdo contigo sobre *La riqueza de las naciones* de Smith. Me quedé asombrado cuando Marx le desaprobó» (41).

En los ensayos *The Path of the Law y Ideals and Doubts* Holmes incluye referencias a la metodología económica, la cual debería aplicarse también al derecho; ésta se explica de forma muy similar en ambos textos. En el primer artículo escribe:

«estamos llamados a considerar y a valorar los objetivos que persigue cualquier legislación, los medios para alcanzarlos, y su coste. Aprendemos que para todo debemos dejar alguna otra cosa, y se nos enseña a sopesar las ventajas que ganamos en contra de otras que perdemos, y a saber qué estamos haciendo cuando elegimos» (42).

Algunos autores aceptan el valor del análisis económico pero añaden que las ideas deberían ser tratadas igual que los bienes de consumo. En este sentido se pronuncian Aaron Director y Ronald H. Coase (43). Mientras que otros,

(41) Los elogios dirigidos a Smith se encuentran en la siguiente carta de Laski: *January 2, 1923*; y la respuesta de Holmes en la carta: *January 13, 1923*. Ambas se incluyen en HOLMES (1953, I): 471 y 474. Holmes menciona a Malthus en las siguientes cartas a Laski: *December 28, 1917; December 9, 1921; September 16, 1924; July 23, 1925*. Ver: HOLMES (1953, I): 122, 385, 658 y 761 respectivamente. En el vol. II, Holmes también se refiere a Malthus en esta otra carta a Laski: *June 14, 1927*, donde afirma que, de hecho, «debería hablar de San Malthus». Ver HOLMES (1953, II): 950.

(42) BURTON (2000): 343 y 346-347. La idea de que para lograr algo se renuncia a alguna otra cosa, debiéndose valorar el coste de la elección, se repite en «Ideals and Doubts». Este artículo, que fue publicado en 1909 en la *Law Quarterly Review*, se incluye en: HOLMES, (1920):126 y 307.

(43) Director destaca el hecho histórico de que la idea de un mercado libre, como forma deseable de organizar la comunidad, se enunció antes en el ámbito intelectual y de la libertad de expresión que en el ámbito económico. El mercado existe por razones de utilidad: la teoría económica enfatiza la eficiencia con la que los recursos se usan para alcanzar unos fines dados.

La postura de Director y Coase es que el mercado de las ideas y el mercado de bienes deberían recibir la misma regulación. Es decir, critican que el mercado de bienes esté altamente regulado mientras que en el mercado de las ideas apenas haya intervención del Estado. El artículo de Coase se inspira en el de Director y defiende sus mismos postulados. Ambos autores concluyen que se ha dado una importancia indebida a la libertad de expresión como método de solución de conflictos. Además lamentan que algunos intelectuales no aprecien los méritos del mercado de bienes y en cambio exalten el de las ideas.

Director resalta la importancia del libre mercado como un fin en sí mismo, como libertad de escoger entre alternativas. Coase, por su parte, pide que al decidir sobre políticas públicas se use el mismo enfoque en todos los mercados —de bienes y de ideas—, aunque reconoce que las regulaciones variarían por las diferentes características de cada mercado. Ver: DIRECTOR (1964): 1-10; y COASE (1974): 384-391.

como Owen M. Fiss, rechazan la teoría del «mercado de las ideas» porque cuestionan tanto los postulados como la eficacia de la economía neoclásica. La postura intermedia la mantiene Melville B. Nimmer, ya que defiende la eficacia del mercado de las ideas para avanzar en el conocimiento, pero a la vez admite la adopción de medidas que minimicen sus posibles distorsiones (44).

Quienes dudan de la eficacia de los mecanismos del mercado inciden en sus posibles fallos. Excepto en los modelos, los mercados son imperfectos. El diferente acceso a la información puede distorsionar el mercado; igual que el diferente acceso a los canales de comunicación para difundir los mensajes propios.

Para Vincent Blasi la diferencia principal entre los bienes y las ideas radica en el valor social de las ideas, ya que su producción, intercambio o consumo genera beneficios a largo plazo y para otras personas distintas de los productores y consumidores inmediatos. Las ideas no responden a la demanda, tienen una función social, y además la identificación personal del sujeto emisor constituye una parte del valor de esa idea (45).

En este sentido, el mismo Holmes caracterizó las ideas impulsoras del desarrollo del derecho común como «necesidades de la época». Además, escribió en su artículo *Ideals and Doubts*: «Cuando digo que algo es verdad, quiero decir que no puedo evitar creer en eso. Estoy afirmando una experiencia sobre la que no hay elección»; es decir, el sujeto se identifica con esa idea. Y añade:

«Pero igual que hay muchas cosas que yo no puedo evitar y el universo sí puede, no me atrevo a asumir que mis incapacidades en la forma de pensar son incapacidades del universo. Por lo tanto, defino la verdad como el sistema de mis limitaciones, y dejo la verdad absoluta para aquellos que estén mejor preparados» (46).

De ahí que Blasi defienda que el «mercado de las ideas» de Holmes no puede responder a la filosofía de los economistas neoclásicos. Según Blasi, esta teoría enunciada en *Abrams* apela a algunos rasgos del funcionamiento del mercado: apertura, dinamismo, adaptabilidad al cambio, reconocimiento de la diversidad, etc.

(44) FISS (1996): 17-30; NIMMER (1985): 12-20, apartado 1.02 B. Ver también: BEVIER (2002): 233-255, artículo que reflexiona sobre la calidad de la información que circula en el «mercado de las ideas».

(45) VINCENT BLASI (2002): 25-27.

(46) HOLMES (1964): 5. En la versión inglesa se habla de *felt necessities of time*: HOLMES (1963): 15. Las frases recogidas del artículo *Ideals and Doubts* se encuentran en HOLMES (1920): 304-305. Holmes también define la verdad como «el sistema de mis limitaciones intelectuales» en una carta a Harold Laski: *January 11, 1929*. Ver HOLMES (1953, II): 1124.

Pero, de hecho, Holmes no empleó en *Abrams* la frase «mercado libre de ideas», sino que esta construcción responde a sus intérpretes, quienes parafrasearon las frases literales de su voto particular: «intercambio libre de ideas» y «competencia del mercado». Con estas palabras Holmes pudo sugerir, como apunta Blasi, que la palabra clave de su voto particular es «competencia», es decir, el hecho de que las ideas se desbancan unas a otras (47).

Holmes se consideraba a sí mismo un darwinista y veía a la sociedad en términos de fuerzas. Partía del principio de que las mayorías tenían derecho a ocupar un lugar de predominio en la comunidad y a proteger sus intereses. Pero no creía que esas fuerzas mayoritarias tuvieran un derecho absoluto a permanecer así. Es decir, no podían preservar su poder de forma indefinida en contra de otras fuerzas emergentes, las cuales también debían tener la oportunidad de ascender.

Los disidentes políticos podían ser penalizados por sus discursos —cuando éstos provocaban o tenían la intención de provocar un peligro inminente—, pero no por su ideología, según sostiene Holmes. Los acusados anarquistas y socialistas del caso *Abrams* tenían la convicción de que la violencia era una táctica necesaria y conveniente para la transformación política.

De hecho, Holmes no estaba de acuerdo con las ideas de los acusados, y declara que «su credo era el de la ignorancia y el de la inmadurez, cuando se apoya honestamente». De todos modos, rechaza los cargos de los acusados establecidos por la mayoría del Tribunal Supremo, ya que una creencia no daba lugar a responsabilidad si ésta no provocaba o no tenía la intención de provocar un peligro inminente (48).

Holmes estuvo influenciado por John Stuart Mill y su obra *On Liberty*, en concreto por la teoría de la falibilidad del capítulo segundo, según la cual todas las opiniones deben estar sometidas a prueba. Este proceso de revisión continua ofrece la posibilidad de que nuevos conocimientos desplacen a los previos o tradicionales, pues inicialmente podíamos estar equivocados (49).

Las premisas de la falibilidad inspiran el planteamiento de Holmes sobre la naturaleza de la verdad. Holmes se oponía al absolutismo moral, pensa-

(47) La frase «mercado de ideas» se utilizó por primera vez en la decisión del Tribunal Supremo *Lamont v. Postmaster General* (381 U. S. 301, 1965), cuando el juez William J. Brennan expuso la opinión mayoritaria del Tribunal. BLASI (2002): 32-35.

(48) *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919).

(49) MILL (1991): 55-89. Mill enuncia tres premisas, a través de las cuales sostiene que el fundamento de la libertad de expresión es la búsqueda de la verdad. Estas premisas son: 1) la opinión tradicionalmente admitida puede resultar falsa; 2) la opinión admitida es verdadera, pero continua siendo necesaria la discusión; 3) algunas opiniones antagónicas pueden compartir la verdad. Por ello, la verdad requiere siempre la difusión de una pluralidad de opiniones.

miento que para él era contrario al método científico (50). Siguiendo este planteamiento, Holmes defendió que los principios que orientan las instituciones de un país están en constante formación, y que el proceso de libre expresión ayuda a definirlos.

Holmes también recoge esta idea en *The Common Law* y en *The Path of the Law*, donde enuncia que los principios del derecho deben analizarse dentro de su contexto histórico, estudiando con atención sus patrones evolutivos y valorando su adaptabilidad a las condiciones modernas. En el primer texto ya introdujo que a menudo la verdad es sugerida por el error, y que el progreso humano depende en gran medida del examen y de la revisión de los valores antiguos (51).

En su voto particular en *Abrams*, Holmes indaga en las razones que llevan a una mentalidad absolutista a no admitir el libre intercambio de opiniones y a desechar todas las ideas contrarias a las propias. Holmes entiende que el hecho de no permitir la difusión de pensamientos opuestos podría indicar que «en el fondo, uno duda tanto de su poder como de sus premisas», de ahí la necesidad de no cuestionarlos. Es por ello que Holmes afirma: «el hecho de haber dudado de los propios principios es el signo que identifica al hombre civilizado» (52).

El caso *Abrams* supuso un paso importante para la modernización de la jurisprudencia sobre libertad de expresión de los Estados Unidos. Holmes dejó atrás sus primeras opiniones tradicionales y adoptó una concepción sobre la Primera Enmienda que limitaba el poder del Gobierno de restringir la libertad de expresión. El impacto de este voto particular en *Abrams* se debió a su carácter liberalizador y también a que dio un giro a la trayectoria anterior de Holmes (53).

(50) Holmes es escéptico con el absolutismo y en diferentes ocasiones repite que la humanidad no tiene una única verdad. En una carta a Harold Laski, escribe: «la verdad absoluta es un espejismo» (*January 11, 1929*). Ver: HOLMES (1953, II): 1125.

(51) Holmes critica que algunas normas jurídicas se mantienen y sobreviven durante mucho tiempo, aunque las costumbres, creencias y necesidades de la época en que se aprobaron hayan desaparecido. Entonces se busca un nuevo fundamento político que, de acuerdo con la época actual, pueda justificarlas. Así, gradualmente, las antiguas normas van recibiendo un nuevo contenido. Y, con los años, incluso la forma antigua se modifica para ajustarse al nuevo significado que ha recibido. Esto es lo que Holmes denomina: la paradoja entre la forma y la sustancia o materia del derecho. Ver: HOLMES (1964): 19 y 43-45.

(52) La primera cita se extrae de *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919); la segunda cita corresponde al artículo *Ideals and Doubts*, en HOLMES (1920): 307.

(53) A partir del caso *Abrams*, el papel que Holmes y Brandeis tuvieron en la transformación de la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda se analiza en: RABBAN (1997): 342-380. También se incluye de forma resumida en RABBAN (1981): 591-594.

5. CONCLUSIONES

En general se ha aceptado que el análisis moderno de la libertad de expresión y de la Primera Enmienda comienza con la *Espionage Act* de 1917, aprobada poco después de que los Estados Unidos entraran en la I Guerra Mundial. A partir de este momento empiezan las decisiones judiciales relevantes y aumenta la preocupación y la sensibilización por la libertad de expresión (54).

Aunque la Primera Enmienda estuviera vigente desde 1791, su significado liberalizador no cristalizó hasta más tarde, ya que a nivel jurisprudencial los primeros casos que se resolvieron fueron contrarios a la libertad de expresión. Esta tendencia restrictiva tuvo lugar durante el período comprendido entre la aprobación de la *Sedition Act* de 1798 y la *Espionage Act* de 1917, y aún continuó al principio de la entrada en vigor de esta segunda ley (55).

En los Estados Unidos, Holmes fue un precursor del movimiento del realismo jurídico, que propugna la flexibilidad del derecho y su adaptación a la realidad social a través de las decisiones judiciales. Holmes declara que el derecho es, sobre todo, experiencia. De ahí su interés por ejercer como juez e influir en la interpretación del derecho desde los Tribunales.

Sus mayores aportaciones se incluyen dentro del ámbito de la libertad de comunicación. Holmes establece unos límites al ejercicio de la libertad de expresión en base a su teoría de responsabilidad jurídica, que puede dividirse en dos ramas: *a*) palabras perjudiciales por sí mismas (injurias, calumnias y desacatos); *b*) palabras no perjudiciales por sí mismas (supuestos de tentativa y conspiración).

Holmes influyó de forma determinante en el terreno judicial a través de sus decisiones en el Tribunal Supremo. En este sentido, Harry Kalven afirma que «la historia del Tribunal Supremo sobre libertad de expresión empieza con la opinión del juez Holmes en *Schenck v. United States*, decidida el 3 de marzo de 1919» (56).

En el caso *Schenck* Holmes introduce su doctrina del «peligro claro y presente», la cual significa que: la restricción de un mensaje sólo está justifi-

(54) CHAFEE (1919): 932-973.

(55) La jurisprudencia sobre libertad de expresión que se dio entre 1798 y 1917 ha sido estudiada por Rabban, quien lamenta que la doctrina haya dedicado en general poca atención a este período. Las primeras decisiones sobre la *Espionage Act* son fruto de una jurisprudencia previa que mayoritariamente se decidió en contra de la libertad de expresión. Pero a diferencia de las decisiones judiciales, un grupo reducido de autores, entre ellos Theodore Schroeder, Thomas Cooley, Ernst Freund, Henry Schofield y Roscoe Pound, ya emprendieron una defensa activa de la libre comunicación. Ver RABBAN (1981): 514-594; y RABBAN (1997): 23-247.

(56) KALVEN (1989): 130.

cada si las palabras empleadas pueden provocar el peligro de un daño. Este peligro debe manifestarse con claridad y debe darse en el momento presente, los peligros inciertos y futuros no quedan protegidos.

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina pone de manifiesto que en realidad se sigue aplicando la doctrina tradicional de la «mala tendencia», ya vigente en el derecho común, que consistía en valorar si el lenguaje tendía a provocar un prejuicio, con independencia de la probabilidad de que ese daño se produjera.

Pero en el caso *Abrams* Holmes da un paso más, el cual resultará decisivo para la efectiva protección de la libertad de expresión. Holmes reformula la prueba del «peligro claro y presente» del siguiente modo: un mensaje sólo puede dar lugar a responsabilidad si provoca o tiene la intención de provocar un peligro inminente. Fuera de este supuesto, las limitaciones impuestas a la libertad de expresión no son admisibles.

Asimismo, Holmes introdujo el concepto del «mercado libre de las ideas», es decir, es necesario que las ideas y pensamientos circulen libremente dentro del foro público, de forma que por el efecto de la competencia unos se vayan imponiendo a otros. La libre discusión favorece que las ideas se vayan corrigiendo unas a otras hasta alcanzar la verdad.

En las sentencias que se resolvieron con posterioridad, Holmes aportó regularmente opiniones que protegían la libertad de expresión y se fue forjando su reputación de liberal. Pero en algunos casos —el más destacado sería *Gilbert v. Minnesota*— aún volvió a aplicar la «mala tendencia» y a apoyar decisiones judiciales que restringían la libertad de expresión (57).

Sin embargo, más adelante interviene de nuevo en supuestos sobre libertad de expresión y acaba consolidando su defensa a la misma. Este período de consolidación empieza con el caso *Gitlow v. New York* y continua con los casos *Whitney v. California*, *Fiske v. Kansas*, *United States v. Schwimmer*, *Stromberg v. California* y *Near v. Minnesota ex rel. Olson* (58).

(57) En los primeros votos particulares después de *Abrams*, Holmes continuó aplicando la nueva formulación de la doctrina del «peligro claro y presente», por ejemplo en: *Schaefer v. United States* (251 U.S. 466, 1920); *Pierce v. United States* (252 U.S. 239, 1920); y *United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Publishing Co. v. Bursleson* (255 U.S. 407, 1921). Sin embargo, Holmes todavía emitió algunas decisiones restrictivas de la libertad de expresión en los siguientes casos: *Gilbert v. Minnesota* (254 U.S. 325, 1920); *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923); y *Bartels v. Iowa* (262 U.S. 404, 1923).

(58) Ver: *Gitlow v. New York*, (268 U.S. 652, 1925); *Whitney v. California* (274 U.S. 357, 1927); *Fiske v. Kansas*, (274 U.S. 380, 1927); *United States v. Schwimmer* (279 U.S. 644, 1929); *Stromberg v. California*, (283 U.S. 359, 1931) y *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, (283 U.S. 697, 1931).

Las aportaciones de Oliver Wendell Holmes a la Primera Enmienda se basan en sus votos particulares en contra de la mayoría del Tribunal Supremo. Se le ha reprochado que en ocasiones éstos no estaban bien argumentados y eran más bien ejercicios filosóficos o literarios, y además los hubo tanto a favor como en contra de la libertad de expresión.

De todos modos debe admitirse que, ni que fuera de forma paulatina, con marcados avances y también algunos retrocesos, de hecho cuestionaron el control que el Estado ejercía sobre la libertad de expresión, el cual impedía la difusión libre y plural de opiniones. En el contexto histórico en que se produjeron, las opiniones de Holmes liberalizaron la interpretación de la Primera Enmienda y modificaron el enfoque restrictivo vigente hasta entonces (59).

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, David A. (1983): «The Origins of the Press Clause», *UCLA Law Review*, volume 30, February, págs. 455-537.
- BARRON, Jerome A., y DIENES, C. Thomas (1979): *Handbook of Free Speech and Free Press*, Boston, Little, Brown & Company.
- BEVIER, Lillian R. (2002): «The Invisible Hand of the Marketplace of Ideas», en BOLLINGER, Lee C., y STONE, Geoffrey R. (eds.): *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, Chicago, The University of Chicago Press, págs. 233-255.
- BLACKSTONE, William (1979): *Commentaries on the Laws of England*, 4 vol., Chicago, The University of Chicago Press (1.ª publicación, 1765-1769).
- BLASI, Vincent (2002): «Misleading Metaphor: Holmes and the Marketplace of Ideas», Lecture Fall, September 5th, Kadish Center for Morality, Law & Public Affairs, School of Law, University of California, Berkeley.
- BURTON, Steven J., ed. (2000): *The Path of the Law and its Influence. The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CHAFEE, Zechariah, Jr. (1969): *Free Speech in the United States*, New York, Atheneum.

(59) Holmes se retiró del Tribunal Supremo en 1932 y murió en 1935, pero sus planteamientos pronto tuvieron efecto en la jurisprudencia estadounidense. El caso *De Jonge v. Oregon* (299 U.S. 353, 1937) supuso una gran victoria para la Primera Enmienda. En una decisión unánime, el Tribunal Supremo revocó la condena de Dirk De Jonge, acusado bajo la *Oregon Criminal Syndicalism Act*. De Jonge, miembro del Partido Comunista, había sido condenado después de hacer un discurso en una reunión pública, en el que criticaba las condiciones de las prisiones del país y la conducta de la policía de Portland hacia unos huelguistas. El juez Charles E. Hughes expuso la decisión del Tribunal e indicó que: «de acuerdo con la Constitución, la asociación pacífica que tiene como objetivo una discusión legítima no puede ser un crimen. La celebración de reuniones para la acción política pacífica no puede prohibirse. Quienes ayudan a presentar tales reuniones no pueden ser tildados de criminales».

- (1920): «A Contemporary State Trial – The United States versus Jacob Abrams *Et Al*», *Harvard Law Review*, volume 33, number 6, April, págs. 747-774.
- (1919): «Freedom of Speech in War Time», *Harvard Law Review*, volume 32, number 8, June, págs. 932-973.
- COASE, Ronald H. (1974): «The Market for Goods and the Market for Ideas», *The American Economic Review*, volume 64, number 2, págs. 384-391.
- DIRECTOR, Aaron (1964): «The Parity of the Economic Market Place», *The Journal of Law & Economics*, number 1, October, págs. 1-10.
- DOWELL, Eldridge Foster (1939): *A History of Criminal Syndicalism Legislation in the United States*, Baltimore, The Johns Hopkins Press.
- EMERSON, Thomas I. (1970): *The System of Freedom of Expression*, New York, Random House.
- (1963): «Toward a General Theory of the First Amendment», *The Yale Law Journal*, volume 72, págs. 877-956.
- FISS, Owen M. (1996): *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Boulder (Colorado), Westview Press.
- FREUND, Ernst (1919): «The Debs Case and Freedom of Speech», *The New Republic*, May 3, págs. 10-15.
- GREENAWALT, Kent (2002): «*Clear and Present Danger* and Criminal Speech», en BOLLINGER, Lee C., y STONE, Geoffrey R., eds., *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, Chicago, The University of Chicago Press, págs. 97-119.
- GUNTHER, Gerald (1975): «Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History», *Stanford Law Review*, volume 27 (part 1), February, págs. 719-773.
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. (1995): *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, 3 vol., Sheldon M. Novick, ed., Chicago, University of Chicago Press.
- (1964): *The Common Law*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, (Traducción: Fernando N. Barrancos Vedia). Versión inglesa: HOLMES, Oliver Wendell, Jr. (1963): *The Common Law*, Mark DeWolfe Howe, ed., Boston, Little, Brown and Company (1.^a ed., 1881).
- (1953): *Holmes-Laski Letters. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, vol. I-II, Mark DeWolfe Howe, ed., London, Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press.
- (1920): *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe.
- (1897): «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, volume 10, págs. 457-478.
- KALVEN, Harry (1989): *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*, New York, Harper & Row Publishers.
- (1964): «The *New York Times* Case: A Note on The Central Meaning of the First Amendment», *Supreme Court Review*, volume 1, págs. 191-221.
- LEVY, Leonard W. (1985): *Emergence of a Free Press*, New York, Oxford University Press.

- MILL, John Stuart (1991): «Sobre la libertad», en *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, (1ª publicación, 1859), (Traducción: Marta C. C. de Iturbe), págs. 37-147.
- NIMMER, Melville B. (1985): *Nimmer on Freedom of Speech. A Treatise on the First Amendment*, New York, Matthew Bender & Co., Inc.
- POHLMAN, H. L. (1991): *Justice Oliver Wendell Holmes. Free Speech and the Living Constitution*, New York, New York University Press.
- POLENBERG, Richard (1999): *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, Ithaca, Cornell University Press.
- POSNER, Richard A. (1992): *The Essential Holmes. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Chicago, The University of Chicago Press.
- RABBAN, David M. (1997): *Free Speech in Its Forgotten Years*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1981): «The First Amendment in Its Forgotten Years», *The Yale Law Journal*, volume 90, number 3, January, págs. 514-594.
- REDISH, Martin H. (1984): *Freedom of Expression. A Critical Analysis*, Charlottesville (Virginia), The Michie Company.
- TEDFORD, Thomas L. (1985): *Freedom of Speech in the United States*, New York, McGraw-Hill.
- TRIBE, Laurence H. (1988): *American Constitutional Law*, 2nd ed., Mineola, The Foundation Press Inc.
- WHITE, Edward G. (1993): *Justice Oliver Wendell Holmes. Law and the Inner Self*, New York, Oxford University Press, Inc.

RESUMEN

Las mayores contribuciones de Oliver Wendell Holmes como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos fueron sus decisiones sobre libertad de expresión. El presente estudio se centra en tres casos resueltos en 1919 sobre la *Espionage Act*. Esta ley, aprobada durante la I Guerra Mundial, prohibía la difusión de mensajes en contra de la guerra, que provocasen insubordinación en las fuerzas armadas o paralizaran el reclutamiento de soldados. En su voto particular en el caso *Abrams v. United States*, Holmes reformuló la prueba del «peligro claro y presente», enunciada en opiniones anteriores, e introdujo el concepto del «mercado libre de las ideas». Ambas aportaciones consolidaron su defensa de la libertad de expresión y modernizaron la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda.

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión, Oliver Wendell Holmes, peligro claro y presente, mercado libre de las ideas, liberalismo.

ABSTRACT

Oliver Wendell Holmes' greatest contributions as judge of the Supreme Court of the United States were his opinions about freedom of speech. This study focuses on three sentences passed in 1919 and related to the *Espionage Act*. This law, enforced during the 1st World War, banned the diffusion of messages against the war, which caused insubordination in the armed forces or obstructed soldiers' recruitment. Through his dissenting opinion in the case of *Abrams v. United States*, Holmes reformulated the «clear and present danger» test, which was stated in previous opinions, and introduced the concept of the «free marketplace of ideas». Both of them consolidated his claim for freedom of speech and modernized the jurisprudence regarding the First Amendment.

KEY WORDS: freedom of speech, Oliver Wendell Holmes, clear and present danger, free marketplace of ideas, liberalism.