

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA TEORIZACIÓN DE ZECHARIAH CHAFEE, JR.: EL MERCADO DE LAS IDEAS Y LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES CONSTITUCIONALES EN CONFLICTO

FREEDOM OF SPEECH IN ZECHARIAH CHAFEE, JR.'S THEORIZING: THE MARKETPLACE OF IDEAS AND THE BALANCING OF CONSTITUTIONAL INTERESTS IN CONFLICT

María Nieves Saldaña
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. LA TRADICIÓN DEL MERCADO DE LAS IDEAS: MILTON, JEFFERSON, MILL Y HOLMES.- II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN TIEMPOS DE GUERRA: ZECHARIAH CHAFEE, JR., Y EL MERCADO DE LAS IDEAS.- 2.1. Libertad de expresión y legislación antiespionaje: la *Sedition Act* de 1918.- 2.2. La libertad de expresión en tiempos de guerra: los casos *Schenck*, *Frohwerk* y *Debs*.- 2.3. Libertad de expresión y mercado de las ideas: el caso *Abrams v. United States*.- III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL MERCADO DE LAS IDEAS Y LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES CONSTITUCIONALES EN CONFLICTO.- 3.1. Libre debate, mercado de las ideas y búsqueda de la verdad.- 3.2. Ponderación de los intereses constitucionales relevantes en conflicto: la prevalencia del interés social en la consecución de la verdad.- IV. CONSIDERACIONES FINALES: MERCADO DE LAS IDEAS, ENERGÍA POLÍTICA Y PROGRESO SOCIAL.- V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En la primera mitad del siglo XX, la teorización de Zechariah Chafee, Jr., sobre el alcance de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana se basa en la tradición centenaria del “mercado de las ideas”, inaugurada por la Areopagítica de John Milton y continuada por Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, John Stuart Mill y Oliver W. Holmes, así como en su original teoría sobre la ponderación de los intereses constitucionales relevantes en conflicto, sosteniendo que la libertad de expresión es un interés constitucional preferente porque contribuye a la consecución de la verdad en una sociedad democrática y a potenciar el ineludible dinamismo individual y colectivo necesario para el progreso del sistema político y social.

Abstract: In the first half of the 20th century, Zechariah Chafee, Jr.'s theorizing about the scope of the free speech clause of the First Amendment of the U.S. Constitution builds on the century-old tradition of the "marketplace of ideas", inaugurated by John Milton's *Areopagitica* and continued by Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, John Stuart Mill, and Oliver W. Holmes, as well as on his original theory on balancing the relevant constitutional interests in conflict, arguing that freedom of speech is a preferential constitutional interest because it contributes to the attainment of the truth in a democratic society and to enhancing the inescapable individual and collective dynamism necessary for the progress of the political and social system.

Palabras clave: Libertad de expresión, Primera Enmienda, Zechariah Chafee, Jr., mercado de las ideas, ponderación de intereses constitucionales en conflicto

Key Words: Freedom of speech, First Amendment, Zechariah Chafee, Jr., marketplace of ideas, balancing of constitutional interests in conflict

I. LA TRADICIÓN DEL MERCADO DE LAS IDEAS: MILTON, JEFFERSON, MILL Y HOLMES

El llamado "mercado de las ideas" constituye uno de los argumentos más esgrimidos del discurso de la libertad de expresión en la tradición jurídica occidental. Su fundamentación sostiene que la libre expresión de ideas y opiniones contribuye a la conquista del conocimiento y la verdad, deviniendo en vehículo para alcanzar la libertad en un Estado democrático. Su primigenia formulación se remonta al siglo XVII, al ensayo fundacional de la concepción moderna de la libertad de expresión en la tradición constitucional occidental, el discurso que John Milton dirigió al Parlamento inglés el 24 de noviembre de 1644 para reivindicar la extinción del férreo sistema de censura previa vigente en la Inglaterra de mediados del siglo XVII¹ con el sugerente título de *Areopagitica. A Speech for*

¹ Sobre el restrictivo sistema de censura previa vigente en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII *vid.* Frederick S. Siebert, *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control*, University of Illinois Press, Urbana, 1965; David M. Loades, "The Theory and Practice of Censorship in Sixteenth Century England", *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 24, 1974, pp. 141-150; Richard J. Ross, "The Commoning of the Common Law: The Renaissance Debate over Printing English Law, 1520-1640", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, núm. 2, 1998, pp. 323-461; Cyndia S. Clegg, *Press Censorship in Elizabethan England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997; también de Cyndia S. Clegg, *Press Censorship in Jacobean England*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; y "Censorship and the Courts of Star Chamber and High Commission in England to 1640", *Journal of Modern European History*, vol. 3, núm. 1, 2005, pp. 50-80; y también Cyndia S. Clegg, *Press Censorship in Caroline England*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

*the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*², en el que Milton formula el argumento más esgrimido en el diacrónico proceso de conceptualización de la libertad de expresión, apelando al libre encuentro de mentes y opiniones como medio para alcanzar la verdad³:

«... though all the windes of doctrin were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously by licencing and prohibiting to misdoubt her estrenght. Let her and Falshood grapple; who ever knew Truth put to the wors, in a free and open encounter?»⁴.

La concepción miltoniana sobre la virtualidad del debate abierto entre las distintas opiniones para el avance del conocimiento y la ulterior conquista de la verdad se recepciona en la literatura toleracionista de pensadores radicales de la Inglaterra puritana⁵ de mediados del siglo

² Según el conocido Catálogo de George Thomason, la *Areopagítica* fue editada sin licencia ni registro de impresión, con el título y el nombre de Milton, el 24 de noviembre de 1644, al respecto *vid.* Joseph M. French (ed.), *The Life Records of John Milton*, 5 vols., Gordian Press, New York, 1966, vol. II, pp. 113-114. Se utiliza la clásica edición inglesa publicada en Don M. Wolfe (Gen. Edit.), *Complete Prose Works of John Milton*, 8 vols., Yale University Press, New Haven and London, 1953-1982, vol. II, pp. 485-570. Para la edición en español *vid.* John Milton, *Areopagítica*, traducción y prólogo de José Carner, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1976 (la primera edición de este texto data de 1941 en México, posteriormente se han publicados varias reediciones en 2000 y 2005). Para una edición bilingüe inglés-español *vid.* John Milton, *Areopagítica*, estudio preliminar de Marc Carrillo, traducción, edición y notas de Joan Curbert, Tecnos, Madrid, 2011.

³ De la extensa bibliografía sobre la *Areopagítica*, entre los estudios más recientes *vid.* Chloé Bakalar, “*The Virtues of Everyday Talk: The Enduring Significance of John Milton’s Theory of Expressive Liberties*”, *Political Theory*, vol. 49, núm. 4, 2021, pp. 584-612; William Walker, “*Human Rights, Modernity, and Milton’s Areopagítica*”, *The European Legacy*, vol. 23, núm. 4, 2018, pp. 365-381; Joad Raymond, “*Censorship in Law and Practice in Seventeenth-Century England: Milton’s Areopagítica*”, en L. Hutson (ed.), *Oxford Handbook to English Law and Literature, 1500-1700*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 507-528; Vincent Blasi, “*A Reader’s Guide to John Milton’s Areopagítica, the Foundational Essay of the First Amendment Tradition*”, *The Supreme Court Review*, 2017, pp. 273-312; Regina M. Schwartz, “*Truth, Free Speech, and the Legacy of John Milton’s Areopagítica*”, *Teoria*, vol. 32, núm. 1, 2012, pp. 47-58.

⁴ John Milton, *Areopagítica*, en Ernest Sirluck (ed.), *Complete Prose Works of John Milton*, Volume II, 1643-1648, *op. cit.*, p. 561. Para la edición española *vid.* John Milton, *Areopagítica*, traducción y prólogo de José Carner, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁵ Sobre la influencia que ejerce la *Areopagítica* en la Revolución Puritana *vid.* Don M. Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution*, Thomas Nelson and Sons, New York, 1941, pp. 128-138; William R. Parker, *Milton’s Contemporary Reputation, An Essay Together A Tentative List of Printed Allusions to Milton, 1641-1674, and Facsimile Reproductions of Five Contemporary Pamphlets Written in Answer to Milton*, Ohio State University Press, Columbus, Ohio, 1940, pp. 25-27; William Haller, “*Two Early Allusions to Milton’s Areopagítica*”, *Huntington Library Quarterly*, vol. XII, 1949, pp. 207-212; también de William Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647*, 3 vols., Columbia University Press, New York, 1934, vol. I, Appendix B, “*Milton’s Reputation and Influence, 1643-1647*”, pp. 128-139.

XVII como Hezekiah Woodward⁶, John Lilburne⁷, John Saltmarsh⁸, y, especialmente, en la ideología radical *Whig* inglesa de finales del siglo XVII, cuando se intenta fortalecer el sistema de licencias previas de impresión, reflejándose en los escritos a favor de la libertad de prensa de William Denton⁹, Charles Blount¹⁰ y Matthew Tindal¹¹.

Asimismo, en el período colonial y revolucionario norteamericano se prefigura la doctrina del “mercado de las ideas” en los artículos periodísticos de Benjamin Franklin, uno de los editores más célebres del período colonial, como muestra el escrito que mejor refleja la concepción de la libertad de expresión imperante¹², su ensayo publicado en la *Pennsylvania Gazette* bajo el título *An Apology for Printers* (10 de junio de 1731), en el que proclama las bondades de la libertad de prensa al promover y enfrentar la diversidad de opiniones, resonando los argumentos de la *Areopagítica* sobre el debate abierto entre la verdad y el error¹³:

«Printers are educated in the Belief, that when Men differ in Opinion, both Sides ought equally to have the Advantage of being heard by the Publick;

⁶ Hezekiah Woodward, *Inquiries into the Causes of Our Miseries*, London, 23 de diciembre de 1644, en Ernest Sirluck (ed.), *Complete Prose Works of John Milton*, Volume II, 1643-1648, *op. cit.*, pp. 506-507, nota 72.

⁷ John Lilburne, *Copie of a Letter to Mr. William Prinne upon his last Booke Intituled ‘Truth Triumphant over Falshood, Antiquity over Novelty’*, London, 7 de enero de 1645, reproducido en William Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647*, *op. cit.*, vol. III, pp. 179-187, especialmente pp. 182-183.

⁸ John Saltmarsh, *Smoke in the Temple. Wherein is a Designe for Peace and Reconciliation of Believers of the Several Opinions of these Times*, London, 1646, reproducido en Arthur Sutherland Pigott Woodhouse (ed.), *Puritanism and Liberty. Being the Army Debates (1647-1649) from the Clarke Manuscripts with Supplementary Documents*, University of Chicago Press, Chicago, 1951, pp. 171-183.

⁹ William Denton, *An Apology for the Liberty of the Press*, pp. 4-6, en George F. Sensabaugh, *That Grand Whig, Milton*, Stanford University Press, Stanford, 1952, pp. 63-64.

¹⁰ Richard Blount, *Reasons Humbly Offered for the Liberty of Unlicensed Printing*, London, 1693, p. 14, en George F. Sensabaugh, *That Grand Whig, Milton*, *op. cit.*, p. 60.

¹¹ Matthew Tindal, *A Letter to a Member of Parliament Shewing that a Restraint of the Press Is Inconsistent with the Protestant Religion, and Dangerous to the Liberties of the Nation*, London, 1698, reproducido en Stephen Parks (ed.), *Freedom of the Press: Six Tracts 1698-1709*, Garland Publishing, New York & London, 1974, Documento A.

¹² En este sentido *vid.* Clinton L. Rossiter, *Seedtime of the Republic: The Origin of the American Tradition of Liberty*, Harcourt Brace and Company, New York, 1953, p. 300; Stephen Botein, “‘Meer Mechanics’ and an Open Press: the Business and Political Strategies of Colonial American Printers”, en Donald Flenning y Bernard Bailyn (eds.), *Perspectives in American History*, 12 vols., Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1967-1979, vol. 9, pp. 127-228. Desde una perspectiva más relativa *vid.* Leonard W. Levy, *Emergence of a Free Press*, Oxford University Press, New York, 1985, pp. 119-121; y también de Leonard W. Levy (ed.), *Freedom of the Press, From Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1996, pp. 3-4.

¹³ Sobre la influencia de la *Areopagítica* en este escrito de Franklin *vid.* J. A. Leo Lemay, *The Life of Benjamin Franklin: Printer and Publisher, 1730-1747*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, vol. 2, pp. 12 y 250.

and that when Truth and Error have fair Play, the former is always an overmatch for the later»¹⁴.

Cuatro años más tarde, resuenan los argumentos sobre la búsqueda de la verdad y el libre debate de mentes y opiniones en la memorable defensa que llevó a cabo Andrew Hamilton del impresor John Peter Zenger en el proceso por libelo sedicioso que tuvo lugar en la ciudad de Nueva York en 1735, apelando a la virtualidad de la libre discusión de los asuntos públicos para limitar el ejercicio arbitrario del poder¹⁵:

«... The question before de Court and you gentlemen of the jury is not of small nor private concern, it is not the cause of a poor printer, nor of New York alone, which you are now trying. No! It may in its consequences affect every freeman that lives under a British government on the main of America. It is the best cause. It is the cause of liberty [...] but every man who prefers freedom to a life of slavery will bless and honor you as men who have baffled the attempt of tyranny; and by an impartial and uncorrupt verdict, have laid a noble foundation for securing to ourselves, our posterity, and our neighbors that to which nature and the laws of our country have given us a right—the liberty—both of exposing and opposing arbitrary power by speaking and writing truth»¹⁶.

Igualmente, Thomas Jefferson, padre fundador de la independencia norteamericana, fundamenta su discurso sobre la libertad de expresión¹⁷ en el libre encuentro de ideas y opiniones y en su virtualidad para alcanzar la verdad, como refleja su *Proyecto de Ley sobre Libertad Religiosa del Estado de Virginia* (redactado por Jefferson en 1777 y pre-

¹⁴ Benjamin Franklin, *An Apology for Printers*, 10 de junio de 1731, el escrito es reproducido en Leonard W. Levy (ed.), *Freedom of the Press, From Zenger to Jefferson*, *op. cit.*, pp. 3-10, especialmente p. 5.

¹⁵ La fuente principal del proceso de Zenger es, sin duda, el relato que publica James Alexander en *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of the New York Weekly Journal*, 1736, editado por S. N. Katz (ed.), *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of the New York Weekly Journal*, 2nd ed., Harvard University Press, Cambridge, 1972. Para un estudio del proceso de Zenger *vid.* Livingston Rutherford, *John Peter Zenger, His Press, His Trial and a Bibliography of Zenger Imprints. Also a Reprint of the Edition of the Trial*, Dodd Mead, New York, 1904; *vid.* también Leonard W. Levy, *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pp. 37-45 y 124-135; también de Levy, “*Did the Zenger Case Really Matter? Freedom of the Press in Colonial New York*”, William and Mary Quarterly, vol. 17, núm.1, 1960, pp. 35-50; Paul Finkelman, “*The Zenger Case: Prototype of a Political Trial*”, en Michael R. Belknap (ed.), *American Political Trials*, Greenwood, Westport, 1981, pp. 21-42.

¹⁶ James Alexander, *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of the New York Weekly Journal*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁷ *Vid.* Jerry W. Knudson, *Jefferson and the Press: Crucible of Liberty*, University of South Carolina Press, Columbia, 2006.

sentado a la Asamblea General de Virginia en 1779, siendo finalmente aprobado en 1786)¹⁸:

«... that truth is great and will prevail if left to herself; that she is the proper and sufficient antagonist to error, and has nothing to fear from the conflict unless by human interposition disarmed of her natural weapons, free argument and debate; errors ceasing to be dangerous when it is permitted freely to contradict them»¹⁹.

Defendiendo, igualmente, los postulados del debate abierto de ideas y opiniones en la carta que dirige al juez John Tyler el 28 de junio de 1804, anticipando Jefferson la futura teoría del “mercado de las ideas” que el juez Oliver W. Holmes hará célebre en la incipiente configuración judicial de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana a principios del siglo XX²⁰:

«No experiment can be more interesting than that we are now trying, & which we trust will end in establishing the fact that man may be governed by reason and truth. our first object should therefore be to leave open to him all the avenues to truth. the most effectual hitherto found is the freedom of the press. it is therefore the first shut up by those who fear the investigation of their actions. the firmness with which the people have withstood the late abuses of the press, the discernment they have manifested between truth and falsehood, shew that they may safely be trusted to hear everything true and false, & to form a correct judgment between them [...] I hold it therefore certain that to open the doors of truth, & to fortify the habit of testing every thing by reason, are the most effectual manacles we can rivet on the hands of our successors to prevent their manacling the people with their own consent»²¹.

En base a tales postulados, Jefferson cuestionó la constitucionalidad de la *Sedition Act* aprobada por el Congreso el 14 de julio de 1798²²,

¹⁸ Para su estudio *vid.* Paul Raszor y Richard E. Bond (eds.), *From Jamestown to Jefferson: The Evolution of Religious Freedom in Virginia*, University of Virginia Press, Charlottesville, 2011; Merrill D. Peterson y Robert C. Vaughan (eds.), *The Virginia Statute for Religious Freedom. Its Evolution and Consequences in American History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

¹⁹ Thomas Jefferson, *A Bill for Establishing Religious Freedom*, 1779, disponible en <https://constitutioncenter.org/the-constitution/historic-document-library/detail/thomas-jefferson-a-bill-for-establishing-religious-freedom>

²⁰ «Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press», U.S. Const. amend. I. cl. 2.

²¹ Thomas Jefferson, “*From Thomas Jefferson to John Tyler, 28 June 1804*”, en James P. McClure *et al.* (eds.), *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 43, 11 March–30 June 1804, Princeton University Press, Princeton, 2021, p. 666-667.

²² Durante la amenaza de guerra contra Francia el Congreso norteamericano aprobó cuatro proyectos legislativos, conocidos como *The Alien and Sedition Acts*, con el objetivo

que establecía importantes restricciones a los derechos garantizados en la Primera Enmienda, de ahí que al ser elegido Presidente de los Estados Unidos en 1800 permitiera que caducaran los procesos judiciales en curso y se liberaran a los editores procesados, aplicando los principios que venía defendiendo desde sus primeros escritos a favor del libre debate de mentes y opiniones, que sostendría el 4 de marzo de 1805 en su segundo discurso inaugural como Presidente de los Estados Unidos para justificar la extinción de la ley, «But the experiment is noted to prove that, since truth & reason have maintained their ground against false opinions, in league with false facts, the Press, confined to truth, needs no other legal restraint. The public judgment will correct false reasonings & opinions, on a full hearing of all parties»²³.

Siguiendo la tradición de Milton, Franklin y Jefferson, John Stuart Mill esgrime la virtualidad del enfrentamiento abierto entre la verdad y el error y el libre debate de ideas y opiniones en la defensa de la libertad de expresión articulada en su célebre ensayo *On Liberty* (1859), en la que conjuga magistralmente los conceptos de democracia y libertad, presupuesto fundacional de su teoría política²⁴:

de fortalecer el gobierno federal, aunque en la práctica se dirigieron a mermar la fuerte oposición política que venía ejerciendo el partido republicano, liderado por Thomas Jefferson, reflejándose un claro desprecio por la misma Constitución en la última de las medidas legislativas aprobada por el Congreso el 14 de julio de 1798, la llamada *Sedition Act*, al respecto, entre otros, *vid.* Abel Arias Castaño, “*La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión*”, *Historia Constitucional*, núm. 10, 2009, pp. 297-321; Walter Berns, “*Freedom of the Press and the Alien and Sedition Laws: A Reappraisal*”, *Supreme Court Review*, 1970, pp. 109-160; James M. Smith, *Freedom’s Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 1956; John C. Miller, *Crisis in Freedom: The Alien and Sedition Acts*, Little Brown, Boston, 1952; Thomas F. Carroll, “*Freedom of Speech and of the Press in The Federalist Period: the Sedition Act*”, *Michigan Law Review*, vol. 18, núm. 7, 1920, pp. 615-651.

²³ Thomas Jefferson, “*Second Inaugural Address, 4 March 1805*”, en James P. McClure *et al.* (eds.), *The Papers of Thomas Jefferson, op. cit.*, vol. 45, 11 November 1804 to 8 March 1805, pp. 652-657. Como señala M. Petterson, «[Jefferson] había aprendido hacía mucho tiempo que por cada libelo difamatorio rebatido surgía otro en su lugar; además se había entregado filosóficamente al más amplio horizonte de discusión pública sobre el principio que iba a establecer en su alocución inaugural: “Que un error de opinión puede ser tolerado cuando se deja libertad a la razón para combatirlo”», *vid.* “*Thomas Jefferson: Resumen Biográfico*”, en Lally Weymouth (dir.), *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, traducción de J. Bellock Zimmermann, Tecnos, Madrid, 1986, p. 34.

²⁴ Entre las obras que integran el pensamiento político de Mill destacan especialmente *Thoughts on Parliamentary Reform* (1859), *Considerations on Representative Government* (1861) y *The Subjection of Women* (1869). De la extensa bibliografía *vid.* G. W. Smith (ed.), *John Stuart Mill’s Social and Political Thought: Critical Assessments*, Routledge, New York, 1998; Conrad Russell, *John Stuart Mill: the Free Market and the State*, John Stuart Mill Institute, London, 1993; Fred R. Berger, *Happiness, Justice and Freedom: The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill*, University of California Press, Berkeley, 1984; Dennis Thompson, *John Stuart Mill and Representative Government*, Princeton University Press, Princeton, 1976; John M. Robson, *The Improvement of Mankind: The Social and Political Thought of John Stuart Mill*, University of Toronto Press, Toronto, 1968.

«But the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error [...] the opinion which it is attempted to suppress by authority may possibly be true. Those who desire to suppress it, of course deny its truth; but they are not infallible. They have no authority to decide the question for all mankind, and exclude every other person from the means of judging. To refuse a hearing to an opinion, because they are sure that it is false, is to assume that their certainty is the same thing as absolute certainty. All silencing of discussion is an assumption of infallibility [...] Truth, in the great practical concerns of life, is so much a question of the reconciling and combining of opposites, that very few have minds sufficiently capacious and impartial to make the adjustment with an approach to correctness, and it has to be made by the rough process of a struggle between combatants fighting under hostile banners»²⁵.

Por todo, no sorprende que la tradición centenaria del encuentro abierto de ideas y opiniones y de la virtualidad del libre debate para alcanzar la verdad representada por Milton, Jefferson y Mill esté presente a principios del siglo XX en la interpretación más amplia de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana que formula el magistrado de la Corte Suprema Oliver W. Holmes, apelando en su opinión disidente del caso *Abrams v. United States* (1919) al debate abierto entre la verdad y el error para fundamentar su defensa del “mercado de las ideas”, la metáfora judicial más debatida de la historia constitucional norteamericana, afirmando que el bien se logra mejor mediante el libre intercambio de las ideas y que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para lograr ser aceptado en la competencia del mercado²⁶:

²⁵ John S. Mill, *On Liberty*, edited and introduction by Elizabeth Rapaport, Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis, Cambridge, 1978, pp. 16 y 46. Sobre esta obra, entre otros, *vid.* Jonathan Riley, *Mill on Liberty*, Routledge, London, New York, 1998; John C. Rees, *John Stuart Mill's on Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1985; John Gray, *Mill on Liberty: a Defence*, Routledge & K. Paul, London, Boston, 1983; C. L. Ten, *Mill on Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

²⁶ Realmente, Holmes modificó en el caso *Abrams v. United States* su propia concepción inicialmente más restrictiva de la garantía de la libertad de expresión de la Primera Enmienda que había defendido en casos anteriores. En efecto, unos meses antes, marzo de 1919, en el caso *Schenck v. United States* [294 U.S. 47 (1919)], al expresar la opinión unánime del Tribunal Holmes expone el llamado test del “peligro claro e inminente” (clear and present danger test), representando un cambio en el estándar judicial relativo a la “tendencia nociva” (bad tendency test) a incitar o provocar una actividad ilegal que la Corte Suprema venía aplicando desde *Patterson v. Colorado* [205 U.S. 454 (1907)] a la hora de determinar el

«Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition [...] But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas, that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution»²⁷.

Aunque la metáfora del “mercado de las ideas” fue mínimamente admitida por la doctrina del momento²⁸, aceptándose la opinión mayoritaria de la Corte Suprema²⁹, que será aplicada en casos ulteriores³⁰, sin

ámbito de protección que la Primera Enmienda otorga a la libertad de expresión, al respecto *vid.* David S. Bogen, “*The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes*”, *Hofstra Law Review*, vol. 11, núm. 1, 1982, pp. 97-189, especialmente pp. 100, 154-163; Yosai Rogat y James M. O’Fallon, “*Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion-The Free Speech Cases*”, *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 6, 1984, pp. 1349-1406, especialmente pp. 1361-1366; Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, University of Carolina Press, Berkeley, Los Angeles, Oxford, 1991, p. 128; Kent Greenawalt, “*Clear and Present Danger and Criminal Speech*”, en Lee C. Bollinger y Geoffrey R. Stone (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago, 2002, pp. 97-119; Thomas Healy, *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind and Changed the History of Free Speech in America*, Henry Holt and Company, New York, 2013; A. Arias Castaño, *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

²⁷ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, Jr., dissenting).

²⁸ Entre otros, *vid.* Hugh E. Willis, “*Freedom of Speech and the Press*”, *Indiana Law Journal*, vol. 4, 1929, pp. 445-455; Herbert F. Goodrich, “*Does the Constitution Protect Free Speech*”, *Michigan Law Review*, vol. 19, núm. 5, 1921, pp. 487-501; Karl N. Llewellyn, “*Free Speech in Time of Peace*”, *Yale Law Journal*, vol. 29, núm. 3, 1920, pp. 337-344; Fred B. Hart, “*Power of Government over Speech and Press*”, *Yale Law Journal*, vol. 29, núm. 4, 1920, pp. 410-428; M. G. Wallace, “*Constitutionality of sedition Laws*”, *Virginia Law Review*, vol. 6, núm. 6, 1920, pp. 385-399; Frederick Pollock, “*Abrams v. United States*”, *Law Quarterly Review*, vol. 36, núm. 4, 1920, pp. 334-338.

²⁹ Son numerosos los comentarios favorables a la opinión mayoritaria de la Corte Suprema en defensa del “*bad tendency test*”, entre otros *vid.* Abraham Pinsky, “*Freedom of Speech under Our Constitution*”, *West Virginia Law Review*, vol. 31, núm. 4, 1925, pp. 273-292; Thomas F. Carroll, “*Freedom of Speech and of the Press in Wartime: The Espionage Act*”, *Michigan Law Review*, vol. 17, 1919, pp. 621-665, también de Thomas F. Carroll, “*Freedom of Speech during the Civil War*”, *Virginia Law Review*, vol. 9, núm. 7, 1923, pp. 516-551; Day Kimball, “*The Espionage Act and the Limits of Legal Toleration*”, *Harvard Law Review*, vol. 33, núm. 3, 1920, pp. 442-449; James P. Hall, “*Free Speech in War Time*”, *Columbia Law Review*, vol. 21, núm. 6, 1921, pp. 526-537; Edward S. Corwin, “*Freedom of Speech and Press under the First Amendment: A Résumé*”, *Yale Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 1920, pp. 48-55; también de Corwin, “*Constitutional Law in 1919-1920*”, *American Political Science Review*, vol. 14, núm. 4, 1920, pp. 635-658; William R. Vance, “*Freedom of Speech and of the Press*”, *Minnesota Law Review*, vol. 2, núm. 4, 1918, pp. 239-260; G. P. Garrett, “*Free Speech and the Espionage Act*”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 10, 1919, pp. 71-75.

³⁰ Entre otros *vid.* *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466 (1920); *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239 (1920); *Gilbert v. Minnesota*, 254 U.S. 325 (1920); *Gitlow v. New*

embargo, ha ejercido una notable influencia en el proceso de conceptualización de la libertad de expresión, cuyo influjo se dejará sentir en pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal³¹, llegando hasta nuestros días³². Así, abunda en la extensa jurisprudencia de la Corte Suprema constantes referencias a la teoría del “mercado de las ideas”, estando el *case law* de la Primera Enmienda repleto de resoluciones en las que se afirma que la ley no puede censurar ideas o, según la terminología holmesiana, no puede preferir una determinada versión de la verdad frente a cualquier otra, como se refleja paradigmáticamente cuando el juez Jackson expresa la opinión mayoritaria del Tribunal en *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, «If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion»³³. Y como se reitera al más puro estilo holmesiano en *Gertz v. Robert Welch Inc.*, «Under the First Amendment, there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries, but on the competition of other ideas»³⁴. Aunque fue el juez William J. Brennan quien emplea por primera vez la expresión “mercado de las ideas” al exponer la opinión mayoritaria de la Corte Suprema en *Lamont v. Postmaster General of United States*, «It would be a barren marketplace of ideas that had only sellers and no buyers»³⁵.

No obstante, la metáfora del “mercado de las ideas” no habría alcanzado tal repercusión si no hubiese sido germinada, aprehendida y defendida por Zechariah Chafee, Jr., el experto de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda más destacado de la primera

York, 268 U.S. 652 (1925); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) [anulado en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)].

³¹ De las sentencias más relevantes que plasman la doctrina inaugurada en el Caso *Abrams vid. FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 745-746 (1978); *Young v. American Mini Theatres Inc.*, 427 U.S. 50, 63-65 (1976); *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 16-17 (1976); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 115 (1972); *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 382 (1968); *Brown v. Louisiana*, 383 U.S. 131, 142-143 (1966); *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 368-369 (1931).

³² Entre otras *vid. United States v. Alvarez*, 132 S. Ct. 2537, 2541 (2012); *Davenport v. Wash. Educ. Ass'n*, 551 U.S. 177, 179 (2007); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Hustler Magazine Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 55-56 (1988); *City Council of Los Angeles v. Taxpayer for Vincent*, 466 U.S. 789, 804 (1984); *Bolger v. Young Crug Products Corp.*, 463 U.S. 60, 65-72 (1983); *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455, 462-463 (1980).

³³ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943).

³⁴ *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323, 339-340 (1974).

³⁵ *Lamont v. Postmaster General of United States*, 381 U.S. 301, 308 (1965). Para un estudio del uso que hace la Corte Suprema de la expresión *vid.* Haig Bosmajian, *Metaphor and Reason in Judicial Opinions*, Southern Illinois University Press, Carbondale, 1992, pp. 49-72. Sobre su configuración histórica *vid.* John D. Peters, “‘The Marketplace of Ideas’: A History of the Concept”, en Andrew Calabrese y Colin Sparks (eds.), *Toward a Political Economy of the Culture: Capitalism and Communication in the Twenty-First Century*, Rowman and Littlefield, Lanham, 2004, pp. 65-82.

mitad del siglo XX, quien calificó la oratoria holmesiana como una magnífica exposición de la fundamentación filosófica sobre la que descansa la protección constitucional de la libertad de expresión³⁶. Aunque esto no sorprende si es verdad que fue el mismo Chafee quien convenció a Holmes de una interpretación más amplia de la Primera Enmienda en un encuentro que, propiciado por Harold Joseph Laski, tuvo lugar entre ambos en el verano de 1919, y que alcanzaría plasmación en la opinión disidente de Holmes en el caso *Abrams v. United States*³⁷. Por esto no extraña que la tradición centenaria del libre debate de ideas y opiniones esté presente en uno de los escritos más influyentes de la historia constitucional norteamericana, su *Free Speech in the United States* (1941).

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN TIEMPOS DE GUERRA: ZECHARIAH CHAFEE, JR., Y EL MERCADO DE LAS IDEAS

La principal batalla del “mercado de las ideas” se libró en la arena doctrinal, protagonizada por Zechariah Chafee³⁸, Jr., uno de los primeros grandes constitucionalistas que se preocupó por el alcance de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda³⁹. Influenciado

³⁶ Cfr. Zechariah Chafee, Jr., “A Contemporary State Trial-The United States versus *Jacob Abrams et al.*”, Harvard Law Review, vol. 33, núm. 6, 1920, pp. 747-774, especialmente p. 771. Para otras opiniones similares en general *vid.* Richard Polenberg, *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, Viking Press, New York, 1987, p. 241.

³⁷ En este sentido *vid.* David M. Rabban, “The Emergence of Modern First Amendment Doctrine”, University of Chicago Law Review, vol. 50, núm. 4, 1983, pp. 1205-1355; Fred D. Ragan, “Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., Zechariah Chafee, Jr., and the Clear and Present Danger Test for Free Speech: The First Year, 1919”, Journal of American History, vol. 58, núm. 1, 1971, pp. 24-45. En sentido contrario *vid.* Harold L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, New York University Press, New York, London, 1991, pp. 164-176.

³⁸ Sobre su vida y obras *vid.* Jonathan Prude, “Portrait of a Civil Libertarian: The Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.”, The Journal of American History, vol. 60, núm. 3, 1973, pp. 633-656; Donald L. Smith, *Zechariah Chafee, Jr., Defender of Liberty and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

³⁹ La gran mayoría de la doctrina norteamericana reconoce la notable influencia que ejercieron las aportaciones de Chafee en el emergente proceso de teorización de la Primera Enmienda. Así, Felix Frankfurter, amigo personal de Chafee, declaraba unos años después de su fallecimiento que su influencia en «that pervasive area of national life known as civil rights has no match in the legal professorate», en “A Legal Triptych”, Harvard Law Review, vol. 74, núm. 3, 1961, pp. 433-447, especialmente p. 433. Ya en nuestros días, Mark A. Graber igualmente afirma, «Zechariah Chafee, Jr., is the seminal figure in the development of the modern constitutional defense of free speech», en *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, p. 122. De la misma manera, Francis Canavan reconoce, «Probably no writer has had a greater influence on the thinking of the Supreme Court and of the informed public about the meaning of this clause of the First Amendment than Zechariah Chafee, Jr.», en *Freedom of Expression Purpose as Limit*, Carolina Academic Press, Durham, 1984, p. 124. En el mismo sentido, entre otros, *vid.* también Donald L. Smith, *Zechariah Chafee, Jr., Defender of Liberty and Law*, *op. cit.*, p. 1; y David M. Rabban, “The First

por la situación bélica que caracterizó a principios y mediados del siglo XX, Chafee dedica sus esfuerzos a la conceptualización de la libertad de expresión en tiempos de guerra, rechazando la visión reduccionista que había precedido la interpretación decimonónica de la Primera Enmienda, sosteniendo que la garantía constitucional de la libertad de expresión extiende su protección más allá de la clásica doctrina blackstoniana de los supuestos de censura previa, asunto al que dedicó el artículo periodístico que publicó en *The New Republic* bajo el título “*Freedom of Speech and the Espionage Act*”⁴⁰, y su célebre estudio publicado en la *Harvard Law Review*, “*Freedom of Speech in Wartime*”⁴¹, aunque fue, sin duda, su obra cumbre *Freedom of Speech*, publicada en 1920⁴² y ampliada en 1941 bajo el título *Free Speech in the United States*⁴³, la génesis de la concepción moderna de la Primera Enmienda⁴⁴.

2.1 Libertad de expresión y legislación antiespionaje: la *Sedition Act* de 1918

El interés de Chafee por el alcance de la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda surge a raíz de los acontecimientos que se sucedieron durante la primera gran confrontación bélica a principios del siglo XX, lo que motivó la aplicación de la legislación antiespionaje aprobada en 1917. En efecto, la incorporación de Estados Unidos a la Primera Guerra Mundial, el incremento del proceso de inmigración que caracterizó a este período de la historia norteamericana, ocasionando numerosos enfrentamientos entre quienes defendían a ultranza la unidad e integridad de la cultura norteamericana y quienes abogaban por la apertura a otras realidades⁴⁵, así como el auge del movimiento socialista,

Amendment in Its Forgotten Years”, Yale Law Journal, vol. 90, núm. 3, 1981, pp. 514-595, especialmente p. 516.

⁴⁰ Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech and the Espionage Act*”, The New Republic, núm. 211, 16 de noviembre de 1918, pp. 66-69.

⁴¹ Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech in War Time*”, Harvard Law Review, vol. 32, núm. 8, 1919, pp. 932-973.

⁴² Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, Brace and Howe, Harcourt, 1920.

⁴³ Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1941.

⁴⁴ De los diversos estudios sobre Chafee y la libertad de expresión, entre otros, *vid.* Jerold S. Auerbach, “*The Patrician as Libertarian: Zechariah Chafee, Jr. and Freedom of Speech*”, New England Quarterly, vol. 42, núm. 4, 1969, pp. 511-531; Fred D. Ragan, “*Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., Zechariah Chafee, Jr., and the Clear and Present Danger Test for Free Speech: the First Year, 1919*”, Journal of American History, vol. 58, núm. 1, 1971, pp. 24-45; Charles I. Barzum, “*Politics or Principle? Zechariah Chafee and the Social Interest in Free Speech*”, Brigham Young University Law Review, March, 2007, pp. 101-164.

⁴⁵ Así, el Presidente Woodrow Wilson defendió la expulsión de aquellos extranjeros que a pesar de ser «... welcomed under our generous naturalization laws to the full freedom and opportunity of America [...] poured the poison of disloyalty into the very arteries of our national life», en Thomas A. Lawrence, “*Eclipse of Liberty: Civil Liberties in the United States during the First World War*”, Wayne Law Review, vol. 21, 1974, pp.

provocaron el primer enfrentamiento entre la corriente liberal mayoritaria y la incipiente ideología socialista, enfrentamiento ideológico y político que supondría una prueba de fuego a superar por el sistema constitucional norteamericano garante de la libertad de expresión⁴⁶. Tal colisión en los ámbitos social y político se traduce en el surgimiento de una suerte de histeria y xenofobia colectiva — el llamado “red scare”—⁴⁷ frente a la disidencia política capaz de poner en peligro la homogeneidad social que había caracterizado a la sociedad norteamericana del siglo XIX, siendo frecuentes las llamadas a la unificación y a la restricción de todo elemento subversivo⁴⁸.

La defensa exacerbada de la unidad nacional condujo a la Administración Wilson a la adopción de medidas legislativas dirigidas a castigar cualquier intento de desintegración del pueblo norteamericano, aprobándose la *Espionage Act* el 15 de junio de 1917, poco tiempo después de la entrada de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial. Tal como se aprueba originalmente, la Sección 3ª del Título I de la *Espionage Act* establece tres nuevos delitos para tiempos de guerra: emitir o propagar deliberadamente declaraciones o informes falsos con la intención de interferir en las operaciones militares o navales de los Estados Unidos, o de promover el éxito de los enemigos; causar o intentar causar deliberadamente insubordinación, deslealtad, amotinamiento o rechazo del deber en las fuerzas militares o navales de los Estados Unidos; y obstruir o intentar obstruir el servicio de alistamiento y reclutamiento de los Estados Unidos⁴⁹.

33-112, especialmente pp. 37-38. Sobre la posición extremista de Wilson *vid.* David M. Kennedy, *Over Here: The First World War and American Society*, Oxford University Press, Oxford, 1980, p. 281. Igualmente, Henry Clayton, defensor de la ley *antitrust* que lleva su nombre, llegó a reivindicar la deportación de los inmigrantes que atacasen las instituciones norteamericanas, «... should get off the face of the earth, or at least go back to the country they left», citado en Richard Polenberg, *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁶ *Vid.* Alexis J. Anderson, “The Formative Period of First Amendment Theory, 1870-1915”, *American Journal of Legal History*, vol. 24, núm. 1, 1980, pp. 56-75, especialmente p. 74, nota 89; Paul L. Murphy, *World War I and the Origins of Civil Liberties in the United States*, W. W. Norton & Company, New York, 1979, pp. 46, 52-55; también de Murphy, *The Meaning of Freedom of Speech: First Amendment Freedoms from Wilson to FDR*, Greenwood Press, Westport, Conn., 1972, p. 8; y también Thomas A. Lawrence, “Eclipse of Liberty: Civil Liberties in the United States during the First World War”, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁷ Como señala William Preston, «... a fateful and erroneous identification of alien and radical was firmly implanted in the public mind», en *Aliens and Dissenters*, Harvard University Press, Cambridge, 1963, p. 4.

⁴⁸ En este sentido *vid.* Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁹ «Whoever, when the United States is at war, shall willfully make or convey false reports or false statements with intent to interfere with the operation or success of the military or naval forces of the United States or to promote the success of its enemies, and whoever, when the United States is at war, shall willfully cause or attempt to cause insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty, in the military or naval forces of the United States, or shall willfully obstruct or attempt to obstruct the recruiting

Unos meses más tarde, el 16 de mayo de 1918, se enmienda la *Espionage Act* para incluir la criminalización de expresiones sediciosas y subversivas, de ahí que sea conocida como *Sedition Act*, agregándose nueve delitos más: decir o hacer algo con la intención de obstruir la venta de bonos de guerra de los Estados Unidos, excepto que se trate de un consejo de buena fe y no desleal; hablar, imprimir, escribir o publicar con lenguaje desleal, grosero, insultante o abusivo, o dirigido a causar desprecio, desdén, humillación o descrédito hacia la forma de gobierno de los Estados Unidos; o hacia su Constitución; o hacia su bandera; o hacia las fuerzas navales y militares de los Estados Unidos o sus respectivos uniformes; hablar o escribir con un lenguaje destinado a alentar o instigar la resistencia hacia los Estados Unidos o promover la causa de sus enemigos; propugnar, enseñar, defender o sugerir la realización de cualquiera de estos actos; así como las expresiones o actos que apoyen o favorezcan la causa de cualquier país en guerra contra los Estados Unidos, o que se opongan a la causa de los Estados Unidos en la guerra⁵⁰. Se aprueban, por tanto, las primeras leyes federales dirigidas a restringir de forma amplia la libertad de expresión tras el fracaso de la legislación de sedición de la Administración Adams, la *Sedition Act* de 1798, a la que se enfrentó Thomas Jefferson.

Chafee cuestiona la Ley de Espionaje de 1917 y sus disposiciones sobre sedición de 1918 en un primer artículo publicado en *The New Republic* el 16 de noviembre de 1918 bajo el título “*Freedom of Speech and the Espionage Act*”, rechazando la teoría de William Blackstone en la que se

or enlistment service of the United States, to the injury of the service or of the United States, shall be punished by a fine of not more than \$10,000 or imprisonment for not more than twenty years, or both», *An Act to punish acts of interference with the foreign relations, and the foreign commerce of the United States, to punish espionage, and better to enforce the criminal laws of the United States, and for other purposes*, June 15, 1917, 40 Stat. 217, C. 30, Title I, § 3.

⁵⁰ «Whoever, when the United States is at war, shall willfully make or convey false reports or false statements with intent to interfere with the operation or success of the military or naval forces of the United States, or to promote the success of its enemies, or shall willfully make or convey false reports, or false statements, [...] or incite insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty, in the military or naval forces of the United States, or shall willfully obstruct [...] the recruiting or enlistment service of the United States, or [...] shall willfully utter, print, write, or publish any disloyal, profane, scurrilous, or abusive language about the form of government of the United States, or the Constitution of the United States, or the military or naval forces of the United States [...] or shall willfully display the flag of any foreign enemy, or shall willfully [...] urge, incite, or advocate any curtailment of production [...] or advocate, teach, defend, or suggest the doing of any of the acts or things in this section enumerated and whoever shall by word or act support or favor the cause of any country with which the United States is at war or by word or act oppose the cause of the United States therein, shall be punished by a fine of not more than \$10,000 or imprisonment for not more than 20 years, or both», May 16, 1918, 40 Stat. 553. La ley fue derogada el 13 de diciembre de 1920. El texto de la ley está íntegramente reproducido en Haig A. Bosmajian (ed.), *The Principles and Practice of Freedom of Speech*, University Press of America, Lanhan, Houghton Mifflin, Washington D.C., 1971, pp. 88-91.

había basado el Gobierno norteamericano, aunque había sido repudiada en las colonias desde el Caso Zenger, y que sostiene que la criminalidad del libelo sedicioso es plenamente compatible con la libertad de prensa, consistente en no imponer ningún tipo de censura previa, admitiéndose la represión de las publicaciones y expresiones que pretendan difamar, atacar o ridiculizar al gobierno o a sus miembros, argumentándose que ningún gobierno puede subsistir si no se somete a responsabilidad a quienes difunden opiniones perniciosas sobre él, ya que es condición necesaria a todo gobierno que el pueblo tenga una buena opinión de su funcionamiento, y nada puede ser peor para su ejercicio que promover animosidades acerca de su dirección, de ahí que ningún gobierno pueda estar seguro a menos que sean castigadas, porque a través del libelo sedicioso se quiebra la paz y el orden establecido, siendo la supuesta intención perniciosa del escrito suficiente para ejercitar el control, con independencia de la veracidad de su contenido⁵¹. En su breve argumentación, Chafee expone ya los principios teóricos básicos para la delimitación de la libertad de expresión amparada por la Primera Enmienda, conjugando los postulados del “mercado de las ideas” con la ponderación de los intereses constitucionales en conflicto:

«The true meaning of freedom of speech seems to be this. One of the most important purposes of society and government is the discovery and spread of truth on subjects of general concern. This is possible only through absolutely unlimited discussion, for [...] once force is thrown into the argument, it becomes a matter of chance whether it is thrown on the false side or the true, and truth loses all its natural advantage in the contest. Nevertheless, there are other purposes of Government, such as order, the training of the young, protection against external aggression. Unlimited discussion sometimes interferes with these purposes, which must then be balanced against freedom of speech, but freedom of speech ought to weigh

⁵¹ «Where blasphemous, immoral, treasonable, schismatical, seditious, or scandalous libels, are punished by the English law, the liberty of the press, properly understood, is by no means infringed or violated; the liberty of the press in indeed essential to the nature of a free state; but this consists of laying no previous restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public; to forbid this is to destroy the freedom of the press, but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequences of his own temerity, but to punish any dangerous or offensive writings, which when published, shall on a fair and impartial trial, be judged of a pernicious tendency, is necessary for the preservation of peace and good order of government and religion, the only solid foundations of civil liberty [...] the disseminating, or making public, of bad sentiments, destructive of the ends of society, is the crime which society corrects», William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1765-1769, Libro IV, Cap. II, pp. 151-152, reimpresso en Leonard W. Levy (ed.), *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1996, pp. 104-105.

very heavily in the scale. The First Amendment gives binding force to this principle of political wisdom»⁵².

2.2 La libertad de expresión en tiempos de guerra: los casos *Schenck*, *Frohwerk* y *Debs*

Un año más tarde, Chafee somete la Ley de Espionaje de 1917 y sus disposiciones sobre sedición de 1918 a una intesa crítica en el extenso artículo que se publica en junio de 1919 en la *Harvard Law Review* bajo el título “*Freedom of Speech in War Time*”, rechazando la opinión unánime de la Corte Suprema, expresada por el juez Holmes, que sostenía las condenas de la Ley de Espionaje en los casos *Schenck*, *Frohwerk* y *Debs*. En el caso *Schenck v. United States*, Charles T. Schenck y Elizabeth Baer, entre otros, responsables del Partido Socialista, fueron procesados por publicar y enviar unas quince mil copias de circulares que interferían en el alistamiento militar a reclutas alistados para luchar en la Primera Guerra Mundial⁵³, violándose así el Título I, Sección 3^a, de la *Espionage Act*, que castigaba la expresión de opiniones con la “intención” de interferir o hacer fracasar la campaña militar contra el imperio germano⁵⁴. Así, la mera publicación de las circulares constituía un supuesto de conspiración para evitar el alistamiento en el ejército en tiempos de guerra⁵⁵, de ahí que el elemento esencial fuese la “intención” de los conspiradores, determinada sobre la base del contenido de la publicación⁵⁶. Al expresar la opinión unánime de la Corte Suprema, Holmes expone el llamado test del “peligro claro e inminente” (clear and present danger test)⁵⁷, definién-

⁵² Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech and the Espionage Act*”, *op. cit.*, p. 67. Este párrafo se reproduce literalmente en sus escritos posteriores, *vid.* “*Freedom of Speech in War Time*”, *op. cit.*, pp. 956-957; y también en la primera edición de 1920 de *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 34.

⁵³ Para una enumeración de los hechos probados *vid.* *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 49-51 (1919). El texto completo del panfleto está recogido en el sumario del caso, *vid.* “*Transcript of Record*”, *Schenck v. United States*, pp. 4.a-b.

⁵⁴ C. 30, tit. 1, sec. 3, 40 Stat. 217.

⁵⁵ Aunque Schenck fue condenado por violar una ley de sedición, sin embargo, parece que Holmes aprovechó el caso para aplicar los supuestos penales del llamado “law of criminal attempt” al ámbito de la libertad de expresión, de manera que las afirmaciones de Holmes “clear and present danger” y “a question of proximity and degree” establecían la conexión existente entre el acto de publicación y la interferencia prohibida en la guerra, al respecto *vid.* Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, p. 110; David S. Bogen, “*The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes*”, *op. cit.*, pp. 100, 154-163; Yosai Rogat, “*Mr. Justice Holmes: Some Modern Views-The Judge as Spectator*”, *University of Chicago Law Review*, vol. 31, núm. 2, 1964, pp. 213-256, especialmente pp. 215-217; M. Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1966, pp. 55-58.

⁵⁶ En este sentido *vid.* Wat W. Hopkins, “*Reconsidering the ‘Clear and Present Danger’ Test: Whence the ‘Marketplace of Ideas’?*”, *Free Speech Yearbook*, vol. 33, núm. 1, 1995, pp. 78-98, especialmente p. 79.

⁵⁷ David M. Rabban sitúa el origen del estándar judicial holmesiano en el *common law*, *vid.* “*The First Amendment in Its Forgotten Years*”, *op. cit.*, p. 580. En el mismo sentido

dolo en sentido metafórico mediante el aforismo del “insensato que grita fuego en un teatro atestado de público”⁵⁸, refiriéndose a las expresiones empleadas en tales circunstancias que pueden provocar un peligro claro e inminente que el Congreso tiene derecho a evitar:

«It well may be that the prohibition of laws abridging the freedom of speech is not confined to previous restraints, although to prevent them may have been the main purpose [...] We admit that, in many places and in ordinary times, the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic [...] The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent»⁵⁹.

El test del “peligro claro e inminente” aplicado en marzo de 1919 en el caso *Schenck v. United States* representa un cambio significativo respecto al estándar judicial más restrictivo relativo a la “tendencia nociva” (bad tendency test)⁶⁰ que la Corte Suprema venía aplicando desde *Patterson v. Colorado*⁶¹ a la hora de determinar el ámbito de protección que la Primera Enmienda otorga a la libertad de expresión, y que admite la criminalidad de las opiniones cuya tendencia natural y probable y efectos son tales que están pensadas para producir el resultado condenado por la ley, convirtiéndose así el asunto *Schenck*, como se encargó de recordar el juez Frederick M. Vinson en *Dennis v. United States*, en el primer caso

vid. David S. Bogen, “The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes”, *op. cit.*, pp. 100, 154-163; Yosai Rogat y James M. O’Fallon, “Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion-The Free Speech Cases”, *op. cit.*, pp. 1361-1366. En sentido contrario, Mark A. Graber atribuye la paternidad del test a Zechariah Chafee, Jr., quien habría defendido por primera vez la aplicación del test del “peligro claro y presente” en el ámbito de la Primera Enmienda poco tiempo antes de su utilización por Holmes en el artículo que publica en 1919 en la *Harvard Law Review* con el título “Freedom of Speech in War Time”, *vid. Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, p. 128. *Vid.* también Kent Greenawalt, “Clear and Present Danger and Criminal Speech”, *op. cit.*, pp. 97-119; Abel Arias Castaño, *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

⁵⁸ Harry Kalven señala que el grito de fuego no ofrece premisas similares a las que están presentes en toda retórica política, premisas que constituyen verdadera crítica al Gobierno, y la libertad para criticar la acción del Gobierno constituye el contenido esencial de la Primera Enmienda, *cfr. A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, Harper & Row, New York, 1988, pp. 133-134.

⁵⁹ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919).

⁶⁰ *Vid.* Geoffrey R. Stone, “The Origins of the “Bad Tendency” Test: Free Speech in Wartime”, *Supreme Court Review*, 2002, pp. 411-453.

⁶¹ 205 U.S. 454 (1907).

significativo sobre tal garantía constitucional⁶². Así, Chafee afirma que en el caso *Schenck* la libertad de expresión recibe por primera vez una interpretación más adecuada de acuerdo con el propósito de los redactores de la Constitución⁶³.

La aplicación del test del “peligro claro e inminente” continúa una semana más tarde en los casos *Frohwerk v. United States*⁶⁴ y *Debs v. United States*⁶⁵. Jacob Frohwerk, al igual que Schenck, fue condenado por violar la *Espionage Act*, siendo acusado de incentivar la deslealtad y la oposición a servir en el ejército. En su defensa, Frohwerk reivindicó la protección de la Primera Enmienda, frente a lo que Holmes, expresando la opinión del Tribunal, afirmó, «... we think it necessary to add to what has been said in *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47, only that the First Amendment, while prohibiting legislation against free speech as such, cannot have been, and obviously was not, intended to give immunity for every possible use of language [...] We venture to believe that neither Hamilton nor Madison, nor any other competent person then or later, ever supposed that to make criminal the counseling of a murder within the jurisdiction of Congress would be an unconstitutional interference with free speech»⁶⁶.

El caso *Debs v. United States*, aunque similar a *Schenck y Frohwerk*, ofrece una importante diferencia, no se había presentado cargo de conspiración. Eugene V. Debs, una figura política del Partido Socialista de relevancia nacional y candidato a la Presidencia de los Estados Unidos en 1900, 1904, 1908 y 1912, fue acusado de inducir a la insubordinación y de alentar a no cumplir con las obligaciones militares, consumando los hechos incriminatorios en un discurso pronunciado ante más de un millar de asistentes en Hanton, Ohio, el 16 de junio de 1918⁶⁷. Realmente, el principal temor que estuvo presente en el caso fue el florecimiento del movimiento socialista, en auge a finales de la Primera Guerra Mundial, como reconocía el mismo Holmes al expresar la opinión unánime de la Corte Suprema, «The main theme of the speech was Socialism, its growth, and a prophecy of its ultimate success. With that we have nothing to do, but if a part or the manifest intent of the more general utterances

⁶² 341 U.S. 494, 503 (1951). En el mismo sentido *vid.* Jeremy Cohen, *Congress Shall Make no Law: Oliver Wendell Holmes, The First Amendment, and Judicial Decision Making*, Iowa State University Press, Iowa, 1989, pp. 4-9; y Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, p. 106.

⁶³ Zechariah Chafee, Jr., “Freedom of Speech in War Time”, *op. cit.*, p. 967.

⁶⁴ 249 U.S. 204 (1919).

⁶⁵ 249 U.S. 211 (1919).

⁶⁶ *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204, 206 (1919). Para un análisis de las circunstancias políticas que rodearon la solución del caso *vid.* Lucas A. Powe, Jr., *The Fourth Estate and the Constitution: Freedom of the Press in America*, University of California Press, Berkeley, 1991, pp. 22-50.

⁶⁷ El texto completo del discurso aparece transcrito en la documentación sumarial del caso, *vid.* *Debs v. United States*, pp. 3-15.

was to encourage those present to obstruct the recruiting service, and if, in passages, such encouragement was directly given, the immunity of the general theme may not be enough to protect the speech»⁶⁸. Opinión que refleja la intensidad con la que la fuerza de la presión política se dejó sentir en la resolución judicial del caso *Debs*, pues no debe olvidarse que *Debs* era una figura política del Partido Socialista de relevancia nacional, obteniendo en 1920, todavía en prisión, más de 900.000 votos como candidato socialista, repercutiendo en la captación de esos votos el tratamiento judicial del caso⁶⁹. Se manifiesta así la verdadera inconsistencia del “clear and present danger test”, al ser vago e impreciso, tanto desde la óptica de quien pretende ejercer su derecho a expresarse libremente como desde la perspectiva del tribunal que debe aplicarlo y tiene, en su caso, que aventurar las posibles repercusiones del discurso, además de tampoco ser apto para enjuiciar un buen número de limitaciones de la libertad de expresión⁷⁰.

En “*Freedom of Speech in War Time*”, Chaffe rechaza la opinión unánime de la Corte Suprema que confirma las condenas de la Ley de Espionaje en los casos *Schenck*, *Frohwerk* y *Debs*, considerando que en estos casos se había perdido una magnífica oportunidad de repudiar definitivamente la teoría blackstoniana que sostiene que la libertad de prensa solamente consiste en no imponer restricciones previas a las publicaciones, de manera que el Gobierno no puede interferir antes de que las opiniones se expresen pero sí puede castigarlas sin límite alguno después de su publicación y sin tener en cuenta su relevancia para la libre discusión de los asuntos públicos, esencial para el ejercicio de los derechos ciudadanos⁷¹, de ahí que la Sección 3ª del Título I de la Ley de Espionaje pueda violar la Primera Enmienda, aunque no interfiera en las opiniones antes de la publicación⁷². Para Chafee, la Primera Enmienda fija límites al poder del Congreso para restringir la libertad de expresión, ya sea mediante censura previa o mediante legislación penal, y si la Ley de Espionaje

⁶⁸ *Debs v. United States*, 249 U.S. 211, 212-213 (1919).

⁶⁹ Refiriéndose a esta cuestión *vid.* Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, p. 110. En el mismo sentido *vid.* William B. Lockhart, Yale Kamisar, Jesse H. Choper, Steven H. Shiffrin, Richard H. Fallon, Jr. (eds.), *Constitutional Law: Cases, Comments, Questions*, 8th ed, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1996, p. 627.

⁷⁰ Al respecto Wat W. Hopkins afirma que Holmes no menciona el “clear and present danger test” y, en último término, parece que está restringiendo la metáfora del hombre que grita fuego en un teatro abarrotado de público, *vid.* “*Reconsidering the ‘Clear and Present Danger’ Test: Whence the ‘Marketplace of Ideas’?*”, *op. cit.*, p. 80. Igualmente, Harry Kalven señala que si intentamos situar el caso *Debs* en el contexto de los años 60 la situación sería similar a si cualquier crítico de la guerra del Vietnam fuese encarcelado por su oposición a la misma, *vid.* “*Ernst Freud and the First Amendment Tradition*”, *University of Chicago Law Review*, vol. 40, 1973, pp. 235 y ss., especialmente p. 237.

⁷¹ Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech in War Time*”, *op. cit.*, pp. 938-940.

⁷² *Ibidem*, p. 941.

excede esos límites es inconstitucional⁷³. Al fin y al cabo, como certeramente apunta Chafee, aunque los términos de la *Espionage Act* de 1917 ofrecían escasa semejanza con la *Sedition Law* de 1798, sin embargo, su aplicación judicial fue muy similar, con la única excepción de que bajo la Ley de Sedición de 1798 se admitió como circunstancia exculpatoria la verdad de los hechos publicados⁷⁴.

Para Chafee, la verdadera cuestión en toda controversia sobre la libertad de expresión es si el Estado puede castigar todas las opiniones que tengan alguna tendencia, por remota que sea, de provocar actos que violen la ley, o solo aquellas que inciten directamente a su vulneración. Durante la Primera Guerra Mundial, la opinión mayoritaria considera que todas las expresiones que presenten alguna tendencia de entorpecer la guerra deben ser suprimidas, bien basándose en la doctrina de la “causalidad indirecta” (doctrine of indirect causation), según la cual las opiniones pueden ser castigadas por una supuesta tendencia a generar un daño, incluso antes de que exista alguna probabilidad de que efectivamente se genere tal daño; o bien en la doctrina de la “intención implícita” (doctrine of constructive intent), en virtud de la cual pueden perseguirse las expresiones en las que se presume la intención de generar violencia atendiendo a la tendencia que tendrían para generarla, afirmando Chafee que cuando se imponen sentencias severas mediante el test de la “tendencia nociva” (bad tendency test) se crea realmente una censura a posteriori⁷⁵. La crítica central de Chafee es que el juez Holmes, a pesar de haber articulado en *Schenck* el test más preciso del “peligro claro e inminente” (clear and present danger test) de las opiniones dirigidas a incitar directamente la resistencia a la ley, aplicó incorrectamente el test de la tendencia nociva en el caso *Debs*, en el que no se pretendía incitar a la comisión de ningún delito, un test que, en opinión de Chafee, es totalmente incompatible con la libertad de expresión o con cualquier discusión genuina de los asuntos públicos⁷⁶.

Además de cuestionar la opinión unánime de la Corte Suprema en los casos *Schenck*, *Frohwerk* y *Debs*, Chafee formula y desarrolla un principio racional que marque los límites de la protección constitucional de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda⁷⁷, que ya había planteado en *The New Republic*⁷⁸ un año antes, conjugando los postulados

⁷³ «It is now clear that the First Amendment fixes limits upon the power of Congress to restrict speech either by a censorship or by a criminal statute, and if the Espionage Act exceeds those limits it is unconstitutional», *ibidem*, p. 955.

⁷⁴ Zechariah Chafee, Jr., “Freedom of Speech in War Time”, *op. cit.*, p. 965.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 948-949.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 967-968.

⁷⁷ «The question whether such perplexing cases are within the First Amendment or not cannot be solved by the multiplication of obvious examples, but only by the development of a rational principle to mark the limits of constitutional protection», *ibidem*, p. 944.

⁷⁸ Zechariah Chafee, Jr., “Freedom of Speech and the Espionage Act”, *op. cit.*, p. 67.

del “mercado de las ideas” con la ponderación de los intereses constitucionales en juego:

«The true meaning of freedom of speech seems to be this. One of the most important purposes of society and government is the discovery and spread of truth on subjects of general concern. This is possible only through absolutely unlimited discussion [...] Nevertheless, there are other purposes of Government, such as order, the training of the young, protection against external aggression. Unlimited discussion sometimes interferes with these purposes, which must then be balanced against freedom of speech, but freedom of speech ought to weigh very heavily in the scale. The First Amendment gives binding force to this principle of political wisdom»⁷⁹.

Así, Chafee considera que la Primera Enmienda protege intereses individuales e intereses sociales que deben sopesarse entre sí, si entran en conflicto, debiendo determinarse qué interés se sacrificará según las circunstancias y cuál se protegerá, por lo que la ponderación no podrá hacerse correctamente a menos que se delimiten adecuadamente todos los intereses involucrados⁸⁰. Conforme a esta argumentación, Chafee sostiene que la Primera Enmienda protege el interés individual relativo a la necesidad de expresar opiniones sobre asuntos vitales, y el interés social en la consecución de la verdad, siendo éste último especialmente importante en tiempos de guerra, pues la verdad solo puede distinguirse de la falsedad si el Gobierno es constantemente interrogado, de modo que la guerra no pueda desviarse hacia fines indebidos o llevarse a cabo con un sacrificio desproporcionado o prolongarse después de cumplidos sus justos fines, de ahí que sea un grave error limitar las críticas a aquellas que están a favor de la guerra:

«The First Amendment protects two kinds of interests in free speech. There is an individual interest, the need of many men to express their opinions on matters vital to them if life is to be worth living, and a social interest in the attainment of truth, so that ‘the country may not only adopt the wisest course of action but carry it out in the wisest way. This social interest is especially important in war time. Even after war has been declared there is bound to be a confused mixture of good and bad arguments in its support, and a wide difference of opinion as to its objects. Truth can be sifted

⁷⁹ Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech in War Time*”, *op. cit.*, pp. 956-957; también se reproduce en la primera edición de 1920 de *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁰ «... there are individual interests and social interests, which must be balanced against each other, if they conflict, in order to determine which interest shall be sacrificed under the circumstances and which shall be protected and become the foundation of a legal right. It must never be forgotten that the balancing cannot be properly done unless all the interests involved are adequately ascertained, and the great evil of all this talk about rights is that each side is so busy denying the other’s claim to rights that it entirely overlooks the human desires and needs behind that claim», *ibidem*, p. 957.

out from' falsehood only if the government is vigorously and constantly cross-examined, so that the fundamental issues of the struggle may be clearly defined, and the war may not be diverted to improper ends, or conducted with an undue sacrifice of life and liberty, or prolonged after its just purposes are accomplished [...] Consequently it is a disastrous mistake to limit criticism to those who favor the war»⁸¹.

Por consiguiente, la argumentación de Chafee cuestiona el estándar judicial propuesto por Holmes⁸², que desconoce el carácter prioritario del interés constitucionalmente protegido por la Primera Enmienda⁸³, apelando a un test judicial que permita una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, superándose así la inoperatividad de la maleable casuística que caracteriza al *common law*, incapaz de definir una línea divisoria constitucional entre «lawful and unlawful speech»⁸⁴. Porque, en último término, la cuestión no es otra sino determinar qué interés es sacrificado y cual es protegido, atendiendo especialmente al interés que constituye «the foundation of a legal right»⁸⁵.

Por esto, a juicio de Chafee, el principal problema que presenta la mayoría de las interpretaciones judiciales de la *Espionage Act* es haber ignorado el interés social en la consecución de la verdad que está presente cuando se garantiza un debate libre y abierto, considerándose la libertad de expresión como un mero interés individual que debe ceder cuando interfiere con el interés general en la protección de la seguridad nacional, debiendo mantenerse ambos intereses intactos, de forma que la libertad de expresión solamente debe sacrificarse cuando la seguridad nacional esté realmente en peligro, de ahí que en tiempos de guerra las opiniones no deben ser restringidas, a menos que sean claramente susceptibles de causar una interferencia directa y peligrosa en su marcha⁸⁶.

⁸¹ *Ibidem*, p. 958.

⁸² En este sentido *vid* David M. Rabban, “*The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*”, *op. cit.*, p. 1299, nota 584.

⁸³ «Holmes in his Espionage Act decisions had a magnificent opportunity to make articulate for us that major premise, under which judges ought to classify words as inside the scope of the First Amendment. He, we hoped, would concentrate his great abilities on fixing the line [...] that Justice Holmes did nothing to emphasize the social interest behind free speech, and show the need of balancing even in war time», Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech in War Time*”, *op. cit.*, pp. 943-944 y 968.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 944.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 957.

⁸⁶ «The true boundary line of the First Amendment can be fixed only when Congress and the courts realize that the principle on which speech is classified as lawful or unlawful involves the balancing against each other of two very important social interests, in public safety and in the search for truth. Every reasonable attempt should be made to maintain both interests unimpaired, and the great interest in free speech should be sacrificed only when the interest in public safety is really imperiled, and not, as most men believe, when it is barely conceivable that it may be slightly affected. In war time, therefore, speech should be unrestricted by the censorship or by punishment, unless it

Por tanto, Chafee sostiene que el significado de la Primera Enmienda no quedó establecido de manera definitiva en 1791, antes al contrario, se ha ido construyendo progresivamente⁸⁷, afirmando que en la configuración constitucional de la libertad de expresión ha influido no sólo la amarga experiencia histórica de los juicios por censura previa y sedición, sino también las especulaciones filosóficas de John Stuart Mill, pues, como señaló el propio juez Holmes, las disposiciones de la Constitución son instituciones vivas, «The provisions of the Constitution are not mathematical formulas having their essence in their form; they are organic living institutions transplanted from English soil»⁸⁸.

2.3 Libertad de expresión y mercado de las ideas: el caso *Abrams v. United States*

Unos meses más tarde, en un estudio publicado en la *Harvard Law Review* en abril de 1920 bajo el título “*A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams et al.*”, Chafee cuestiona la decisión mayoritaria de la Corte Suprema, apoyando la opinión disidente de Holmes⁸⁹. El caso *Abrams v. United States* se originó en el verano de 1918, todavía en curso la Primera Guerra Mundial, cuando Estados Unidos decidió enviar un pequeño cuerpo de marinos a Siberia. Jacob Abrams y tres jóvenes socialistas mantenían una fuerte oposición al militarismo germánico, oponiéndose también a la que llamaban la “invasión capitalista” de Rusia por las tropas norteamericanas. Para reaccionar contra la intervención militar de los Estados Unidos imprimieron dos octavillas y distribuyeron varios miles de copias en la ciudad de Nueva York, instando a los trabajadores de una fábrica de munición a unirse a una huelga general. El contenido de ambos folletos, uno escrito en inglés y el otro en *Yiddish* (dialecto judío), con expresiones tales como «The Hypocrisy of the United States and her Allies», y «Will you allow the Russian revolution to be crushed? [...] The Russian Revolution cries: Workers of the World; Awake; Rise; Put Down Your Enemy and Mine;», apoyaba la Revolución rusa contra la intervención de los Estados Unidos, convocando incluso a los trabajadores a una huelga general, aunque no hay evidencia de que respondieran a ella⁹⁰.

is clearly liable to cause direct and dangerous interference with the conduct of the war», Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech in War Time*”, *op. cit.*, pp., 959-960.

⁸⁷ «Moreover, the meaning of the First Amendment did not crystallize in 1791 [...] Into the making of the constitutional conception of free speech have gone, not only men's bitter experience of the censorship and sedition prosecutions before 1791, but also the subsequent development of the law of fair comment in civil defamation, and the philosophical speculations of John Stuart Mill», *ibidem*, pp. 954-955.

⁸⁸ *Gompers v. United States*, 233 U. S. 604, 610 (1914).

⁸⁹ Zechariah Chafee, Jr., “*A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams et al.*”, *Harvard Law Review*, vol. 33, núm. 6, 1920, pp. 747-774.

⁹⁰ Para un análisis detallado de las circunstancias del caso *vid.* David M. Rabban, “*The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*”, *op. cit.*, pp. 1247-1264; Harold L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, *op. cit.*,

La opinión mayoritaria de la Corte Suprema en *Abrams v. United States*, expresada por el juez John H. Clarke, mantuvo la culpabilidad de los procesados de transgredir dos preceptos de la Sección 3 de la *Espionage Act*, tal como había sido enmendada por la *Sedition Act* el 16 de mayo de 1918, por publicar y difundir mensajes desleales, difamatorios y abusivos sobre la forma de gobierno de los Estados Unidos, con la intención de desprestigiar y desprestigiar tal forma de gobierno, y de incitar, provocar y animar a la resistencia en los Estados Unidos durante la guerra frente a Alemania⁹¹. Así, aplicando el “clear and present danger test” tal como había sido formulado por Holmes en el caso *Schenck v. United States*, y ya que los Estados Unidos no habían declarado la guerra a Rusia, la Corte Suprema considera probada la intención de los demandados de interferir contra de la guerra declarada a Alemania⁹².

Frente a la decisión mayoritaria de la Corte Suprema, Holmes formula en su conocida opinión disidente, a la que concurre el juez Louis Brandeis, la metáfora del “mercado de las ideas”, afirmando que el bien se logra mejor mediante el libre intercambio de las ideas y que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para lograr ser aceptado en la competencia del mercado, resonando, según la centenaria tradición de Milton, Jefferson y Mill, el debate abierto entre la verdad y el error:

«Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition [...] But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas, that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon

pp. 65-77. Una transcripción al completo de los dos panfletos puede leerse en Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, pp. 109-111.

⁹¹ «Whoever, when the United States is at war [...] shall willfully utter, print, write, or publish any disloyal, profane, scurrilous, or abusive language about the form of government of the United States [...] whoever shall by word or act support or favor the cause of any country with which the United States is at war or by word or act oppose the cause of the United States therein, shall be punished by a fine of not more than \$10,000 or imprisonment for not more than 20 years, or both», May 16, 1918, 40 Stat. 553.

⁹² Como dijo el Juez Clarke, «It will not do to say [...] that the only intent of these defendants was to prevent injury to the Russian cause. Men must be held to have intended, and to be accountable for, the effects, which their acts were likely to produce. Even if their primary purpose and intent was to aid the cause of the Russian Revolution, the plan of action which they adopted necessarily involved, before it could be realized, defeat of the war program of the United States», *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 621 (1919).

which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution»⁹³.

Es posible que la teoría del “mercado de las ideas” formara parte del pensamiento de Holmes con anterioridad a 1919, pues ya en 1913 había reconocido explícitamente en un discurso que pronuncia en la *Harvard Law School Association* en Nueva York que el Derecho encarna «the beliefs that have triumphed in the battle of ideas»⁹⁴. Sin embargo, parece que es a partir del caso *Abrams* cuando Holmes acepta definitivamente que el mejor test para la conquista de la verdad no es la regla mayoritaria sino el poder de las ideas para ser aceptadas en la competición del mercado⁹⁵. De ahí que, aunque el mismo Holmes manifieste en una carta dirigida a Fredrick Pollock sus sospechas sobre la falta de aceptación de su opinión por la mayoría de los jueces de la Corte Suprema, sospechas que se tornarían ciertas⁹⁶, sin embargo, se mantenga firme en sus convicciones⁹⁷. Aunque esto no sorprende, si es verdad que fue el mismo Chafee quien convenció a Holmes sobre las bondades del “mercado de las ideas” en un encuentro que, propiciado por Harold Joseph Laski, tuvo lugar entre ambos en el verano de 1919, alcanzando plasmación en la opinión disidente de Holmes en el caso *Abrams v. United States*⁹⁸.

⁹³ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, Jr., dissenting). Cuatro años más tarde, Holmes retoma la formulación del “mercado de las ideas” en su opinión disidente del caso *Gitlow v. New York*, «If, in the long run, the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way», 268 U.S. 652, 673 (1925) (Holmes, Jr., dissenting).

⁹⁴ *Vid.* Oliver W. Holmes, Jr., *Collected Legal Papers*, The Law Book Exchange, Clark, New Jersey, 2006, pp. 294-295. En el mismo sentido *vid.* David S. Bogen, “*The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes*”, *op. cit.*, pp. 99, 173-187. Para un análisis de la metamorfosis operada en la teorización holmesiana *vid.* Edward J. Bloustein, “*Holmes: His First Amendment Theory and His Pragmatist Bent*”, *Rutgers Law Review*, vol. 40, núm. 2, 1988, pp. 283-302; Richard Polenberg, *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, *op. cit.*, pp. 207-228; Yosal Rogat y James M. O’Fallon, “*Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion-The Free Speech Cases*”, *op. cit.*, pp. 1349-1406; David S. Bogen, “*The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes*”, *op. cit.*, pp. 97-189.

⁹⁵ *Vid.* David M. Rabban, “*The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*”, *op. cit.*, p. 1310; Harry Kalven, *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, *op. cit.*, p. 146; Donald L. Smith, *Zechariah Chafee, Jr., Defender of Liberty and Law*, *op. cit.*, p. 31; Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 461.

⁹⁶ Al respecto *vid.* Sheldon Novick (ed.), *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown and Company, Boston, Massachusetts, 1981, p. 331.

⁹⁷ «I feel sure that the majority will very highly disapprove of my saying what I think, but as yet it seems to me my duty. No doubt I shall hear about it on Saturday at our conference and perhaps be persuaded to shut up, but I don’t expect it», citado en Mark D. Howe (ed.), *Holmes-Pollock Letters*, 2 vols., Harvard University Press, Cambridge, 1942, vol. 2, p. 29.

⁹⁸ En este sentido *vid.* David M. Rabban, “*The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*”, *op. cit.*, pp. 1283-1303; Jonathan Prude, “*Portrait of a Civil Libertarian: the*

Por todo, no extraña que unos meses más tarde Chafee cuestione la decisión mayoritaria de la Corte Suprema en *Abrams v. United States* en su artículo “*A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams et al.*”, y defienda la opinión disidente de Holmes, calificando la metáfora sobre el “mercado de las ideas” como una magnífica exposición de la fundamentación filosófica sobre la que descansa la protección constitucional de la libertad de expresión⁹⁹. Así, Chafee cuestiona la constitucionalidad de las cláusulas de la *Sedition Act* de 1918 que castigan las opiniones contrarias a la Constitución y a la forma de gobierno, pues, si hay algo que se pretende proteger con la Primera Enmienda es precisamente la crítica de la forma de gobierno existente y la defensa del cambio¹⁰⁰. Asimismo, considera que no puede suponerse que el Congreso tuviera la intención de convertir en delito toda discusión de cualquier medida gubernamental en tiempos de guerra, lo que permitiría al Gobierno amordazar todo tipo de protestas contra cualquiera de sus actividades, de ahí que la opinión disidente de Holmes tenga un gran significado para la interpretación de la Primera Enmienda, reproduciendo literalmente el párrafo en el que formula la teoría del “mercado de las ideas”¹⁰¹. Por tanto, Chafee señala que la Primera Enmienda es algo más que “una expresión de fe política”, pues está dirigida a la consecución y difusión de la verdad, no sólo como abstracción, sino como base del progreso político y social, de ahí que deba reconocerse íntegramente al ser el único medio para alcanzar la verdad, resonando la tradición del “mercado de las ideas”:

«In the first place, the First Amendment is something more than “an expression of political faith.” It was demanded by several states as a condition of their ratification of the Federal Constitution, and is as definitely a prohibition upon Congress as any other article in the Bill of Rights. The policy behind it is the attainment and spread of truth, not merely as an abstraction, but as the basis of political and social progress. “Freedom of

Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.”, *op. cit.*, p. 640; Fred D. Ragan, “Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., Zechariah Chafee, Jr., and the Clear and Present Danger Test for Free Speech: The First Year, 1919”, *op. cit.*, pp. 24-45. En sentido contrario *vid.* Harold L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, *op. cit.*, pp. 164-176.

⁹⁹ *Cfr.* Zechariah Chafee, Jr., “*A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams et al.*”, *op. cit.*, p. 771. Al respecto *vid.* Richard Polenberg, *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁰⁰ «... these clauses of the Espionage Act of 1918 punishing attacks on the Constitution and our form of government seem clearly unconstitutional. They have nothing to do with war. They may be used during some petty struggle with Haiti to arrest and imprison for twenty years an excitable advocate of the repeal of the Eighteenth Amendment or the abolition of the Senate. If there was one thing which the First Amendment was meant by our ancestors to protect, it was criticism of the existing form of government and advocacy of change», Zechariah Chafee, Jr., “*A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams et al.*”, *op. cit.*, pp. 752-753.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 769-770.

speech and of the press” is to be unabridged because it is the only means of testing out the truth»¹⁰².

Más aún, la Primera Enmienda no solo es una garantía frente al Gobierno sino también frente a la supuesta infalibilidad de la mayoría, pues la Constitución no reduce la libertad de expresión a las opiniones que tenga una mayoría del pueblo en contra del Gobierno, por esto afirma Chafee que una libertad que no se extiende a una minoría, por pequeña que sea, y que no la proteja cuando la mayoría está del lado del Gobierno, permitiría a esa mayoría atrincherarse durante un futuro indefinido en base a unas opiniones supuestamente verdaderas que no admiten refutación¹⁰³. Por ello, las palabras deben combatirse solo con palabras, recurriéndose a la fuerza únicamente para evitar la violencia que con seguridad se derivará de las mismas¹⁰⁴, pues el único tribunal que puede pronunciarse correctamente sobre la amenaza de las ideas «is time»¹⁰⁵. Por todo, Chafee espera que el Congreso modifique o derogue la *Sedition Act* de 1918 para que en futuras guerras los juicios y sentencias por la crítica de acciones oficiales cuestionables semejantes a las de *Abrams v. United States* nunca vuelvan a suceder en los Estados Unidos¹⁰⁶.

Ese mismo año, Chafee defiende la tradición centenaria del “mercado de las ideas” en uno de los escritos más influyentes de la historia constitucional norteamericana, su libro publicado en 1920 con el título de *Freedom of Speech*, ampliado en 1941 con el rótulo de *Free Speech in the United States*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 771.

¹⁰³ «The Constitution does not pare down this freedom to political affairs only or to the opinions which are held by a majority of the people in opposition to the government. A freedom which does not extend to a minority, however small, and which affords them no protection when the majority are on the side of the government would be a very partial affair, enabling the majority to dig themselves in for an indefinite future», Zechariah Chafee, Jr., “A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams et al.”, *op. cit.*, p. 771.

¹⁰⁴ «Words as such should be fought with their own kind, and force called in against them only to head off violence when that is sure to follow the utterances before there is a chance for counter-argument. To justify the suppression of the Abrams agitation because the government could not trust truth to win out against “the monstrous and debauching power of the organized lie” overlooks the possibility that in the absence of free discussion organized lies may have bred unchecked among those who upheld the course of the government in Russia», *ibidem*, p. 773.

¹⁰⁵ *Ídem*, p. 773.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 774. Debido a este artículo, en el que acusa al juez del Tribunal de Distrito Henry D. Calyton de graves irregularidades, Chafee fue denunciado ante la Junta de Supervisores de Harvard en 1921, defendiéndose elocuentemente ante un comité especial en el *Harvard Club* de Boston, permitiéndosele permanecer en la Facultad de Derecho, al respecto *vid.* Peter H. Irons, “‘Fighting Fair’: Zechariah Chafee, Jr., The Department of Justice, and the ‘Trial at the Harvard Club’”, *Harvard Law Review*, vol. 94, núm. 6, 1981, pp. 1205-1236.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL MERCADO DE LAS IDEAS Y LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES CONSTITUCIONALES EN CONFLICTO

Chafee desarrolla su teoría sobre el alcance de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda en su obra *Freedom of Speech*, publicada en 1920¹⁰⁷ y ampliada en 1941 con el título de *Free Speech in the United States*¹⁰⁸, retomando los argumentos de la tradición del “mercado de las ideas”, aunque, como se analiza a continuación, Chafee intenta dar respuesta también a la gran problemática que viene caracterizando al histórico discurso de la libertad de expresión, la necesaria conjugación de la dimensión individual y colectiva de la libertad, de ahí, quizás, los elogios que ha recibido¹⁰⁹, reproduciéndose, de nuevo, el célebre párrafo contenido en sus estudios previos publicados en 1918¹¹⁰ y 1919¹¹¹:

«The true meaning of freedom of speech seems to be this. One of the most important purposes of society and government is the discovery and spread of truth on subjects of general concern. This is possible only through absolutely unlimited discussion, for [...] once force is thrown into the argument, it becomes a matter of chance whether it is thrown on the false side or the true, and truth loses all its natural advantage in the contest. Nevertheless, there are other purposes of Government, such as order, the training of the young, protection against external aggression. Unlimited discussion sometimes interferes with these purposes, which must then be balanced against freedom of speech, but freedom of speech ought to weigh very heavily in the scale. The First Amendment gives binding force to this principle of political wisdom»¹¹².

¹⁰⁷ Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, Brace and Howe, Harcourt, 1920.

¹⁰⁸ Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1941.

¹⁰⁹ La doctrina norteamericana no ha dudado en alabar el monográfico de Chafee, así Jerold S. Auerbach describe el libro como «the seminal twentieth-century treatise» sobre la libertad de expresión, *cfr.* en “*The Patrician as Libertarian: Zechariah Chafee, Jr., and Freedom of Speech*”, *op. cit.*, p. 531. Por su parte, Mark D. Howe afirma, «No single piece of writing did more than Chafee’s *Freedom of Speech* to define the nature of personal liberty and to measure the scope of governmental power to restricts its exercise», en “*Zechariah Chafee, Jr.: 1885-1957*”, *Nation*, núm. CLXXXIV, March, 1957, p. 183. También en el mismo sentido Jonathan Prude reconoce que dos generaciones de defensores de la libertad de expresión «looked to the work as the starting point for all their discussions and debates», en “*Portrait of a Civil Libertarian: The Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.*”, *op. cit.*, p. 655.

¹¹⁰ Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech*”, *New Republic*, *op. cit.*, p. 67.

¹¹¹ Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech in War Time*”, *op. cit.*, pp. 956-957.

¹¹² Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 34; también está reproducido en *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 31.

Realmente, el párrafo arriba transcrito revela tres aspectos definitivos de la teorización de Chafee: el descubrimiento y difusión de la verdad como principal interés garantizado por la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda; la existencia de otros intereses de relevancia constitucional que pueden entrar en conflicto con la libertad de expresión; y, finalmente, la necesidad de ponderar (balancing) los intereses que entran en conflicto con la libertad de expresión.

3.1. Libre debate, mercado de las ideas y búsqueda de la verdad

El primer objetivo de la argumentación de Chafee es demostrar la virtualidad de un régimen basado en un sistema de discusión libre y abierta¹¹³, en el que la verdad prevalece sobre el error, pues cuanto mayor sea el error antes es rechazado, «The normal criminal law is willing to run risks for the sake of open discussion, believing that truth will prevail over falsehood if both are given a fair field, and that argument and counter-argument are the best method which man has devised for ascertaining the right course of action for individual or a nation. It holds that error is its own cure in the end, and the worse the error, the sooner it will be rejected»¹¹⁴, defendiendo el encuentro abierto entre la verdad y el error para el descubrimiento de la verdad, «Because it is by the contest of the argument that the truth is found. Argument on one side and argument on the other is the best way that we have on earth to bring about truth»¹¹⁵. De ahí que el “mercado de las ideas”, al igual que el mercado de bienes y servicios, exija la eliminación de todas las restricciones que impiden el intercambio abierto de argumentos y opiniones¹¹⁶, pues una vez que se establece algún tipo de restricción la verdad pierde su ventaja natural en la contienda, «once force is thrown into the argument, it becomes a matter of chance whether it is thrown on the false side or the true, and truth loses all its natural advantage in the contest»¹¹⁷. Por tanto, Chaffe

¹¹³ Como señala Francis Canavan, «Chafee’s argument, therefore, like Mill’s, is intended to persuade the public of the wisdom of a regime of free and open discussion», en *Freedom of Expression Purpose as Limit*, *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁴ Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 176.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 369.

¹¹⁶ «Just as the merits of free trade in goods are lessened if the normal processes of competition are checked by monopolies and dumping, so free trade in ideas requires that the barriers to the interchange of argument presented by illiteracy and foreign languages shall somehow be broken down», Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 291.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 34. Como señala Jonathan Prude, «Rather, drawing on Holmes’ “legal realism”, which insisted that principles governing human conduct could be evaluated solely by their ability to meet real and pressing social needs, and on the general utilitarian outlook of John Stuart Mill, whose essay “On Liberty” he frequently cited, Chafee consistently, almost stubbornly, defended free speech simply because it was “wise”, because the practical consequences of free discussion would be beneficial», en *Portrait of a Civil Libertarian: the Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.*, *op. cit.*, p. 642.

sostiene que la principal finalidad de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda es promover y garantizar un proceso continuo de discusión abierta, pues solo a través del libre encuentro entre diversos puntos de vista se puede descubrir satisfactoriamente la verdad y adoptar las políticas adecuadas que conducen a su consecución, «the great process of continuous open discussion, which it is the purpose of free-speech clauses to promote and protect, in the belief that only through such a vigorous contest of views can truth and wise policies be satisfactorily discovered and spread abroad»¹¹⁸.

Sin embargo, Chafee también manifiesta, al igual que hicieran Milton y Mill, cierto escepticismo sobre la ulterior victoria de la verdad, «Perhaps Truth will win in the long run; but in the long run, as Walter Lippmann says, we shall all be dead— and perhaps not peacefully in our beds either»¹¹⁹, pues no parece que la verdad emerja automáticamente del libre debate entre las diferentes concepciones, por lo que no es suficiente remover los obstáculos que impiden el encuentro abierto de mentes y opiniones ni articular un espacio de libre discusión para alcanzar la verdad¹²⁰. Al respecto, Chafee señala que, quizás, el principal obstáculo para alcanzar la verdad sea la “intensidad” del encuentro entre los contrarios, intensidad que debería ser atenuada para asegurar el éxito de la libertad de expresión, poniendo de manifiesto la argumentación de Chafee que el énfasis no ha de residir sólo y exclusivamente en garantizar un debate libre y abierto, que históricamente ha demostrado su incapacidad para alcanzar la verdad. De ahí que Chafee intente avanzar en el clásico modelo diseñado por Milton y Mill, ofreciendo una construcción de clara resonancia utilitarista, al afirmar que el debate no solo debe ser libre y abierto sino también fructífero, es decir, debe alcanzar algún resultado, «Speech should be fruitful as well as free»¹²¹. Así, el escepticismo antropológico que resume la teorización de Chafee refleja una argumentación de tipo utilitarista en la que la animación de los antagonismos en el debate abierto conduce no tanto hacia la bús-

¹¹⁸ Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 315.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 560.

¹²⁰ «Our experience introduces this qualification into the classical argument of Milton and John Stuart Mill, that only through open discussion is truth discovered and spread. In their simpler times, they thought it enough to remove legal obstacles like the censorship and sedition prosecutions. Mill assumed that if men were only left alone, their reasoning powers would eventually impel them to choose the best ideas and the wisest course of action. To us this policy is too exclusively negative [...] We must do more than remove the discouragements to open discussion [...] We must take affirmative steps to improve the methods by which discussion is carried on. Of late years the argument of Milton and Mill has been questioned, because truth does not seem to emerge from a controversy in the automatic way their logic would lead us to expect», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 559.

¹²¹ *Ibidem*, p. 559.

queda de la verdad sino del acuerdo¹²², recurriéndose a la razón como único medio, si existe, para alcanzarlo¹²³. Con todo, el escepticismo sobre la consecución de la verdad que plantea Chafee no le conduce a un rechazo de la tradición del “mercado de la ideas”, antes al contrario, sigue afirmando que el debate abierto entre las distintas opiniones defendido por Milton y Mill sigue siendo válido en lo sustancial¹²⁴, de ahí que abogue por la difusión de los principios de la *Areopagitica* y de *On Liberty* «through the minds of the American people»¹²⁵.

Chafee sigue manifestando su preocupación por el efectivo alcance de la verdad en una de sus últimas obras, *The Blessings of Liberty*, dedicando incluso un capítulo a esta cuestión, “Does Freedom of Speech Really Tend to Produce Truth”, afirmando que en el ámbito de la moral y la política es cuestionable si el resultado consiste en avanzar hacia el consenso o, realmente, hacia la proliferación de la disensión y «the multiplication of controversy»¹²⁶, apelando, de nuevo, a la razón como único instrumento para la conquista de la verdad, porque, aunque el utilitarismo decimonónico parece haber abocado al olvido del discurso racionalista, sin embargo, —argumenta Chafee— el ejercicio racional de las potencialidades humanas sigue siendo todavía «the best guide we have»¹²⁷.

¹²² Para Francis Canavan la defensa de la libertad de expresión en la teoría de Chafee se centra fundamentalmente en su virtualidad para la consecución de la verdad, conduciendo a la instrumentalización de la libertad de expresión para tal propósito, «Chafee’s defense of the freedom of speech and press is dominated from beginning to end by the notion that freedom of expression is the necessary means by which reason may pursue truth», en *Freedom of Expression Purpose as Limit*, *op. cit.*, pp. 134-135.

¹²³ «... reason is less praised nowadays than a century ago; instead, emotions conscious and unconscious are commonly said to dominate the conduct of men [...] Reason is more imperfect than we used to believe. Yet it still remains the best guide we have, better than our emotions, better even than patriotism, better than any single human guide, however exalted his position», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, pp. 560-561.

¹²⁴ «Nevertheless, the main argument of Milton and Mill still holds good. All that disappointment means is that friction is a much bigger drag on the progress of Truth than they supposed. Efforts to lessen that friction are essential to the success of freedom of speech», *ibidem*, p. 560.

¹²⁵ «Those who still share Milton’s confidence in the power of truth unguarded by sedition laws —“Let her and Falsehood grapple, who ever knew Truth put to the worse in a free and open encounter?”— can best prepare for the next emergency by spreading the principles of the *Areopagitica* and Mill’s *On Liberty* through the minds of the American people», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 298.

¹²⁶ «In the field of morals and politics —to say nothing of religion— it is questionable whether the net result has been progress toward consensus or the multiplication of controversy», Zechariah Chafee, Jr., *The Blessings of Liberty*, J. B. Lippincott Co., Philadelphia, 1956, pp. 103-104. En el mismo sentido *vid.* también Francis Canavan, *Freedom of Expression Purpose as Limit*, *op. cit.*, p. 134.

¹²⁷ Zechariah Chafee, Jr., *The Blessings of Liberty*, *op. cit.*, p. 110. En relación con la coherencia de los planteamientos de Chafee, afirma Prude que a lo largo de todos sus escritos la «formulation of the legal questions remained essentially unaltered», en «*Portrait of a Civil Libertarian: The Faith and Fear of Zechariah Chafee*», *op. cit.*, p. 639.

Por todo, Chafee considera que la verdad ha de alcanzarse en el debate abierto de mentes y opiniones antes de ser conquistada «in the court»¹²⁸. De ahí que rechace el test de la “tendencia nociva” (bad tendency test) como estándar de interpretación judicial de la Primera Enmienda por ser inconsistente con el libre debate «of public affairs»¹²⁹, manifestando mayor preferencia por el test del “peligro claro e inminente” (clear and present danger test) que formula Holmes en *Schenck v. United States* y al que se refiere Chafee por primera vez¹³⁰ en su artículo “*Freedom of Speech in War Time*”¹³¹. Aunque, realmente, parece que Chafee prefiera el test de la “incitación directa a la resistencia violenta” (direct incitement to violent resistance) propuesto por el juez Learned Hand en *Masses Publishing Co. v. Patten*¹³², fijándose el límite en aquellas opiniones que provocan de forma directa la comisión de actos delictivos, quizás porque tal estándar asegura la ponderación de los intereses constitucionalmente relevantes en conflicto, principio fundamental de la teoría que formula Chafee¹³³.

3.2. Ponderación de los intereses constitucionales relevantes en conflicto: la prevalencia del interés social en la consecución de la verdad

Como se ha analizado más arriba, en la teoría que formula Chafee sobre el alcance de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera

¹²⁸ «The victories of liberty of speech must be won in the mind before they are won in the courts», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, op. cit., p. 325.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 23 y 84-85. Jonathan Prude sostiene que fue la inclinación a castigar la tendencia de las palabras expresadas lo que provocó, en opinión de Chafee, el principal error en los juicios celebrados durante la Iª Guerra Mundial, cfr. en “*Portrait of a Civil Libertarian: the Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.*”, op. cit., p. 640.

¹³⁰ Como señala Mark A. Graber, «In fact, Chafee’s 1919 Harvard Law Review Article, “Freedom of Speech in War Times”, marked the first time that “clear and present danger” was used as a speech-protective standard», en *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, op. cit., pp. 127-128. En sentido similar vid. también Donald L. Smith, *Zechariah Chafee, Jr.: Defender of Liberty and Law*, op. cit., pp. 272-273; Francis Canavan, *Freedom of Expression Purpose as Limit*, op. cit., p. 131; y también Gerald Gunther, “*Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*”, *Stanford Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1975, pp. 719-773, especialmente p. 746.

¹³¹ Zechariah Chafee, Jr., “*Freedom of Speech in War Time*”, op. cit., p. 967; vid. también *Free Speech in the United States*, op. cit., pp. 81-82. Sin embargo, el mismo Chafee llegó a formular ciertas dudas sobre la bondad del estándar unos años más tarde, señalando que «the clear and present danger test is not the best possible formulation of the line between constitutionally protected speech and speech which is punishable», en *The Blessings of Liberty*, op. cit., p. 70.

¹³² «To assimilate agitation, legitimate as such, with direct incitement to violent resistance, is to disregard the tolerance of all methods of political agitation which in normal times is a safeguard of free government», *Masses Pub. Co. v. Patten*, 244 Fed. 535 (S.D.N.Y. 1917). Vid. Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, op. cit., pp. 52-56, 69, 89.

¹³³ «In time of peace the limitation of the punishment of speech to direct provocation to crime is the essential element of the freedom of the press», Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, op. cit., p. 176.

Enmienda ocupa un lugar destacado, junto al argumento del descubrimiento y difusión de la verdad, la existencia de una serie de intereses sociales legítimos que pueden colisionar con un ejercicio ilimitado de tal garantía constitucional, lo que conduce a la inevitable ponderación (balancing) de los intereses constitucionalmente relevantes que pueden entrar en conflicto con la libertad de expresión:

«Nevertheless, there are other purposes of Government, such as order, the training of the young, protection against external aggression. Unlimited discussion sometimes interferes with these purposes, which must then be balanced against freedom of speech, but freedom of speech ought to weigh very heavily in the scale. The First Amendment gives binding force to this principle of political wisdom»¹³⁴.

Como presupuesto previo, Chafee rechaza plantear la cuestión en términos de derechos y defiende una aproximación a la libertad de expresión en base a los intereses individuales y colectivos que pueden estar presentes en su ejercicio¹³⁵, considerando que la Primera Enmienda protege intereses individuales e intereses sociales que deben sopesarse entre sí, si entran en conflicto, debiendo determinarse qué interés se sacrifica según las circunstancias y cuál se protege, por lo que la ponderación no puede hacerse correctamente a menos que se delimiten adecuadamente todos los intereses involucrados¹³⁶. Así, Chafee sostiene que la Primera Enmienda protege el interés individual relativo a la necesidad de expresar opiniones sobre asuntos vitales, y el interés social en el descubrimiento y difusión de la verdad, siendo éste último especialmente importante, pues la verdad solo puede distinguirse de la falsedad si el Gobierno es constantemente interrogado:

¹³⁴ *Ibidem*, p. 34; *vid.* también Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁵ «A good deal of the public discussion on the matter turns on the use of the word “rights” [...] I think we will do well to get away from this word “right” entirely, and look at it from another point of view, not from the legal point of view, but simply from the point of view of the individual human being who wants to speak and the great group of human beings which constitute the society in which he speaks. That is, we have his individual interests and the interests of society at large», Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 367.

¹³⁶ «... there are individual interests and social interests, which must be balanced against each other, if they conflict, in order to determine which interest shall be sacrificed under the circumstances and which shall be protected and become the foundation of a legal right. It must never be forgotten that the balancing cannot be properly done unless all the interests involved are adequately ascertained, and the great evil of all this talk about rights is that each side is so busy denying the other’s claim to rights that it entirely overlooks the human desires and needs behind that claim», *ibidem*, p. 35.

«The First Amendment protects two kinds of interests in free speech. There is an individual interest, the need of many men to express their opinions on matters vital to them if life is to be worth living, and a social interest in the attainment of truth, so that ‘the country may not only adopt the wisest course of action but carry it out in the wisest way. This social interest is especially important [...] Truth can be sifted out from’ falsehood only if the government is vigorously and constantly cross-examined, so that the fundamental issues of the struggle may be clearly defined»¹³⁷.

Dada su preeminencia para la consecución de la verdad, Chafee afirma que junto a ciertos intereses sociales relevantes, como la defensa nacional, el mantenimiento del orden público o la protección de la juventud y la infancia, la libertad de expresión es en sí misma un interés social relevante, pues uno de los propósitos de la existencia de la sociedad es precisamente el descubrimiento de la verdad¹³⁸, de ahí que el principio establecido en la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda sea el interés de la comunidad en el descubrimiento y difusión de la verdad, «the principle enforced by the Constitution is the interest of the community in the discovery and dissemination of truth»¹³⁹.

Por tanto, es necesario llevar a cabo un juicio de ponderación en cada caso y circunstancia de los intereses sociales que pueden entrar en conflicto con la libertad de expresión, «Every free speech problem [...] involves a balancing of the individual and social interest in open discussion against some other interest, usually social, like national defense or domestic tranquility»¹⁴⁰, debiendo tener plena consideración el interés social en la consecución y difusión de la verdad, «The various interests, individual and social, must once more be balanced against one another with the full regard to the social interest in progress and the attainment and dissemination of truth»¹⁴¹. De ahí que en la ponderación de los intereses constitucionalmente relevantes ocupe un lugar preferente el interés público que subyace en la garantía constitucional de la libertad de expresión¹⁴², por lo

¹³⁷ Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 36.

¹³⁸ «But we have to remember that not only do we have the social interest in order, and in the education of the young, and in morals, but that freedom of speech is itself a social interest; that one of the purposes for which society exists just as much as for the maintenance of order is the discovery and spread of truth», Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 368.

¹³⁹ Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 509. Al respecto *vid.* Francis Canavan, *Freedom of Expression Purpose as Limit*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 401.

¹⁴¹ Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁴² «Once again, we have got to balance the interests in this matter —the public interest in the discovery of truth against the public interest in the education of the young and protection against invasion. And it is very necessary that the balancing should be done by people who realize the importance of freedom of speech. Freedom of speech ought to weigh very heavily in the scale», *ibidem*, p. 370.

que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión alcanza hasta donde el discurso provoque de manera directa y fehaciente actos manifiestos que generen un daño efectivo a los otros intereses sociales relevantes, «The resultant boundary-line or permissible speech is drawn back of the point where overt acts of injury to the state occur but not far from that point»¹⁴³. Por tanto, Chaffe afirma que la Primera Enmienda prohíbe el castigo de las opiniones simplemente por sus tendencias injuriosas o sediciosas, situando el límite de la libertad de expresión en aquellas expresiones que generan un peligro cierto de comisión de actos ilícitos, llevándose a cabo el debido juicio de ponderación atendiendo a las circunstancias del caso, garantizándose así que la discusión abierta de los asuntos públicos ocupe el lugar que le corresponde como interés constitucionalmente relevante¹⁴⁴.

Por consiguiente, en el juicio de ponderación de los intereses constitucionales en conflicto que Chafee plantea ocupa una “posición preferente” el interés social en la consecución de la verdad, de ahí que considere que el principal problema de la mayoría de las interpretaciones judiciales haya sido ignorar este interés social y haber considerado la libertad de expresión como un mero interés individual¹⁴⁵. Así, como consecuencia del pragmatismo que aboga, Chafee rechaza una concepción de la Primera Enmienda basada en la aplicación de principios apriorísticos generales derivados de la libertad individual¹⁴⁶, de ahí que, desconociendo la tradición previa¹⁴⁷, atribuya un mero carácter formalista a los derechos

¹⁴³ *Ibidem*, p. 178.

¹⁴⁴ «Thus our problem of locating the boundary line of free speech is solved. It is fixed close to the point where words will give rise to unlawful acts [...] we can establish a workable principle of classification in this method of balancing and this broad test of certain danger [...] We can insist upon various procedural safeguards which make it more probable that a tribunal will give the value of open discussion its proper weight in the balance. And we can with certitude declare that the First Amendment forbids the punishment of words merely for their injurious tendencies», Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁴⁵ «The great trouble with most judicial construction of the Espionage Act is that this social interest has been ignored and free speech has been regarded as merely an individual interest», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 34. Sobre la prevalencia del interés social en la teoría de Chafee *vid.* Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, pp. 144-147.

¹⁴⁶ Así, en una carta dirigida a Alexander Meiklejohn, Chafee desconfía de la individualidad como mecanismo de determinación de los parámetros normativos y judiciales, «surely we cannot rely only on the inner light of the individual as the proof of what the higher law is, which supersedes the obligation of duly enacted statutes and judicial decisions», Jonathan Prude, «Portrait of a Civil Libertarian: The Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.», *op. cit.*, pp. 651-652.

¹⁴⁷ Al respecto Mark A. Graber señala «Zechariah Chafee, Jr. [...] deliberately manipulated history and theory by pretending that the liberty of discussion has always been derived from the major premises of John Dewey’s pragmatism and Roscoe Pound’s sociological jurisprudence», en *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, pp. 2 y 6. En el mismo sentido *vid.* también David M. Rabban, «The Emergence of Modern First Amendment Doctrine», *op. cit.*, pp. 1289-1290.

individuales, rechazando su funcionalidad para la libertad de expresión, porque es inútil —argumenta Chafee— definir la libertad de expresión «by talk about rights»¹⁴⁸. Con tal argumentación, Chafee articula la defensa de la libertad de expresión en función de su instrumentalización para el interés general y su funcionalidad para el propio sistema democrático, porque para Chafee la libertad de expresión no es vehículo para la “auto-realización individual” sino para la “autorrealización social”, de ahí que la Constitución proteja ante todo el interés social que representa la libertad de expresión más que el interés individual a expresarse libremente¹⁴⁹.

Realmente, conceptualizar la libertad de expresión en términos de ponderación (balancing)¹⁵⁰ conduce al conflicto entre la dimensión individual del derecho y el interés colectivo preferente (compelling interest) que puede enfrentar¹⁵¹, cuya resolución fundamentalmente se ha decantado a favor del segundo, como refleja la opinión mayoritaria de la Corte Suprema en *Barenblatt v. United States* y del juez Brennan en *Roth v. United States*¹⁵². De ahí la crítica de los defensores de la llamada “teoría

¹⁴⁸ «It is useless to define free speech by talk about rights. The agitator asserts his constitutional right to speak, the government asserts its constitutional right to wage war. The result is a deadlock [...] To find the boundary line of any right, we must get behind rules of law to human facts», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 31. Al respecto señala Mark A. Graber, «Chafee rejected previous notions that expression rights were best understood primarily as an aspect of some general principle of individual liberty», en *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁴⁹ En este sentido *vid.* Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, pp. 2, 123.

¹⁵⁰ La literatura sobre el “balancing” es numerosa, entre otros *vid.* Laurent Frantz, “*The First Amendment in the Balance*”, *Yale Law Journal*, vol. 71, núm. 8, 1962, pp. 1424-1450; Wallace Mendelson, “*The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz*”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 17, núm. 2, 1964, pp. 479-485; Steven H. Shiffrin, “*Liberalism, Radicalism, and Legal Scholarship*”, *U.C.L.A. Law Review*, vol. 30, núm. 6, 1983, pp. 1103-1217; Pierre J. Schlag, “*An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech*”, *U.C.L.A. Law Review*, vol. 30, núm. 4, 1983, pp. 671-739. Para una aproximación crítica *vid.* Alexander Aleinikoff, “*Constitutional Law in the Age of Balancing*”, *Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 5, 1987, pp. 943-1005; y también Robert Nagel, “*Rationalism in Constitutional Law*”, *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, pp. 9-24.

¹⁵¹ Como señala William T. Mayton, «In terms of process, a right is a check available to an individual against a power held by government. This check ordains no substantive result [...] In the case of speech, this judicial assessment invites a conflict between the rights of a particular speaker as an individual and the competing interests of the community as a whole», en “*From a Legacy of Suppression to the Metaphor of the Fourth Estate*”, *Stanford Law Review*, vol. 39, núm. 1, 1986, pp. 139-160, especialmente p. 140. *Vid.* también Ronald Dworkin, “*Is the Press Losing the First Amendment?*”, *New York Review of Books*, vol. 27, 1980, pp. 49 y ss.

¹⁵² «... the balance between the individual and the governmental interests at stake must be struck in favor of the latter», *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 134 (1959). En el mismo sentido se pronuncia también el juez Brennan en *Roth v. United States*, «All ideas having even the slightest redeeming social importance [...] have the full protection of the guaranties, unless excludable because they encroach upon the limited area of more important interests», 354 U. S. 476, 484 (1957).

absoluta” de la Primera Enmienda, quienes niegan la constitucionalidad de la ponderación de intereses¹⁵³, situando el contenido de la garantía de la Primera Enmienda en la libertad de expresión política¹⁵⁴ y rechazando la ponderación de intereses como test de evaluación constitucional¹⁵⁵.

Por todo, la formulación de Chafee sobre el alcance de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana obliga a un juicio de ponderación entre los intereses generales de la comunidad, como la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público, o la protección de la juventud y la infancia, y el interés individual a expresarse libremente junto al interés general en las ventajas del libre debate en la consecución de la verdad, que representa un interés social relevante para el funcionamiento de la sociedad democrática, de ahí su carácter preferente. Solo a través de tal juicio de ponderación, informado y razonado atendiendo a cada caso y circunstancias, se puede determinar mejor en cada situación dónde se sitúa la línea que separa la expresión punible del discurso legítimo, aunque pueda resultar soez, molesto o desagradable¹⁵⁶. Así, la ponderación de los intereses constitu-

¹⁵³ Como señala el juez Black, «I do not agree that laws abridging First Amendment Freedoms can be justified by a congressional or judicial balancing process [...] Not only does this violate the genius of our written Constitution, but it runs expressly counter to the injunction to Court and Congress made by Madison when he introduced the Bill of Rights», *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 141-143, 1959 (Hugo L. Black, dissenting). Cinco años más tarde el juez Black reitera su opinión en *New York Times v. Sullivan*, «In my opinion the Federal Constitution [...] has grant[ed] the press an absolute immunity for criticism of the way public officials do their public duty», 376 U.S. 254, 293, 295, 1964 (concurring opinion). *Vid.* Hugo L. Black, “*The Bill of Rights*”, *New York University Law Review*, vol. 35, núm. 4, 1960, pp. 865-861; Harry Kalven, “*Upon Rereading Mr. Justice Black on the First Amendment*”, *U.C.L.A. Law Review*, vol. 14, 1967, pp. 428-453; y también Charles A. Reich, “*Mr. Justice Black and the Living Constitution*”, *Harvard Law Review*, vol. 76, núm. 4, 1963, pp. 673-754.

¹⁵⁴ *Vid.* Alexander Meiklejohn, “*The Balancing of Self-Preservation against Political Freedom*”, *California Law Review*, vol. 49, núm. 1, 1961, pp. 4-14, especialmente pp. 6-7.

¹⁵⁵ Como señala Harry Kalven, «The concept of seditious libel strikes at the very heart of democracy. Political freedom ends when government can use its powers and its courts to silence its critics. My point is not the tepid one that there should be leeway for criticism of the government. It is rather that defamation of the government is an impossible notion for a democracy. In brief, that the presence or absence in the law of the concept of seditious libel defines the society. A society may or may not treat obscenity or contempt by publication as legal offenses without altering its basic nature. If, however, it makes seditious libel an offense, it is not a free society no matter what its other characteristics», en “*The New York Times Case: A Note on ‘The Central Meaning of the First Amendment’*”, *Supreme Court Review*, 1964, pp. 191-221, especialmente p. 205.

¹⁵⁶ «The process of reformulating the definition of freedom of speech [...] consists in treating each free speech problem as a conflict between the interests of the community [...] on one side, and on the other side the individual interest in speaking out coupled with this social interest in the gains from open discussion, which should be the biggest weight in the scale. After making such a balance by an exercise of informed and thoughtful judgment, we can better determine in each situation where the line should lie that divides punishable sedition from legitimate though perhaps distasteful speech», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 510.

cionalmente relevantes requiere una constante adecuación de las decisiones judiciales a las cambiantes circunstancias y los nuevos intereses socialmente relevantes¹⁵⁷, postulado esencial de un sistema constitucional vivo, dinámico y abierto que garantiza el progreso del sistema político y social, elemento definitorio de la tradición del “mercado de las ideas”.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: MERCADO DE LAS IDEAS, ENERGÍA POLÍTICA Y PROGRESO SOCIAL

Chafee es consciente del diacrónico proceso de constitucionalización de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana en el que tiene especial relevancia la tradición del libre debate de mentes y opiniones inaugurada por la *Areopagítica* de John Milton y continuada en los artículos periodísticos en defensa de la libertad de prensa de Benjamin Franklin, en el discurso sobre las bondades de la libertad de expresión de Thomas Jefferson, en las especulaciones filosóficas sobre la virtualidad del libre debate para el sistema democrático de John Stuart Mill en *On Liberty*¹⁵⁸, así como, llegado el siglo XX, en la metáfora del “mercado de las ideas” que formula Oliver Wendell Holmes en su opinión disidente del caso *Abrams v. United States*, argumentación que, afirma Chaffe, «will determine the minds of the future»¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Como señala Harold L. Pohlman, «But if balancing interests was the essence of the matter, then his call for a major premise in cases of free speech and his criticism of Holme’s opinion in *Debs* conflicted with his own assumptions. Balancing interests was a task requiring the judge to be constantly sensitive to new interests and to changing circumstances. If a judge was balancing interests, he could not decide cases deductively according to a major premise», en *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, *op. cit.*, pp. 167 y 216.

¹⁵⁸ «Although the free speech clauses were directed primarily against the sedition prosecutions of the immediate past, it must not be thought that they would permit unlimited previous restraint. They must also be interpreted in the light of more remote history. The framers of those clauses did not invent the conception of freedom of speech as a result of their own experience of the last few years. The idea had been gradually moulded in men’s minds by centuries of conflict. It was the product of a people of whom the framers were merely the mouthpiece [...] It was formed out of past resentment against the royal control of the press under the Tudors, against the Star Chamber and the pillory, against the Parliamentary censorship which Milton condemned in his *Areopagítica* [...] Moreover, the meaning of the First Amendment did not crystallize in 1791 [...] Into the making of the constitutional conception of free speech have gone, not only men’s bitter experience of the censorship and sedition prosecutions before 1791, but also the subsequent development [...] and the philosophical speculations of John Stuart Mill», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁵⁹ «In that battlefield of reason we possessed in 1925 new and powerful weapons, the dissenting opinions of justices Holmes and Brandeis. Out of the long series of legal defeats had come a group of arguments for toleration that may fitly stand beside the *Areopagítica* and Mill’s *Liberty*. The majority opinions determined the cases, but these dissenting opinions will determine the minds of the future», *ibidem*, p. 325.

Realmente, en la teorización de Chafee la búsqueda de la verdad es un interés constitucional relevante de carácter preferente porque contribuye a impulsar la energía necesaria para el avance del sistema político y social¹⁶⁰, de ahí que el debate de las ideas deba ser bienvenido y no temido, pues la ausencia de libertad de expresión y de discusión abierta de los asuntos públicos es contraria al progreso y conduce a la pasividad y decadencia del sistema político y social, «The real danger in this country is not a conflagration but dry rot, the slow smokeless burning of decay»¹⁶¹. Así pues, la racionalidad implícita en la Primera Enmienda es la consecución y difusión de la verdad como base del progreso político y social «... the First Amendment is very much more than “an expression of political faith.” It was demanded by several states as a condition of their ratification of the Federal Constitution, and is as definitely a prohibition upon Congress as any other article in the Bill of Rights. The policy behind it is the attainment and spread of truth, not merely as an abstraction, but as the basis of political and social progress»¹⁶².

Tal concepción de la libertad de expresión como elemento esencial para la consecución de la verdad en una sociedad democrática y mecanismo de potenciación del ineludible dinamismo individual y colectivo y del avance del sistema político y social se refleja paradigmáticamente¹⁶³ en la opinión disidente del juez Brandeis¹⁶⁴, a la que se une el juez Holmes, en *Whitney v. United States*¹⁶⁵, y con la que se manifiesta de acuer-

¹⁶⁰ Jonathan Prude señala la relevancia que tiene el progreso social en la conceptualización de Chafee, «the constant discussion of fundamental issues, far from interfering with the political process, actually provided the driving energy for the gradual social changes which he called progress», en «Portrait of a Civil Libertarian: The Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.», *op. cit.*, p. 642.

¹⁶¹ Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 324.

¹⁶² *Ibidem*, p. 137. Al respecto *vid.* Mark A. Graber, *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁶³ Como apunta Nimmer B. Melville, «No judge has stated the purposes or functions of freedom of speech better, indeed, more eloquently, than did Justice Brandeis in his famous *Whitney* concurrence», en *Nimmer on Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment*, Matthew Bender & Co., New York, 1984, p. 12.

¹⁶⁴ Como señala Harold. L. Pohlman, «Brandeis did not, of course, invent this new rationale for free speech. Zechariah Chafee, Jr. had popularized it in the academic world of the 1920s, and the intellectual origins of it go back to John Stuart Mill», en *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁶⁵ «Those who won our independence believed [...] that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly, discussion would be futile; that, with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of American government [...] Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law –the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed», *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375-376 (1927) (Brandeis, J., concurring).

do Chafee, afirmando que Bradeis expone el sentido y razón de ser de la libertad de expresión garantizada por la Constitución¹⁶⁶.

Por todo, tal como se refleja en *Government and Mass Communications*¹⁶⁷, Chaffe entiende el sistema social como una comunidad libre cuyos miembros interactúan en continua discusión y debate, de ahí que rechace la pasividad y la conformidad, considerando que uno de los grandes males a que conduce la carencia de libertad de expresión es el estancamiento político y social¹⁶⁸, por esto insta al poder a potenciar la libre discusión y a remover la pasividad y el encorsetamiento social, de ahí que, quizás, su principal contribución al diacrónico proceso de conceptualización de la libertad de expresión haya sido sensibilizar a la opinión pública norteamericana del hecho de que la libertad de expresión no puede considerarse automáticamente garantizada por la Primera Enmienda sin el concurso de un esfuerzo concertado a todos los niveles de la sociedad¹⁶⁹. Por todo, no sorprende que el prólogo introductorio de la principal obra de Chaffe sea precisamente el célebre texto de la *Areopagitica*¹⁷⁰ donde Milton formula la concepción primigenia del “mercado de las ideas”¹⁷¹.

¹⁶⁶ «Justice Brandeis then states the reasons for the traditional American policy of freedom of speech guaranteed by the Constitution, which he and Justice Holmes had been endeavoring to protect against the assaults of sedition laws and prosecutions encouraged by those who had been most eloquent in their appeals to the Constitution, even while they strove to reduce to a nullity one of its most vital clauses», Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, pp. 348-349.

¹⁶⁷ «A community is a universe of discourse in which the members participate by speaking and listening, writing and reading. In a free community the members establish and re-establish, examine and re-examine, in response to one another, their formulations of man's ultimate ends, the standards of their behaviour, and their application to concrete issues. Thus, the society in a continuous enterprise of inquiry and discussion gropes its way through changing tasks and conditions», Zechariah Chafee, Jr., *Government and Mass Communications. A Report from the Commission on Freedom of the Press*, 2 vols., University of Chicago Press, Chicago, 1947, pp. 21-22.

¹⁶⁸ «... the development of positive forces which will encourage [liberty] and remove the sluggishness of thought into which we all easily lapse even without any prohibitions upon opinion», Zechariah Chafee, Jr., “*Law and Liberty*”, en Horace M. Kallen (ed.), *Freedom in the Modern World*, Cowards-McCann, New York, 1928, p. 113. Para Jonathan Prude la principal preocupación de Chafee no es la capacidad de una sola idea de causar cierta conflagración, sino la “dry rot” que provoca en cualquier sociedad el rechazo de la discusión pública, *vid.* “*Portrait of a Civil Libertarian: The Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.*”, *op. cit.*, p. 642.

¹⁶⁹ En este sentido *vid.* Jonathan Prude, “*Portrait of a Civil Libertarian: The Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.*”, *op. cit.*, p. 656.

¹⁷⁰ «... though all the windes of doctrin were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously by licencing and prohibiting to misdoubt her estrength. Let her and Falshood grapple; who ever knew Truth put to the wors, in a free and open encounter?», John Milton, *Areopagitica*, en Ernest Sirluck (ed.), *Complete Prose Works of John Milton*, Volume II, 1643-1648, *op. cit.*, p. 561.

¹⁷¹ *Vid.* Zechariah Chafee, Jr., *Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 1; *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, p. 3.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aleinikoff, Alexander, “*Constitutional Law in the Age of Balancing*”, Yale Law Journal, vol. 96, núm. 5, 1987, pp. 943-1005.

Anderson, Alexis J., “*The Formative Period of First Amendment Theory, 1870-1915*”, American Journal of Legal History, vol. 24, núm. 1, 1980, pp. 56-75.

Arias Castaño, Abel, “*La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión*”, Historia Constitucional, núm. 10, 2009, pp. 297-321.

— *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Auerbach, Jerold S., “*The Patrician as Libertarian: Zechariah Chafee, Jr, and Freedom of Speech*”, New England Quarterly, vol. 42, núm. 4, 1969, pp. 511-531.

Bakalar, Chloé, “*The Virtues of Everyday Talk: The Enduring Significance of John Milton’s Theory of Expressive Liberties*”, Political Theory, vol. 49, núm. 4, 2021, pp. 584-612.

Barzum, Charles I., “*Politics or Principle? Zechariah Chafee and the Social Interest in Free Speech*”, Brigham Young University Law Review, March, 2007, pp. 101-164.

Berger, Fred R., *Happiness, Justice and Freedom: The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill*, University of California Press, Berkeley, 1984.

Berns, Walter, “*Freedom of the Press and the Alien and Sedition Laws: A Reappraisal*”, Supreme Court Review, 1970, pp. 109-160

Black, Hugo L., “*The Bill of Rights*”, New York University Law Review, vol. 35, núm. 4, 1960, pp. 865-861.

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1765-1769.

Blasi, Vincent, “*A Reader’s Guide to John Milton’s Areopagitica, the Foundational Essay of the First Amendment Tradition*”, The Supreme Court Review, 2017, pp. 273-312

Bloustein, Edward J., “*Holmes: His First Amendment Theory and His Pragmatist Bent*”, Rutgers Law Review, vol. 40, núm. 2, 1988, pp. 283-302.

Bogen, David S., “*The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes*”, Hofstra Law Review, vol. 11, núm. 1, 1982, pp. 97-189.

Bollinger, Lee C., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, Clarendon Press, Oxford, 1986.

Bosmajian, Haig A. (ed.), *The Principles and Practice of Freedom of Speech*, University Press of America, Lanhan, Houghton Mifflin, Washington D.C., 1971.

— *Metaphor and Reason in Judicial Opinions*, Southern Illinois University Press, Carbondale, 1992.

Botein, Stephen, “*Meer Mechanics’ and an Open Press: the Business and Political Strategies of Colonial American Printers*”, en Donald Flenning y Bernard Bailyn (eds.), *Perspectives in American History*, 12 vols., Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1967-1979, vol. 9, pp. 127-228.

Canavan, Francis, *Freedom of Expression Purpose as Limit*, Carolina Academic Press, Durham, 1984.

Carroll, Thomas F., “*Freedom of Speech and of the Press in Wartime: The Espionage Act*”, *Michigan Law Review*, vol. 17, 1919, pp. 621-665.

— “*Freedom of Speech and of the Press in The Federalist Period: the Sedition Act*”, *Michigan Law Review*, vol. 18, núm. 7, 1920, pp. 615-651.

— “*Freedom of Speech during the Civil War*”, *Virginia Law Review*, vol. 9, núm. 7, 1923, pp. 516-551.

Chafee, Zechariah, Jr., “*Freedom of Speech and the Espionage Act*”, *The New Republic*, núm. 211, 16 de noviembre de 1918, pp. 66-69.

— “*Freedom of Speech in War Time*”, *Harvard Law Review*, vol. 32, núm. 8, 1919, pp. 932-973.

— “*A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams et al.*”, *Harvard Law Review*, vol. 33, núm. 6, 1920, pp. 747-774.

— *Freedom of Speech*, Brace and Howe, Harcourt, 1920.

— “*Law and Liberty*”, en Horace M. Kallen (ed.), *Freedom in the Modern World*, Cowards-McCann, New York, 1928.

— *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1941.

— *Government and Mass Communications. A Report from the Commission on Freedom of the Press*, 2 vols., University of Chicago Press, Chicago, 1947.

— *The Blessings of Liberty*, J. B. Lippincott Co., Philadelphia, 1956.

Clegg, Cyndia S., *Press Censorship in Elizabethan England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

— *Press Censorship in Jacobean England*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

— “*Censorship and the Courts of Star Chamber and High Commission in England to 1640*”, *Journal of Modern European History*, vol. 3, núm. 1, 2005, pp. 50-80.

— *Press Censorship in Caroline England*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Cohen, Jeremy, *Congress Shall Make no Law: Oliver Wendell Holmes, The First Amendment, and Judicial Decision Making*, Iowa State University Press, Iowa, 1989.

Corwin, Edward S., “*Freedom of Speech and Press under the First Amendment: A Résumé*”, *Yale Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 1920, pp. 48-55.

— “*Constitutional Law in 1919-1920*”, *American Political Science Review*, vol. 14, núm. 4, 1920, pp. 635-658.

Dworkin, Ronald, “*Is the Press Losing the First Amendment?*”, *New York Review of Books*, vol. 27, 1980.

Finkelman, Paul, “*The Zenger Case: Prototype of a Political Trial*”, en Michael R. Belknap (ed.), *American Political Trials*, Greenwood, Westport, 1981, pp. 21-42.

Frankfurter, Felix, “*A Legal Triptych*”, *Harvard Law Review*, vol. 74, núm. 3, 1961, pp. 433-447.

Frantz, Laurent, “*The First Amendment in the Balance*”, *Yale Law Journal*, vol. 71, núm. 8, 1962, pp. 1424-1450.

French, Joseph M. (ed.), *The Life Records of John Milton*, 5 vols., Gordian Press, New York, 1966.

Garrett, G. P., “*Free Speech and the Espionage Act*”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 10, 1919, pp. 71-75.

Goodrich, Herbert F., “*Does the Constitution Protect Free Speech*”, *Michigan Law Review*, vol. 19, núm. 5, 1921, pp. 487-501.

Graber, Mark A., *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, University of Carolina Press, Berkeley, Los Angeles, Oxford, 1991.

Gray, John, *Mill on Liberty: a Defence*, Routledge & K. Paul, London, Boston, 1983.

Greenawalt, Kent, “*Clear and Present Danger and Criminal Speech*”, en Lee C. Bollinger y Geoffrey R. Stone (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago, 2002, pp. 97-119

Gunther, Gerald, “*Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*”, *Stanford Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1975, pp. 719-773.

Hall, James P., “*Free Speech in War Time*”, *Columbia Law Review*, vol. 21, núm. 6, 1921, pp. 526-537.

Haller, William (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647*, 3 vols., Columbia University Press, New York, 1934.

— “*Two Early Allusions to Milton’s Areopagitica*”, *Huntington Library Quarterly*, vol. XII, 1949, pp. 207-212.

Hart, Fred B., “*Power of Government over Speech and Press*”, *Yale Law Journal*, vol. 29, núm. 4, 1920, pp. 410-428.

Healy, Thomas, *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind and Changed the History of Free Speech in America*, Henry Holt and Company, New York, 2013.

Holmes, Oliver W., Jr., *Collected Legal Papers*, The Law Book Exchange, Clark, New Jersey, 2006.

Hopkins, Wat W., “*Reconsidering the ‘Clear and Present Danger’ Test: Whence the ‘Marketplace of Ideas’?*”, *Free Speech Yearbook*, vol. 33, núm. 1, 1995, pp. 78-98.

Howe, Mark D. (ed.), *Holmes-Pollock Letters*, 2 vols., Harvard University Press, Cambridge, 1942.

— “*Zechariah Chafee, Jr.: 1885-1957*”, *Nation*, núm. CLXXXIV, March, 1957.

Irons, Peter H., “*Fighting Fair’: Zechariah Chafee, Jr., The Department of Justice, and the “Trial at the Harvard Club”*”, *Harvard Law Review*, vol. 94, núm. 6, 1981, pp. 1205-1236.

Kalven, Harry, “*The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment”*”, *Supreme Court Review*, 1964, pp. 191-221.

— “*Upon Rereading Mr. Justice Black on the First Amendment*”, *U.C.L.A. Law Review*, vol. 14, 1967, pp. 428-453.

— “*Ernst Freud and the First Amendment Tradition*”, *University of Chicago Law Review*, vol. 40, 1973.

— *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, Harper & Row, New York, 1988.

Katz, S. N. (ed.), *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of the New York Weekly Journal*, 2nd ed., Harvard University Press, Cambridge, 1972.

Kennedy, David M., *Over Here: The First World War and American Society*, Oxford University Press, Oxford, 1980.

Kimball, Day, “*The Espionage Act and the Limits of Legal Toleration*”, *Harvard Law Review*, vol. 33, núm. 3, 1920, pp. 442-449.

Knudson, Jerry W., *Jefferson and the Press: Crucible of Liberty*, University of South Carolina Press, Columbia, 2006.

Lawrence, Thomas A., “*Eclipse of Liberty: Civil Liberties in the United States during the First World War*”, *Wayne Law Review*, vol. 21, 1974, pp. 33-112.

Lemay, J. A. Leo, *The Life of Benjamin Franklin: Printer and Publisher, 1730-1747*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.

Levy, Leonard W., “*Did the Zenger Case Really Matter? Freedom of the Press in Colonial New York*”, *William and Mary Quarterly*, vol. 17, núm.1, 1960, pp. 35-50.

— *Emergence of a Free Press*, Oxford University Press, New York, 1985.

— *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1996.

Llewellyn, Karl N., “*Free Speech in Time of Peace*”, *Yale Law Journal*, vol. 29, núm. 3, 1920, pp. 337-344.

Loades, David M., “*The Theory and Practice of Censorship in Sixteenth Century England*”, *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 24, 1974, pp. 141-150.

Lockhart, William B., Yale Kamisar, Jesse H. Choper, Steven H. Shiffrin, Rirchard H. Fallon, Jr. (eds.), *Constitutional Law: Cases, Comments, Questions*, 8th ed, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1996.

Mayton, William T., *From a Legacy of Suppression to the ‘Metaphor of the Fourth Estate’*, *Stanford Law Review*, vol. 39, núm. 1, 1986, pp. 139-160.

McClure, James P. et al. (eds.), *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 43, 11 March–30 June 1804, Princeton University Press, Princeton, 2021.

Meiklejohn, Alexander, “*The Balancing of Self-Preservation against Political Freedom*”, *California Law Review*, vol. 49, núm. 1, 1961, pp. 4-14.

Melville, Nimmer B., *Nimmer on Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment*, Matthew Bender & Co., New York, 1984.

Mendelson, Wallace, “*The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz*”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 17, núm. 2, 1964, pp. 479-485.

Miller, John C., *Crisis in Freedom: The Alien and Sedition Acts*, Little Brown, Boston, 1952.

Milton, John, *Areopagitica*, en Ernest Sirluck (ed.), *Complete Prose Works of John Milton*, Yale University Press, New Haven and London, 1953-1982, vol. II, pp. 485-570.

— *Areopagítica*, traducción y prólogo de José Carner, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1976.

— *Areopagítica*, estudio preliminar de Marc Carrillo, traducción, edición y notas de Joan Curbert, Tecnos, Madrid, 2011.

Murphy, Paul L., *The Meaning of Freedom of Speech: First Amendment Freedoms from Wilson to FDR*, Greenwood Press, Westport, Conn., 1972.

Murphy, Paul L., *World War I and the Origins of Civil Liberties in the United States*, W. W. Norton & Company, New York, 1979.

Nagel, Robert, “*Rationalism in Constitutional Law*”, *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, pp. 9-24.

Novick, Sheldon (ed.), *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown and Company, Boston, Massachusetts, 1981.

Parker, William R., *Milton’s Contemporary Reputation, An Essay Together A Tentative List of Printed Allusions to Milton, 1641-1674, and Facsimile Reproductions of Five Contemporary Pamphlets Written in Answer to Milton*, Ohio State University Press, Columbus, Ohio, 1940.

Parks, Stephen (ed.), *Freedom of the Press: Six Tracts 1698-1709*, Garland Publishing, New York & London, 1974.

Peters, John D., “*‘The Marketplace of Ideas’: A History of the Concept*”, en Andrew Calabrese y Colin Sparks (eds.), *Toward a Political Economy of the Culture: Capitalism and Communication in the Twenty-First Century*, Rowman and Littlefield, Lanham, 2004, pp. 65-82.

Peterson, Merrill D., Vaughan, Robert C. (eds.), *The Virginia Statute for Religious Freedom. Its Evolution and Consequences in American History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

Pinsk, Abraham, “*Freedom of Speech under Our Constitution*”, *West Virginia Law Review*, vol. 31, núm. 4, 1925, pp. 273-292.

Pohlman, Harold L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, New York University Press, New York, London, 1991.

Polenberg, Richard, *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, Viking Press, New York, 1987.

Pollock, Frederick, “*Abrams v. United States*”, *Law Quarterly Review*, vol. 36, núm. 4, 1920, pp. 334-338.

Preston, William, *Aliens and Dissenters*, Harvard University Press, Cambridge, 1963.

Prude, Jonathan, “*Portrait of a Civil Libertarian: The Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.*”, *The Journal of American History*, vol. 60, núm. 3, 1973, pp. 633-656.

Rabban, David M., “*The First Amendment in Its Forgotten Years*”, *Yale Law Journal*, vol. 90, núm. 3, 1981, pp. 514-595.

— “*The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*”, *University of Chicago Law Review*, vol. 50, núm. 4, 1983, pp. 1205-1355.

Ragan, Fred D., “*Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., Zechariah Chafee, Jr., and the Clear and Present Danger Test for Free Speech: The First Year, 1919*”, *Journal of American History*, vol. 58, núm. 1, 1971, pp. 24-45.

Rasor, Paul, Bond, Richard E. (eds.), *From Jamestown to Jefferson: The Evolution of Religious Freedom in Virginia*, University of Virginia Press, Charlottesville, 2011.

Raymond, Joad, “*Censorship in Law and Practice in Seventeenth-Century England: Milton’s Areopagitica*”, en L. Hutson (ed.), *Oxford Handbook to English Law and Literature, 1500-1700*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 507-528.

Rees, John C., *John Stuart Mill’s on Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1985.

Reich, Charles A., “*Mr. Justice Black and the Living Constitution*”, *Harvard Law Review*, vol. 76, núm. 4, 1963, pp. 673-754.

Riley, Jonathan, *Mill on Liberty*, Routledge, London, New York, 1998.

Robson, John M., *The Improvement of Mankind: The Social and Political Thought of John Stuart Mill*, University of Toronto Press, Toronto, 1968.

Rogat, Yosai, “*Mr. Justice Holmes: Some Modern Views-The Judge as Spectator*”, *University of Chicago Law Review*, vol. 31, núm. 2, 1964, pp. 213-256.

Rogat, Yosai, O’Fallon, James M., “*Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion-The Free Speech Cases*”, *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 6, 1984, pp. 1349-1406.

Ross, Richard J., “*The Commoning of the Common Law: The Renaissance Debate over Printing English Law, 1520-1640*”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, núm. 2, 1998, pp. 323-461.

Rossiter, Clinton L., *Seedtime of the Republic: The Origin of the American Tradition of Liberty*, Harcourt Brace and Company, New York, 1953.

Russell, Conrad, *John Stuart Mill: the Free Market and the State*, John Stuart Mill Institute, London, 1993.

Rutherford, Livingston, *John Peter Zenger, His Press, His Trial and a Bibliography of Zenger Imprints. Also a Reprint of the Edition of the Trial*, Dodd Mead, New York, 1904.

Schlag, Pierre J., "An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech", *U.C.L.A Law Review*, vol. 30, núm. 4, 1983, pp. 671-739.

Schwartz, Regina M., "Truth, Free Speech, and the Legacy of John Milton's *Areopagitica*", *Teoria*, vol. 32, núm. 1, 2012, pp. 47-58.

Sensabaugh, George F., *That Grand Whig, Milton*, Stanford University Press, Stanford, 1952.

Shapiro, M., *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1966.

Shiffrin, Steven H., "Liberalism, Radicalism, and Legal Scholarship", *U.C.L.A Law Review*, vol. 30, núm. 6, 1983, pp. 1103-1217.

Siebert, Frederick S., *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control*, University of Illinois Press, Urbana, 1965.

Smith, Donald L., *Zechariah Chafee, Jr., Defender of Liberty and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

Smith, G. W. (ed.), *John Stuart Mill's Social and Political Thought: Critical Assessments*, Routledge, New York, 1998.

Smith, James M., *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 1956.

Stone, Geoffrey R., "The Origins of the 'Bad Tendency' Test: Free Speech in Wartime", *Supreme Court Review*, 2002, pp. 411-453.

Ten, C. L., *Mill on Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

Thompson, Dennis, *John Stuart Mill and Representative Government*, Princeton University Press, Princeton, 1976.

Vance, William R., "Freedom of Speech and of the Press", *Minnesota Law Review*, vol. 2, núm. 4, 1918, pp. 239-260.

Walker, William, "Human Rights, Modernity, and Milton's *Areopagitica*", *The European Legacy*, vol. 23, núm. 4, 2018, pp. 365-381.

Wallace, M. G., "Constitutionality of Sedition Laws", *Virginia Law Review*, vol. 6, núm. 6, 1920, pp. 385-399.

Weymouth, Lally (dir.), *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, traducción de J. Bellock Zimmermann, Tecnos, Madrid, 1986.

Willis, Hugh E., "Freedom of Speech and the Press", *Indiana Law Journal*, vol. 4, 1929, pp. 445-455.

Wolfe, Don M., *Milton in the Puritan Revolution*, Thomas Nelson and Sons, New York, 1941.

Woodhouse, Arthur Sutherland Pigott (ed.), *Puritanism and Liberty. Being the Army Debates (1647-1649) from the Clarke Manuscripts with Supplementary Documents*, University of Chicago Press, Chicago, 1951.

Enviado el (Submission Date): 08/04/2023

Aceptado el (Acceptance Date): 12/05/2023