

Coords.
B. Aláez Corral
A. Arias Castaño
M. A. Presno Linera
P. Requejo Rodríguez
I. Villaverde Menéndez

ESCRITOS EN HOMENAJE A

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO



Universidad de Oviedo

2021



Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciador:

Aláez Corral, B.; Arias Castaño, A.; Presno Linera M. A.; Requejo Rodríguez, P.; Villaverde Menéndez, I. (Coords.) (2021). *Escritos en homenaje a Francisco J. Bastida Freijedo*
Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2021 Universidad de Oviedo

© Los autores

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento-No comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>



Esta Editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades

33011 Oviedo - Asturias

985 10 95 03 / 985 10 59 56

servipub@uniovi.es

www.publicaciones.uniovi.es

ISBN: 978-84-18482-26-7

DL AS 1901-2021

Sumario

| | |
|--|-----|
| Presentación | 11 |
| La acomodación constitucional de la secesión: el caso español | 13 |
| Benito ALÁEZ CORRAL | |
| Lealtad constitucional y partidos políticos | 61 |
| Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ | |
| El régimen electoral del Principado de Asturias | 91 |
| Alberto ARCE JANÁRIZ | |
| La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión | 111 |
| Abel ARIAS CASTAÑO | |
| Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista | 141 |
| Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA | |
| La constitucionalización del programa político bolchevique en 1918 | 167 |
| Antonio-Filiu FRANCO PÉREZ | |
| El ciudadano en la reforma de la Constitución: la participación directa | 179 |
| Patricia GARCÍA MAJADO | |
| Régimen electoral («maquiavélico») y sistema de partidos (con sesgo mayoritario) | 207 |
| Miguel A. PRESNO LINERA | |

| | |
|---|------------|
| El procedimiento de reforma de la Constitución española y las minorías parlamentarias | 241 |
| Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ | |
| La (des)igualdad por razón de sexo/género en el espacio público (de un Estado) social | 267 |
| María Ludivina VALVIDARES SUÁREZ | |
| Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública» | 313 |
| Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ | |

ABEL ARIAS CASTAÑO

El presente trabajo fue publicado originariamente en el año 2009, dentro del número 10 de la revista electrónica *Historia Constitucional* que con el esfuerzo y dedicación del recordado profesor Joaquín Varela y de Ignacio Fernández Sarasola se ha convertido, en una referencia indispensable en España, y fuera de ella, en la disciplina. En el mismo se realiza un estudio de la controversia que enfrentó, a republicanos y federalistas sobre la constitucionalidad de la *Sedition Act* de 1798 y el contenido -mera prohibición de censura previa o verdadero derecho de crítica al poder- que cabía conferir a la Primera Enmienda, pero también -y como no podía ser de otra forma tratándose de un trabajo construido con el apoyo y la influencia intelectual del profesor Bastida- de las diferentes concepciones democráticas -la democracia, siempre la democracia como una de sus preocupaciones intelectuales favoritas- que dicha discusión encubría y que en último término la explicaban.

He elegido este estudio para formar parte de este volumen colectivo que discípulos y amigos -desde la mayor admiración y el cariño- dedicamos a Paco Bastida, como la tradición universitaria impone, con ocasión de celebrar su 70 cumpleaños, por dos razones fundamentales. Una, porque me permite evocar un periodo mágico, absolutamente decisivo en mi historia personal y profesional como es el periodo de la formación doctoral y explicar, a través de mis vivencias el compromiso inquebrantable con el que Paco Bastida ha asumido siempre una de las tareas más desprendidas y generosas del oficio de profesor universitario; la de construir Universidad a través de formar a los que empiezan. La segunda porque me permite compartir, con un ejemplo práctico, una de las lecciones aprendidas del maestro; la de que si queremos comprender en su esencia un problema debemos contemplarlo con profundidad y más allá de sus apariencias.

Lo cierto es que el trabajo *La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: La criminalización de la libertad de expresión* no puede entenderse ni temática,

ni temporalmente al margen de mi tesis doctoral sobre el *Clear and Present Danger test*. Y de hecho, con algunas adaptaciones y cambios acabó, finalmente, configurándose como su capítulo de contextualización histórica. Aunque ahora el lector contemple su versión definitiva (o si se prefiere su versión menos provisional), puedo asegurar y certificar que en este trabajo, como en todos los que Paco Bastida nos ha ayudado a escribir a sus discípulos, hubo muchas (y ese adverbio debe interpretarse en su literalidad y no como una mera licencia retórica o poética) muchas versiones y borradores previos. Versiones que le entregábamos a Paco y que él nos devolvía con prontitud no meramente leídas o repasadas por encima, sino analizadas y estudiadas al más mínimo detalle y anotadas, párrafo a párrafo, para discutir las con él -1 hora, 3 o 5; las que fuesen necesarias- en la mesa redonda del despacho del fondo, en el *potro*, como cariñosamente llamamos desde hace muchos años en nuestro Área a esa mesa y, sobre todo, a ese acto de discusión académica pura. Dirigir académicamente para Paco nunca ha sido una pérdida de tiempo -aunque realmente, generosamente, estuviese renunciando a avanzar en sus propias investigaciones- sino una inversión. Lo contrario a una mera formalidad administrativa; una especie de acto ritual para inculcar los códigos más sagrados y nobles del oficio de investigador; el inconformismo, la profundidad en el análisis, la no radicalidad en las conclusiones; la borrosidad como premisa metodológica para abordar cualquier problema, y, en definitiva, la aspiración a ser honestos artesanos de la investigación jurídica y no meros glosadores que rellenan páginas para cubrir el expediente.

Este trabajo me permite también ejemplificar cómo Paco siempre nos ha enseñado a mirar las cosas con una profundidad diferente a la de la mera apariencia. Ya se sabe, pero se olvida, que lo esencial es invisible a los ojos. Cuando empecé a leer e investigar sobre la *Sedition Act* yo estaba convencido (y seguramente obcecado) en que la discusión entre federalistas y republicanos sobre la constitucionalidad de esta ley era un mero problema sobre cómo interpretar el contenido de la garantía constitucional de la Primera Enmienda. Seguidores o detractores de *Blackstone*. Pero Paco me animó a volver a repensar el asunto e indagar en el trasfondo de las diferentes concepciones democráticas que detrás de esta discusión podía haber. ¡Y ahí estaba, desde luego, la clave del asunto! Es algo que me ha sucedido en más ocasiones y que al final, me ha hecho ser escéptico con las apariencias y con los prejuicios de las primeras lecturas. Creo que Charles Fried lo explicó bastante bien en su ensayo *Modern Liberty and the Limits of Government* cuando decía que a veces afrontamos los problemas jurídicos generales como obras de mera fontanería y no como retos de arquitectura. Y Paco, sin renunciar a ningún detalle y a que todas las piezas del puzzle encajen, es desde luego un gran arquitecto, al que además le gusta volar drones, y por ello contemplar las cosas desde la perspectiva y distancia objetiva que proporciona la altura. Como Paco nos ha enseñado y le gusta tanto repetir: *¿Por qué damos por concluida una investigación describiendo únicamente un problema, si es, en dicho momento, cuando debe iniciarse?*

Estos recuerdos -muy nítidos y en absoluto borrosos- me sirven, desde el plano más personal y emotivo, para dejar constancia pública de mi infinito afecto y perpetua deuda intelectual con Paco Bastida: la persona que me abrió las puertas de la Universidad y me enseñó sus valores más hermosos. En un plano más colec-

tivo creo que contribuyen a mostrar, desde las vivencias de una persona afortunada por disfrutar de su magisterio, la permanente búsqueda de la perfección y la excelencia, la grandeza humana y la indiscutible ejemplaridad universitaria de quién siempre será, por derecho propio, un gran maestro de la Universidad española, que junto a Ignacio de Otto, Ramón Punset y Joaquín Varela refundaron el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo y la situaron en la vanguardia de la enseñanza e investigación jurídica. Un investigador y profesor, con mayúsculas, genuino y pionero, en el titánico esfuerzo colectivo de su generación, por armar dogmáticamente un Derecho Constitucional español -al nivel del italiano, alemán o francés- desde las ruinas del viejo Derecho Político.

La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión

Abel Arias Castaño

1. Breve nota introductoria

En este artículo se aborda la incorporación del libelo sedicioso al ordenamiento jurídico norteamericano a través de la *Sedition Act* de 1798, así como el intenso debate político que se generó en torno a su constitucionalidad. La importancia de esta norma reside en que, lejos de ser una ley más, representa un hito en la historia de las libertades de expresión y de prensa en los EE. UU.

De hecho, el debate entre los dos grandes partidos políticos del momento –el republicano y el federalista– acerca de su constitucionalidad, además de ocuparse del problema de la titularidad competencial para aprobar normas sobre libelos sediciosos, inauguró –como, casi dos siglos después, afirmaría el juez Brennan en la causa de *New York Times v Sullivan* (1964)-¹ la discusión acerca del «sentido central de la Primera Enmienda». Una discusión, aún no terminada y seguramente interminable, sobre el sentido y alcance de la libertad de expresión en un Estado democrático, y, en última instancia, sobre el concepto mismo de democracia.

En uno de sus epígrafes finales, este trabajo trata de asomarse a la esencia conceptual de ese debate, ahondando en los diferentes argumentos, visiones, y concepciones que, sobre estos vidriosos problemas constitucionales, opusieron los federalistas y los republicanos en su controversia. Antes, y a los efectos de

¹ 376 U.S. 254, 273 (1964)

ofrecer una visión global y coherente del problema, el artículo estudia las vicisitudes históricas que rodearon la aprobación de la *Sedition Act*, contextualiza histórica y conceptualmente la figura delictiva introducida a través de la norma analizada, y concreta –valorando su virtualidad práctica– las novedades e innovaciones que la regulación de la *Sedition Act* incorpora en los perfiles tradicionales de la institución del libelo sedicioso.

A pesar de los más de doscientos años transcurridos, la de la *Sedition Act* no parece ser la historia de un pretérito superado e irreversible, sino un eslabón más de una cadena histórica que llega a nuestros días, y que con toda seguridad los superará. De ser así, y quizás como ejemplo del conocido aforismo de Croce de que toda historia es de alguna manera historia contemporánea, más que a acumular polvo en los archivos del pasado, la historia de la *Sedition Act* parece estar llamada a proyectar alguna imagen válida en el espejo de nuestro presente, y de nuestro futuro.

2. Antecedentes y contexto histórico

El 14 de julio de 1798, el presidente federalista John Adams promulgaba la *Sedition Act*. Cuatro días antes, el 10 de julio de 1798, el Congreso de los EE. UU. había procedido a su aprobación por un estrecho margen de 44 votos a favor y 41 votos en contra. Este reñido resultado expresaba con claridad la profunda división que la conveniencia (e incluso la constitucionalidad) de la ley había generado entre la clase política norteamericana, y más en concreto, entre el partido federalista (Hamilton, Adams...), que había apoyado la necesidad de la legislación, y los republicanos (Jefferson, Madison...) que en las calurosas discusiones parlamentarias previas a la aprobación de la ley habían alertado de los peligros que la misma introducía en la configuración de las libertades civiles que la Constitución debía garantizar.

La adecuada contextualización histórica de ese debate entre federalistas y republicanos obliga a referirse a una doble historia. La primera, la de la *Sedition Act* se sitúa unos meses antes de su aprobación en aquel verano de 1798.² La segunda, la de la figura delictiva establecida en la ley, –el libelo sedicioso– comenzó a fraguarse, en cambio, varios siglos antes, en un entorno predemocrático y bajo un sistema de premisas conceptuales acerca del poder, y del Estado muy diferentes de las actuales.³

² En relación con los acontecimientos históricos que rodearon la promulgación de la *Sedition Act* puede verse con carácter general, entre otros, D. JENKINS, *Breve Historia de los EE. UU.*, Alianza Editorial, Madrid, 2003; P. JONSON, *Estados Unidos. La Historia*. Ediciones B., Buenos Aires, 2001, y entre la bibliografía española sobre la materia: A. BOSCH, *Historia de los EE. UU.: 1776-1945*, Crítica, Barcelona, 2005. Para un estudio exhaustivo sobre el periodo posrevolucionario norteamericano véase S. ELKINS y E. MCKITTRICK, *The Age of Federalism: The Early American Republic, 1788-1800*, Oxford University Press, New York, 1993.

³ Entre la abundante bibliografía existente sobre los orígenes y la evolución del libelo sedicioso en el Derecho inglés puede verse F. SIEBERT, *Freedom of the press in England: The Rise and Decline of Government Control (1476-1776)*, University of Illinois Press, Urbana, 1965; W. MAYTON «Seditious

La *Sedition Act* fue aprobada en un momento en que se percibía un peligro grave para la seguridad nacional, cuando la guerra con Francia parecía inminente e inevitable, y sus restricciones sobre la libertad de expresión y de prensa se justificaron, precisamente, como una forma de respuesta frente a esa amenaza exterior.

Las relaciones entre los EE. UU. y Francia habían comenzado a deteriorarse tras la firma entre EE. UU. e Inglaterra del *Tratado de Jay*,⁴ y, tras varios intentos fallidos por restablecerlas, el conocido como escándalo XYZ,⁵ no hizo sino precipitar los acontecimientos. Tras este grave incidente diplomático, a principios de marzo de 1798, Adams se dirigió al Congreso en términos rotundos afirmando que el insulto que Francia había infringido con su actitud al orgullo y la dignidad de los EE. UU., exigían una inmediata declaración de guerra. Apenas 15 días después, el 19 de marzo de 1798, el propio Adams matizó su discurso, consciente de los gravísimos perjuicios que iniciar una guerra en aquellos momentos ocasionaría para los EE. UU., y se limitó a pedir al Congreso que iniciase la adopción de las medidas oportunas para preparar el país para el peligro que representaba la ame-

Libel and the lost Guarantee of the freedom of expression», *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, pág. 91 y ss.; y P. HAMBURGER «The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press», *Stanford Law Review*, vol. 37, 1985, pág. 661 y ss. Por su parte en la bibliografía española puede verse M. N. SALDAÑA DÍAZ «A Legacy of Supresion: Del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII», *Derecho y Conocimiento*, vol. 2, 2002-2003, pág. 175 y ss.

⁴ En efecto, las causas de esas malas relaciones entre los EE. UU. y Francia se encontraban en la posición que -para no perjudicar el floreciente comercio norteamericano-, el Gobierno de George Washington había adoptado en 1793 en la Guerra que Francia libraba frente a una coalición de países europeos, liderados por Inglaterra, que temían una extensión por Europa de los principios revolucionarios de 1789.

Los EE. UU. optaron por manifestar ante ese conflicto una postura amistosa e imparcial ante las dos partes beligerantes, pero la neutralidad lejos de mantener las buenas relaciones comerciales con los dos bandos, acabó originando graves conflictos primero con Inglaterra, y después con Francia.

Así, Inglaterra interpretó la declaración de neutralidad norteamericana como una adhesión encubierta hacia Francia, y comenzó a capturar los barcos comerciales norteamericanos, y a encarcelar a sus tripulantes. El Gobierno de George Washington consciente de la inconveniencia de iniciar una guerra intensificó los esfuerzos diplomáticos por conseguir una solución pacífica a la crisis y envió una delegación negociadora a Londres cuyos trabajos concluyeron satisfactoriamente con la firma del *Tratado de Jay* en 1794 para la normalización de las relaciones anglo-norteamericanas.

La respuesta de Francia a la firma de este Tratado fue contundente: convencidos de que los EE. UU. habían abandonado su neutralidad y habían comenzado a apoyar a Inglaterra, los franceses adoptaron severas medidas de retorsión sobre las operaciones comerciales marítimas norteamericanas. El *Tratado de Jay* consiguió de este modo, el final del hostigamiento de los ingleses hacia los navíos americanos, pero paradójicamente desencadenó el comienzo del apresamiento de buques y de tripulaciones por parte de las fuerzas francesas. No se logró por ello solucionar el problema, sino únicamente sustituir al enemigo.

⁵ En medio del deterioro de las relaciones franco-norteamericanas, Adams, que en 1796 había sustituido a Washington, emuló las tácticas «pacificadoras» de su predecesor en la gestión de la crisis con Inglaterra y envió una delegación negociadora a Francia.

El entonces ministro de Asuntos Exteriores francés Talleyrand se negó a recibir personalmente a los norteamericanos, y delegó la responsabilidad de las negociaciones en unos funcionarios subalternos que exigieron, como condición previa a cualquier negociación, un «préstamo» de 12 millones de francos para Francia, y un «regalo» de 250000 francos para el propio Talleyrand. La delegación norteamericana decidió entonces romper las negociaciones, e informar al presidente Adams de la respuesta que habían recibido de los franceses. El conocido como escándalo XYZ había estallado. (Sobre este incidente diplomático véase P. JONSON, *op. cit.*, pág. 222-224).

naza de una invasión por parte de Francia. Estas medidas se concretaron en una serie de preparativos militares⁶ y en la aprobación de dos leyes de Extranjería (*Alien Acts*),⁷ y de una ley de Sedición (*Sedition Act*) que, entre otras medidas, criminalizaba el disenso político al considerar delictivas la expresión y publicación de escritos «falsos, escandalosos o malintencionados» contra el Gobierno.

La *Sedition Act* partía de las premisas de que, en aquellos momentos de inestabilidad política, cualquier manifestación, ya fuese oral o escrita, que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno, debía ser suprimida para salvaguardar la confianza de los ciudadanos hacia sus instituciones; de que la crítica política debía ser considerada una traición, y los discrepantes, enemigos del Estado. La norma partía, en fin, de las premisas del libelo sedicioso característico de la tradición jurídica del *Common Law* inglés.

Hasta el siglo XVIII el libelo era uno más de los diversos mecanismos existentes en Gran Bretaña a través de los cuales se canalizó la persecución de la disidencia política.⁸ En el siglo XVIII, tras el decaimiento, por diversos factores, del sistema de licencias y censura previa, y su abolición definitiva en abril de 1695, el libelo abandonó el lugar secundario que había desempeñado hasta entonces, y se convirtió, en defecto de otras alternativas más adecuadas, y tras realizarse algunos ajustes en la concepción de la institución, en el instrumento jurídico por excelencia para acallar los comentarios desfavorables al gobierno y proteger de ataques verbales y escritos a quienes ejercían la autoridad gubernativa.⁹

Si bien la precisión de sus orígenes y de los diferentes estadios de su evolución histórica son cuestiones muy controvertidas y nada pacíficas doctrinalmente,¹⁰

⁶ Así, por ejemplo «El Congreso autorizó la creación en 1798 de un departamento de Marina, la reconstrucción de la Armada, que se había deshecho tras la revolución, así como la formación de un ejército de 10000 hombres que servirían durante tres años bajo el mandato de Alexander Hamilton...» (Véase A. BOSCH, *op. cit.*, pág. 68-69).

⁷ La primera de estas leyes -*la Alien Enemies Act*- era una Ley que autorizaba, en casos de guerra declarada con algún país extranjero, el encarcelamiento sin garantías de los nacionales de ese país residentes en los EE. UU. Por otro lado, la segunda de estas leyes, -*la Alien Friends Act*- era una Ley excepcional cuyo periodo de vigencia expiraba el 3 de marzo de 1801 que otorgaba al presidente de los EE. UU. poderes para capturar, encarcelar y deportar a extranjeros procedentes de países con los que los EE. UU. no estuviesen en guerra, si tales extranjeros podían resultaban «peligrosos» para los EE. UU.

⁸ Hasta el siglo XVIII, el instrumento más importante de control y represión de las ideas disidentes era el sistema de licencias y censura previa que, aplicado a través de una serie de órganos como la *Stationers' Company*, la *Court of High Comision*, y la *Star Chamber* permitió una implacable labor de represión de cualquier idea disidente. Además de este sistema del *prior restraint* («Instrumento que hacía que la publicación de un libro o de una revista fuese ilegal a no ser que hubiese sido previamente autorizada por el gobierno». Véase K. HALL (edit.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, New York, 1992) existían, aunque con mucha menor importancia práctica, otros instrumentos de control de las opiniones. Tales mecanismos de control eran el *Law of Treason*, el *Heresy Law*, el *Scandalum Magnatum*, y el libelo. (Una explicación de los rasgos caracterizadores de estas instituciones puede verse en P. HAMBURGER, *op. cit.*, pág. 666-670, y en la bibliografía española M. N. SALDAÑA DÍAZ, «*A Legacy of Supresion: Del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII*», *op. cit.*, pág. 181-183).

⁹ Véase E. H. HUDON, *Freedom of the Press in the U.S.*, Washington, 1963, pág. 85.

¹⁰ Así los orígenes del libelo sediciosos se han situado en el Derecho Romano, en las prácticas judiciales de los Tribunales del *Common Law*, o en la doctrina emanada del Tribunal de la *Star Chamber*. (Véase M. N. SALDAÑA DÍAZ, «*A Legacy of Supresion: Del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII*», *op. cit.*, págs. 205-206 con numerosas citas y remisiones a la bibliografía anglosajona más relevante sobre el problema).

parece ser mayoritario el considerar las causas *De Libellis Famosis* (1606), y *Queen v. Tutchin* (1704) como dos hitos de especial trascendencia en la evolución de la institución.

En la primera de estas dos causas –*De Libellis Famosis* (1606)¹¹ se comenzó a hablar del *libel of magistrates* –libelo dirigido contra personalidades y cargos públicos– como un supuesto específico de libelo criminal y diferenciado del *libel of private persons*, justificándose su autonomía conceptual en que a través del mismo no solo se causaban alteraciones en el orden público –como también sucedía con los *libels of private persons*–, sino que también se menoscababa la reputación del Estado. La importancia de la causa *Queen v. Tutchin* (1704)¹² en la evolución histórica del libelo sedicioso radica, por su parte, en que en este asunto se elimina la restricción, vigente durante todo el siglo XVII, de que para que la figura delictiva resultase aplicable, las opiniones críticas debían necesariamente dirigirse a los individuos titulares de las instituciones, y no a las instituciones en sí mismas consideradas.¹³ Con ello se amplió el ámbito de aplicación del antiguo *libel of magistrates*, aumentando el número de supuestos subsumibles en la figura delictiva.

Desde una perspectiva contemporánea no resulta en modo alguno exagerado calificar la institución del libelo sedicioso como «la máscara jurídica de una represión política».¹⁴ Un mero repaso a la aplicación de la figura muestra con claridad como esta fue un eficaz instrumento de perpetuación del poder a través del cual se criminalizó cualquier vestigio de oposición política y se transformó el mero disenso en herejía política. Sin embargo, desde la perspectiva ideológica existente en el momento de su formulación, la calificación que recibe la figura del libelo sedicioso es bien distinta. Desde esta óptica, las ideas que cuestionan el orden establecido (ya sea este moral, religioso, y sobre todo político) son vistas como criminales elementos de agitación y de desestabilización para cuya represión se encuentra plenamente habilitado el titular de la soberanía.¹⁵ Con ello, se excluye radicalmente cualquier posibilidad de crítica o disidencia por parte de los particulares,¹⁶ cuya hipotética participación en un, igualmente hi-

¹¹ 77 Eng. Rep., 250.

¹² 90 Eng. Rep., 1134.

¹³ Utilizando el ejemplo propuesto por P. HAMBURGER, antes del asunto *Queen v. Hutchin* entrarían dentro del ámbito de aplicación del *libel of magistrates* las críticas a los jueces de *Westminster*, pero no las dirigidas al sistema judicial en general. (Véase P. HAMBURGER, *op. cit.*, pág. 700).

¹⁴ Véase J. KOFFLER & B. GERSHMAN, «The New Seditious Libel», *Cornell Law Review*, n.º 69, 1984, pág. 816.

¹⁵ Un estudio, dentro de la bibliografía española, sobre las distintas construcciones doctrinales acerca de la soberanía, existentes en Gran Bretaña durante este periodo puede verse en J. VARELA SUANZES-CARPEGNA «La soberanía en la doctrina británica. (De Bracton a Dicey)», *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 1, 1998, pág. 87 y ss.

¹⁶ Todas las concepciones de la soberanía existentes en Gran Bretaña durante los siglos XVII y XVIII excluyen, de modo directo o implícito, la posibilidad de que los individuos puedan deliberar directamente en los asuntos públicos, y mostrarse críticos con sus gobernantes. Así, por ejemplo, para W. Blackstone la única función que tenía encomendada el pueblo era «elegir a sus representantes» (Véase J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *op. cit.*, pág. 132).

potético, debate público es contemplada como una desestabilización de la paz y el orden públicos.¹⁷

El libelo sedicioso parece, pues, una institución indisoluble y necesariamente asociada a determinados modelos y regímenes políticos que parten de premisas conceptuales que podríamos denominar no democráticas, pareciendo, en cambio, dificultoso su encaje en un sistema democrático como el establecido por la Constitución norteamericana. Más adelante tendrá ocasión de verse cómo intentarán sortear los federalistas esta aparente contradicción teórica al defender la constitucionalidad de la *Sedition Act*. Pero antes de abordar este aspecto, debe exponerse el particular modo en que el libelo sedicioso es recogido en esta ley.

3. El libelo sedicioso en la *Sedition Act*

En su redacción definitiva¹⁸ la *Sedition Act* se dividía en 4 secciones, siendo en las secciones segunda y tercera en las que se contenía la regulación de la figura delictiva del libelo sedicioso.¹⁹

El marco básico de esa regulación se contenía en la sección segunda de la ley en la que se prevenía que se castigase, con multa no superior a 2000 dólares y con pena de prisión no superior a dos años: «la redacción, impresión, declaración o publicación de cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el gobierno, contra el Congreso o contra el presidente de los EE. UU. con

¹⁷ Esto es plenamente visible en la fundamentación que W. BLACKSTONE hace del libelo sedicioso en sus célebres *Comentarios a las leyes de Inglaterra (1765-1769)* al afirmar que «...castigar -como el Derecho en la actualidad hace- los escritos peligrosos u ofensivos cuando, una vez publicados y tras un proceso imparcial y justo, se considere que tienen una tendencia perniciosa, es necesario para la preservación de la paz y del buen orden, del Estado y de la religión; los únicos fundamentos sólidos de la libertad civil...». Véase W. BLACKSTONE *Commentaries on the Laws of England*, William S. Hein & Co, New York, 1992, vol. IV, pág. 152.

¹⁸ Como es de esperar en un texto de esta complejidad política, la *Sedition Act* fue objeto de numerosas enmiendas antes de su aprobación definitiva cuyo análisis sobrepasa las pretensiones de este trabajo. No obstante, sirvan como muestra de ese debate dos iniciativas. La propuesta -finalmente rechazada por ser demasiado «extrema»- de considerar «sediciosa» la afirmación de que los representantes políticos de los norteamericanos aprobaban leyes contrarias a los intereses del pueblo y restrictivas de sus derechos y libertades. También, la igualmente abortada propuesta planteada por Harper, de introducir una cláusula que declarase que nada de lo establecido por la ley era contrario a la garantía que para la libertad de expresión y de prensa contiene la Constitución de los EE. UU. La mayoría de los congresistas consideró que esta idea de Harper debía rechazarse porque la introducción de una fórmula de esta naturaleza aumentaría -en lugar de disipar- las dudas que sobre la constitucionalidad de la ley pudieran plantearse. Para un estudio más pormenorizado de estos trabajos preparatorios de la *Sedition Act* puede verse el interesante estudio de J. M. SMITH, *Freedom's Fetters, The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, Cornell University Press, Nueva York, 1956.

¹⁹ En la Sección Primera se castigaban con multa no superior a 5000 dólares y con pena de prisión de entre 6 meses y 5 años una serie de conductas que podemos reconducir al concepto general de «participación en motines y actos de insurrección». El contenido de esta parte de la ley era aceptado por los representantes del partido republicano y apenas se hizo mención de la misma durante los debates parlamentarios previos a la aprobación de la ley. Por su parte, en la Sección Cuarta, se establecía el ámbito de aplicación temporal de la ley, aclarándose que la *Sedition Act* estaría en vigor hasta -y únicamente hasta- el 3 de marzo de 1801, fecha que coincidía con el último día del mandato del presidente Adams.

la intención de difamarlos, de provocarles desacato o mala reputación, o de instigar contra ellos el odio del buen pueblo de los EE. UU., o de provocar “sediación” dentro de los EE. UU. o de promover asociaciones ilegales para oponerse a las leyes válidamente aprobadas o de apoyar los planes de potencias extranjeras contra los EE. UU.».

Por su parte, en la sección tercera se aclaraban y concretaban determinados aspectos procesales referidos a la figura delictiva contenida en la sección anterior.²⁰

Al incorporar de este modo el libelo sedicioso al derecho norteamericano,²¹ el legislador estadounidense introdujo algunos cambios de cierta importancia en la articulación técnica de la figura respecto a los que habían sido sus elementos caracterizadores en Gran Bretaña.²² Cambios, que a la postre, como veremos, resultarían ser más formales que reales y que apenas tuvieron incidencia en la interpretación y aplicación judicial de la *Sedition Act*.

Tres fueron las grandes variaciones introducidas por la *Sedition Act* respecto a la configuración técnica tradicional del libelo sedicioso; la posibilidad de alegar «la verdad» de lo expresado o publicado como medio de defensa; la configuración de la intención sediciosa como un requisito o elemento del delito; y el papel asignado al jurado en el conocimiento de este tipo de causas.

La posibilidad de alegar y demostrar la verdad de lo publicado o expresado como medio de defensa no fue posible en el derecho inglés hasta su tardía intro-

²⁰ Así, se admitía expresamente la demostración de la verdad de lo escrito o publicado (*exceptio veritatis*) como mecanismo de defensa frente a la eventual imputación de haber escrito o publicado un libelo, de modo que podían cometerse las conductas típicas que estaban en la base de la definición de la figura delictiva, y no derivarse de ello responsabilidad penal si el infractor acreditaba «la verdad» de lo escrito o publicado.

De igual modo, también se precisaba cuál era el papel a desempeñar por el jurado cuando conociera de estas causas de libelo sedicioso aclarándose que «el jurado tendrá el derecho a determinar el derecho y los hechos bajo la dirección del Tribunal, como sucede en otros casos».

²¹ Existe una amplia bibliografía sobre esta incorporación de la figura del libelo sedicioso *del Common Law* al derecho norteamericano. En la redacción de este trabajo se ha utilizado, sobre todo, los estudios de A. J. KOSHNER, «The founding fathers and political speech: The first amendment, the press and the Sedition Act of 1798», *Saint Louis University Public Law Review*, n.º 6, 1987, págs. 395 y ss. Y, sobre todo, de D. JENKINS «The Sedition Act of 1798 and the incorporation of Seditious Libel into First Amendment Jurisprudence», *American Journal Legal History*, n.º 45, 2001, pág. 154 y ss.

²² Entre las causas que inspiraron a los redactores de la *Sedition Act* para introducir esas variaciones, y ese cierto espíritu de alejamiento respecto al modelo tradicional británico, parece haber tenido mucha importancia el influjo que en la América colonial tuvo la ideología republicana y *Whig* de principios del siglo XVIII. Esta influencia fue plenamente visible, por ejemplo, en la argumentación que el famoso abogado cuáquero Andrew Hamilton hizo en uno de los asuntos más trascendentes de la época -*la Causa Zenger (1735)*- En esta causa, Hamilton ya aludió a la necesidad de que se permitiese a su defendido demostrar la «verdad» de lo publicado y que el jurado pudiese enjuiciar el carácter sedicioso que se atribuía al libelo. Sobre el influjo de estas corrientes intelectuales en la América colonial y prerrevolucionaria véase B. BAYLIN *The ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 1967, pág. 34 y ss.; Sobre la situación de la libertad de expresión y de prensa en la América prerrevolucionaria véanse los trabajos de L. LEVY *Emergence of a free Press*, Oxford University Press, New York, 1985, pág. 16-62, y 119-142, y *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, 1996, y - en la bibliografía española M. N. SALDAÑA DÍAZ «A Legacy of Supresión (II): Del Control de la información y opinión en la América colonial y prerrevolucionaria. La emergencia de la libertad de prensa», *Derecho y Conocimiento*, vol. 3, 2004-2005, pág. 1 y ss.

ducción a través de la *Campbell Act* en 1843. La razón tradicionalmente esgrimida para no introducir esta excepción era que aquello que pretendía ser castigado a través del delito de libelo sedicioso no era la falsedad de lo publicado o expresado, sino el hecho de que tales expresiones o publicaciones pudiesen alterar la paz y orden públicos.²³ Más aún, incluso en algunos casos llegó a sostenerse la tesis de que el carácter verídico de las publicaciones críticas con el gobierno lejos de funcionar como atenuante de la responsabilidad penal de su autor, debía ser configurado como un agravante, por cuanto el peligro para el mantenimiento del orden público que tales publicaciones causaban era mayor que el de aquellas notoriamente falsas.²⁴

La *Sedition Act* al establecer, en cambio, la posibilidad de que el acusado de haber cometido un libelo sedicioso quedase exonerado de su eventual responsabilidad penal mediante la prueba de la verdad de las afirmaciones contenidas en su publicación alteraba sustancialmente la comprensión tradicional de la institución. Y es que a través de la *exceptio veritatis* solo pasaban a tener la consideración de sediciosas, aquellas opiniones críticas pero falsas, o mejor dicho cuya verdad no hubiera podido demostrarse totalmente.²⁵ Mientras que, *a sensu contrario*, las opiniones cuya «verdad» hubiera quedado acreditada, aunque fueran críticas, quedaban excluidas de sanción penal. El alcance real de este cambio, será, en todo caso, como tendrá ocasión de comprobarse, mucho menor de lo que en un principio pudiese parecer.

El segundo de los aspectos en los que la *Sedition Act* introducía innovaciones, respecto a la configuración que se había hecho en el *Common Law* del libelo sedicioso, se refería a la *mens rea*²⁶ requerida en el autor del libelo para que existiese el delito. La exigencia expresa de un *specific intent*²⁷ en el autor de «las expresiones o escritos falsos, escandalosos o maliciosos» introducida por la *Sedition Act* supuso una novedad, respecto al tratamiento que había recibido la cuestión en el *Common Law*,²⁸ y que en la práctica avocaba a una definición objetivista del libelo sedicioso en la que la mera constatación de la naturaleza o carácter sedicioso de lo publicado o expresado agotaba la exigencia de los elementos definidores del tipo penal. Frente a esa tradición, de la redacción del tipo penal introducida por la *Sedition*

²³ Véase W. BLACKSTONE, *op. cit.* (vol. IV) pág. 150.

²⁴ Véase G. STONE *Perilous Times. Free Speech in Wartime*, Norton, New York, 2004, pág. 42.

²⁵ Este matiz es importante porque la carga de la prueba no corresponde en este caso, como es habitual en el Derecho Penal, al que afirma la culpabilidad sino al que defiende su inocencia.

²⁶ Por *mens rea* se entiende en el Derecho Penal anglosajón al «estado mental que acompaña a la realización de un acto prohibido» al que se denomina *actus reus* (Véase S. GIFIS, *Law Dictionary*, Barrons Legal Studies, New York, 3.ª edic., 1991, pág. 296.

²⁷ Obsérvese que la *Sedition Act* no exige solamente que la realización o la publicación del libelo haya sido consciente y voluntaria –lo que en el Derecho Penal anglosajón se denominaría *general intent*–, sino una intencionalidad más específica de lograr un objetivo concreto (Los escritos «falsos, escandalosos o maliciosos» deben tener «la intención» de difamar, de provocar desacato o mala reputación, de provocar «sedición», etcétera).

La distinción entre *general* y *specific intent* es muy habitual en la teoría penal anglosajona, pero a veces resulta confusa por cuanto los términos se utilizan con más de un sentido. Sobre los significados posibles de *general* y *specific intent* véase G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000, págs. 453 y 454.

²⁸ Sobre este tratamiento ambiguo véase, entre otros, P. HAMBURGER, *op. cit.*, págs. 703-708.

Act se derivaba que la naturaleza o carácter sedicioso de lo expresado o publicado era condición necesaria, pero no suficiente del delito, condicionándose además la existencia del libelo sedicioso a la verificación previa de una intencionalidad sediciosa en su autor.²⁹

Por último, con la afirmación de que «el jurado que conozca de estas causas será competente para determinar los aspectos de derecho y los fácticos bajo la dirección del Tribunal, como en otros casos» -contenida en la sección tercera de la ley-, se abría el camino para que fuera el jurado, y no el Tribunal, el que pudiera valorar la naturaleza o carácter sedicioso de lo publicado o expresado y para que, por tanto, no se le atribuyera únicamente el conocimiento de unos hechos sino, también, la decisión sobre su tipificación penal.³⁰ Con ello, se alteraba la tradición existente en el *Common Law* inglés en la materia,³¹ y se introducía lo que se consideraba una legitimación democrática en la regulación de la institución, al atribuir la competencia para definir qué debía considerarse sedicioso y qué no, directamente al «pueblo», y no a uno de los poderes del Estado.

Sin embargo, todas estas innovaciones fueron mucho menos importantes en la práctica de lo que su definición teórica parecía dar a entender, y de ese modo, un examen de la interpretación y aplicación judicial de la *Sedition Act*³² muestra

²⁹ Véase T. F. CARROLL, «Freedom of speech and of the press in the federalist period: The Sedition Act», *Michigan Law Review*, 1919, pág. 641

³⁰ Confirma esta explicación el análisis que sobre este tema hace el representante del partido republicano Gallatin, cuando afirma que «es un principio del Derecho que un jurado en las causas criminales juzgue no solo los hechos sino la criminalidad de los mismos. De modo que, en un juicio por asesinato el jurado en su veredicto no solo declara que A ha matado a B, sino si esa conducta es criminal y en qué grado.... Siguiendo con el mismo principio, es evidente que en las causas por libelo el jurado no solo debería tener el derecho de decidir acerca de si el acusado era su autor o editor sino también acerca de si tal publicación era criminal o no; si era libelo o no». (Véase *Annals*, 5th Congress, II, 2137).

³¹ En Inglaterra se reservaba al jurado la mera constatación fáctica de que el acusado había sido el autor de las expresiones o publicaciones que se enjuiciaban, mientras que el carácter sedicioso de las mismas se consideraba una «cuestión de derecho» y que, por tanto, debía ser resuelta por el Tribunal.

³² No se sabe con certeza en cuántas ocasiones se aplicó la *Sedition Act*. F. M. ANDERSON afirma que bajo tal legislación fueron detenidas 24 o 25 personas, de las cuales fueron acusadas 15, y que las 10 que fueron juzgadas, fueron finalmente declaradas culpables (Véase F. M. ANDERSON «The enforcement of the Alien and sedition laws», *Annual Report of the American Historical Association*, 1912, pág. 120).

De todos los procesos los más importantes tuvieron como encausados a relevantes personalidades del momento como, Mathew Lyon, Anthony Haswell, Thomas Cooper y James Callender.

El político republicano Matthew Lyon, por ejemplo, fue la primera persona acusada bajo la *Sedition Act*. Lyon era un político visceral que había protagonizado acaloradísimas discusiones parlamentarias debido a las cuales se había granjeado una pésima reputación en los periódicos federalistas. Cuando se aprobó la *Sedition Act*, Lyon afirmó: «Sin duda, yo seré uno de los primeros a los que se aplique esta Ley». Sus pronósticos se cumplieron y el 7 de octubre de 1798 comenzó el juicio en que se le acusaba de haber difamado al presidente y al gobierno de los EE. UU. con un propósito sedicioso. El motivo concreto de la acusación fue una carta en la que Lyon decía del presidente Adams que «no tenía en cuenta ninguna consideración de interés público en su continua ambición de poder, en su inextinguible sed de pompa ridícula, de adulación necia y de avaricia egoísta»

Anthony Haswell, director de un influyente periódico del momento, el *Vermont Gazette*, fue juzgado bajo la *Sedition Act*, tras haberse encargado de organizar una colecta popular dirigida a pagar la multa que se le había impuesto a Lyon. Haswell utilizó su periódico para anunciar la colecta y para

que su aparente especificidad respecto a los modelos y antecedentes británicos fue más formal que material y en definitiva, más virtual que real.

Respecto a la posibilidad de alegar la verdad de lo expresado o publicado como medio de defensa, las causas de su falta de operatividad práctica están relacionadas, por un lado, con el problema teórico de si las opiniones políticas –que, en definitiva, es lo que se está castigando a través de este delito– pueden ser «verdaderas» o «falsas» y, en su caso, cómo puede demostrarse en un proceso esa «verdad»,³³ y por otro, con la rigurosa interpretación que los Tribunales hicieron de la excepción. Así, en el *caso Cooper* se afirmó que no bastaba con demostrar «la verdad» de parte de lo afirmado en el libelo para desvirtuar la acusación sino que era preciso demostrar «la verdad» de todas y cada una de las afirmaciones efectuadas.³⁴ Y en el *caso Callender*, por su parte, se estableció la regla de que, cuando se hiciese uso de la prueba testifical para apoyar la verdad de lo publicado o expresado, no podrían utilizarse diferentes testigos para demostrar las diferentes

explicar sus motivaciones en un artículo, en que afirmaba que «la mano opresiva del poder usurpado tiene a vuestro representante (Mathew Lyon) en una odiosa prisión, privado casi del derecho de la razón y sufriendo todas cuantas indignidades puede acumular sobre él un salvaje de pétreo corazón que, para desgracia del federalismo, ha sido elevado a un puesto desde el que puede saciar su barbarie en la miseria de sus víctimas». Por tales afirmaciones Haswell fue enjuiciado bajo la *Sedition Act*, y condenado a una multa de 200 dólares, y 2 meses de prisión. Por su parte, Thomas Cooper era el director de un periódico de Pennsylvania –el *Northumberland Gazette*– que en 1799 se había convertido en uno de los diarios norteamericanos más críticos con el gobierno federalista de Adams. El 26 de octubre de 1799, en un periódico republicano se difundió el rumor de que la animadversión política que Cooper mostraba a través de su periódico hacia el gobierno de Adams podía deberse a un rencor personal, motivado porque dos años antes Cooper había pedido –sin éxito– la recomendación de Adams para conseguir un trabajo en la Administración. Cooper quiso entonces dar una explicación a sus lectores y publicó un artículo en su periódico en el que explicaba que: «No considero impropio hacer una petición al Sr. Adams para trabajar en su Administración. En el tiempo en que el Sr. Adams accedió a su cargo estaba apenas en la infancia del error político, los mismos que dudaban de su capacidad le creían bienintencionado. No llevábamos todavía a costas el gasto de una armada permanente ni estábamos amenazados con la creación, bajo sus auspicios, de un ejército también permanente. Nuestro crédito no había llegado a ser tan extremo como para tomar dinero prestado a un interés del ocho por ciento en tiempos de paz...». Las afirmaciones contenidas en esta Carta hicieron que se le juzgase bajo la *Sedition Act* y que, finalmente, se le condenase a una pena de prisión de 6 meses y a abonar una multa de 400 dólares.

Por último, en el caso de James Callender, su procesamiento bajo la *Sedition Act* vino motivado por la publicación de su libro *The prospect before us (Lo que nos espera)*. Se trataba de un libro de contenido claramente electoral, en el que se desacreditaba al presidente Adams, y en el que se pedía el voto para Jefferson en las próximas elecciones como única solución para frenar la grave decadencia en que a su juicio el Gobierno federalista había sumido a los EE. UU. Con tal propósito se afirmaba entre otras cosas que Adams era «un aristócrata declarado que había resultado leal servidor de los intereses británicos». Por esas afirmaciones, James Callender fue declarado culpable y condenado a una pena de prisión de 9 meses, y a una multa de 200 dólares. (Un relato más pormenorizado de todos estos procesos puede verse, entre otros, en G. STONE, *Perilous Times. Free Speech in Wartime*, *op. cit.*, pág. 48-63).

³³ Este problema fue puesto de relieve –entre otros– por Madison, quien afirmó que «las opiniones, las inferencias, las observaciones conjeturales no pueden estar sujetas a la clase de prueba que se exige a los hechos ante un tribunal». (Véase J. MADISON, *Writings of James Madison*, vol. VI, Putnam, New York, 1906, pág. 396. En el mismo sentido, y entre la doctrina, véase F. M. ANDERSON, *op. cit.*, pág. 126.

³⁴ *Cooper case*, en F. WHARTON, *State Trials during the Administration of Washington and Adams*, Cary and Hart, Filadelfia, 1849, págs. 676-677.

afirmaciones sino que la desvirtuación de la acusación de libelo debía llevarse a cabo con un único testigo.³⁵

Por su parte, el requisito de la intencionalidad sediciosa en el autor del libelo y la posibilidad de que el jurado decidiese no solo sobre el elemento fáctico de la autoría del libelo, sino también sobre el elemento jurídico de su «carácter sedicioso» (y por ende «criminal»), también se difuminaron en la aplicación judicial de la ley. La causa de esta desvirtuación fue la misma en ambos casos; las minuciosas y rigurosas instrucciones que el Tribunal dirigía al jurado en las causas por sedición.³⁶ Por un lado, esas instrucciones contenían una aplicación automática del elemento subjetivo de «la intencionalidad sediciosa», afirmándose su concurrencia en el caso siempre que el elemento objetivo de «la naturaleza o carácter sedicioso» de lo publicado y expresado estuviera presente. Por otro, con dichas instrucciones, el Tribunal invadía materialmente las esferas de decisión que, en principio, la ley reservaba formalmente al jurado, el cual, de este modo más que a determinar el carácter criminal o no del libelo, quedaba limitado a corroborar o legitimar los juicios que en relación al mismo había emitido previamente el Tribunal.

La importancia de las innovaciones introducidas por la *Sedition Act* en la concepción del libelo sedicioso es, por todo ello, claramente moderada. Aunque es visible observar en el espíritu de esas innovaciones un esfuerzo por modernizar la institución, no se produce, en modo alguno, una ruptura con las premisas conceptuales de partida del libelo sedicioso. Al contrario, la *Sedition Act* no es más que otro hito en la larga historia de la evolución de esta figura delictiva. Si, además, la aplicación judicial de la ley diluyó –del modo que hemos visto– la repercusión práctica de esos cambios, la conclusión anterior es aún más evidente. Con ello, la gran trascendencia de la *Sedition Act* no se encuentra en su regulación ni en su aplicación judicial, sino en el debate político³⁷ que se generó entorno a su constitucionalidad. Un debate, en el que además de discutirse los límites competenciales tanto del poder federal, como del de los Estados, se polemizó sobre qué quería

³⁵ *Callender case*, en F.WHARTON, *op. cit.*, pág. 707.

³⁶ Un ejemplo puede verse en las instrucciones que el juez Chase dirigió al jurado en el Caso Cooper al afirmar «...Se ha probado que esa era su publicación (del acusado). Es vuestra tarea asociar la intencionalidad con ella, y verlo todo en conjunto... Tomad esa publicación por cualquiera de sus partes, y es la más descartada tentativa que he conocido para envenenar los pensamientos de la gente...» (*Cooper case*, en F.WHARTON, *op. cit.*, pág. 671).

³⁷ El debate en torno a la constitucionalidad de la *Sedition Act* fue eminentemente político, y no jurisprudencial. En efecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos no tuvo ocasión de pronunciarse sobre la *Sedition Act* durante su vigencia. Sin embargo, de haberlo hecho, seguramente habría confirmado su constitucionalidad. Avala esta tesis, en primer lugar, el hecho de que la mayoría de jueces que componían el Tribunal durante este periodo fuesen «federalistas», y en segundo lugar los pronunciamientos favorables e incluso elogiosos que sobre la ley hicieron varios magistrados de manera indirecta y a título individual.

Así los jueces Chase y Patterson que tuvieron que presidir el Tribunal en cuatro de las causas en que se aplicó la *Sedition Act* mostraron en estos procesos una clarísima actitud de apoyo hacia tal legislación. Los magistrados Cushin, en una instrucción dada al Gran Jurado de Virginia el 23 de septiembre de 1798, e Iredell en una instrucción dada al gran jurado de Filadelfia el 11 de abril de 1799, defendieron la *Sedition Act* como «una mejora de la ley inglesa». El magistrado Ellsworth, por su parte, se mostraba elogioso con el contenido de la ley en su correspondencia privada con Timothy Pickering, secretario de Guerra del gobierno Adams, en aquella época. (Véase en ese sentido E. H. HUDON, *op. cit.* pág. 85).

decir exactamente aquella cláusula de la Constitución que prohibía al Congreso federal aprobar cualquier norma que restringiese o coartase la libertad de expresión y de prensa: la Primera Enmienda.³⁸

4. El debate acerca de la constitucionalidad de la *Sedition Act*

4.1. *La titularidad de la competencia para regular el libelo sedicioso*

Además de por vulnerar la Primera Enmienda, los republicanos también sostuvieron que la *Sedition Act* era una norma inconstitucional por cuanto, había sido aprobada por un órgano –el Congreso federal– sin competencia para hacerlo.

En principio, ninguna cláusula de la Constitución de los EE. UU. atribuía expresamente competencia a los poderes federales para legislar sobre cuestiones relacionadas con «la prensa» y únicamente la cláusula *proper and necessary* contenida en el art. I, Sección 8, parágrafo 18 de la Constitución de los EE. UU.³⁹ podía ser esgrimido como título competencial de carácter normativo capaz de atribuir al Gobierno federal competencias para regular, en algunos casos, aspectos relacionados con la prensa. La cuestión estribaba, pues, en determinar a) si la federación solo era titular de las competencias que la Constitución le había atribuido expresamente o si, de modo distinto, se la podía considerar titular de determinadas competencias que aunque no mencionadas expresamente en el texto podían deducirse de una lectura sistemática y global del mismo, y b) si a través de la cláusula *proper and necessary*, el Congreso federal podía investirse de la capacidad para adoptar una norma con el contenido de la *Sedition Act*.

Fue precisamente en relación a estos dos aspectos donde surgieron las interpretaciones divergentes que de la cuestión hicieron los republicanos y los federalistas.

A) La postura republicana

Conscientes de su minoría en el Congreso, los líderes republicanos Jefferson y Madison trataron de aprovechar su mayoría en las Cámaras legislativas de algunos de los Estados de la Unión para presionar al Gobierno federal a retirar la ley, convirtiendo a los Estados –por utilizar la gráfica expresión de J. R. Sharp⁴⁰ en «los bastiones de resistencia frente a la represión proveniente de la legislación federal».

Así, las legislaturas de Kentucky y de Virginia aprobaron el 10 de noviembre de 1798 y el 21 de diciembre de 1798, respectivamente, sendas Resoluciones en

³⁸ Véase J. M. SMITH, *op. cit.*, pág. 148.

³⁹ Dicha cláusula atribuye al «Congreso» (es decir al poder legislativo federal) una competencia genérica para aprobar leyes sobre materias en principio no federales siempre y cuando su aprobación resulte necesaria (*necessary*) y apropiada (*proper*), o sea adecuada y proporcionada para el ejercicio y la ejecución de las competencias que si son expresamente atribuidas a la federación.

⁴⁰ Véase J. R. SHARP, *American Politics in the Early Republic: The new Nation in Crisis*, Yale University Press, New Haven, 1993, pág. 193.

que se calificaba como inconstitucional a la *Sedition Act*, y se instaba al resto de Estados a unirse a su rechazo a esta inadmisibles legislaciones federal.⁴¹

La tesis sostenida por los republicanos, claramente visible en estas resoluciones, se basaba, en primer lugar, en una negación de la existencia de poderes implícitos en manos de la federación y, en segundo lugar, en una interpretación restrictiva de los supuestos a los que debía aplicarse la cláusula *proper and necessary*.

Según los republicanos, la federación no era titular de más competencias que las que le atribuía expresamente la Constitución, debiendo rechazarse categóricamente y rotundamente la hipótesis de la existencia de unos poderes implícitos de deducción sistemática por cuanto aceptar tal teoría crearía una gran inseguridad jurídica ante la dificultad de determinar cuáles eran esas competencias implícitas y cuál era el órgano competente para hacerlas explícitas. En cuanto a la cláusula *proper and necessary* no podía servir en ningún caso para atribuir nuevas competencias a la federación. Tal interpretación resultaba obligatoria si se quería evitar un desmantelamiento de los principios jurídicos de funcionamiento más elementales en que se basaba la Unión federal, ya que, si no se acotaban de manera rigurosa los supuestos en los cuales dicha previsión pudiera resultar de aplicación, el sistema de competencias tasadas que los Estados habían atribuido a la federación quedaría totalmente desvirtuado, al convertirse la cláusula *proper and necessary* en un título competencial en blanco en manos de la federación.

De ese modo, el razonamiento «republicano» acababa por concluir que la federación tenía competencia sobre una determinada materia 1.º) cuando la Constitución realizaba una atribución expresa en ese sentido y 2.º) cuando a pesar de no haber esa atribución expresa, pudiese resultar de aplicación la cláusula *proper and necessary*, debiendo en esos casos identificarse cuál era la competencia atribuida expresamente que se estaba ejercitando y verificar después si para la ejecución de la misma resultaba necesario (*necessary*) y apropiado (*proper*) –o sea adecuado y proporcionado– adoptar medidas legislativas referidas a competencias no atribuidas expresamente a la Unión.

Aplicada esa hermenéutica general a la *Sedition Act*, resultaba claro que la Constitución no atribuía expresamente ninguna competencia al Congreso federal en materia de prensa y que la cláusula *proper and necessary* no podía resultar de aplicación en este caso. A tal conclusión habría que llegar –según los republicanos– a poco que se pensase en cuál era la competencia que el Congreso federal estaba ejercitando al aprobar la *Sedition Act*, y la relación entre la ejecución de esa competencia y la restricción de la libertad de palabra y de prensa que acababa implicando el libelo sedicioso.

En otro de los documentos que nos proporcionan una información más precisa de la postura republicana frente a la *Sedition Act*, el *Informe presentado a la Cámara legislativa de Virginia en 1799 sobre la Sedition Act*, Madison explicará muy bien esta tesis al afirmar que el poder menos remoto (que se puede

⁴¹ A pesar de ese llamamiento expreso ningún otro Estado apoyó la iniciativa de Kentucky y de Virginia, y lejos de apoyarla diez Estados se mostraron muy críticos y disconformes. Así la Cámara de Maryland la consideró «altamente inapropiada», y la Cámara de Vermont censuró que se estuviese usurpando una función (la de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes) de los Tribunales.

entender que el Congreso está ejercitando al aprobar la *Sedition Act*) es seguramente el de «suprimir insurrecciones» (*supress insurrections*),⁴² y que dentro de tal poder seguramente también debería considerarse incluido la competencia para «prevenir» las insurrecciones castigando a sus líderes o a sus participantes, pero que lo que no es tan seguro es que una regulación sobre la prensa, y la criminalización de los libelos, sean ejercicios de ese poder de «suprimir insurrecciones». Lo más que podría admitirse –continúa explicando Madison– es que cuando se convierte en delito la publicación de esos libelos –suponiendo que estos tuvieran el carácter que se les atribuye– se está previniendo la necesidad de tener que aprobar leyes para suprimir insurrecciones, pero este supuesto parece muy lejos de poder ser incluido dentro de los casos en que puede ser aplicada la cláusula *proper and necessary*.⁴³

La conclusión de todo ello para los republicanos no podrá ser otra más que entender que el Congreso federal no es competente para aprobar una norma que regule las materias de las que se ocupa la *Sedition Act* y que por ello es inconstitucional.

B) La postura federalista

Los federalistas –a diferencia de los republicanos– defenderán en primer lugar la teoría de los poderes implícitos, y, en segundo lugar, una aplicación menos restrictiva de la cláusula *proper and necessary*.

Según ellos, la Constitución atribuía expresamente unas competencias a la Federación, pero además de ese grupo de competencias «explícitas» habría otro grupo de competencias «implícitas» claramente deducibles de una lectura global del texto constitucional, y de una interpretación teleológica del mismo. Entre ese grupo de «poderes implícitos» (y relacionado con los presupuestos mismos de la soberanía) se encontraría por ejemplo el «derecho de auto-conservación» (*right of self preservation*) en el que algunos –como el juez Chase–⁴⁴ consideraban podría fundamentarse la legitimación competencial del Congreso federal para castigar la publicación de libelos sediciosos.

Por otra parte, y a diferencia de la restrictiva visión que los republicanos mostraban de los supuestos a los que debía aplicarse la cláusula *proper and necessary*, los federalistas no mostraron ningún recelo a que a través de esa cláusula la federación pudiese acceder a competencias en principio no reservadas para ella. Un ejemplo tremendamente expresivo de las opiniones de los federalistas hacia esa cláusula, la mostró el juez Iredell al afirmar en el caso de *los insurgentes de Northampton* que «lo que sea necesario y adecuado en relación

⁴² La titularidad de tal competencia se atribuye a la Federación en el art. I, Sección 8, parágrafo 15 de la Constitución de los EE. UU.

⁴³ Véase J. MADISON, *op. cit.*, pág. 383-384.

⁴⁴ «... Todos los Estados sobre los que yo he leído u oído hablar castigan los libelos que les atacan. Si un hombre trata de destruir la confianza del pueblo en sus representantes, sus supremos magistrados, o sus Cámaras legislativas, ese hombre está debilitando los fundamentos del Estado...» (véase *Cooper Case*, en F. WHARTON, *op. cit.*, pág. 670-671).

a un particular asunto no puede ser lógicamente predefinido, sino que debe depender de las variadas circunstancias del caso, las cuales ningún humano puede prever. Lo que sea necesario y adecuado en un tiempo de confusión y de desorden no tiene por qué ser necesario y adecuado en un tiempo de tranquilidad y de orden. Todo esto son consideraciones y juicios jurídicos que el poder legislativo debe hacer de acuerdo con su real consideración de la necesidad y proporcionalidad de cada acto concreto».⁴⁵

Para los federalistas queda claro entonces que el Congreso Federal, ya fuera a través de la afirmación de la existencia de poderes implícitos de deducción lógica o teleológica, ya fuera en virtud de la cláusula *proper and necessary*, tenía competencia para aprobar la *Sedition Act*, careciendo por ello de todo fundamento cuestionar la constitucionalidad de la ley por este motivo.

4.2. La Primera Enmienda y la constitucionalidad del libelo sedicioso

¿Qué habrían querido decir los *Founding Fathers* –los Padres Fundadores– al establecer que «El Congreso... no aprobará ley alguna que coarte la libertad de expresión o de prensa»?⁴⁶ ¿Era el libelo sedicioso inconstitucional en virtud de la Primera Enmienda? ¿Es el libelo sedicioso incompatible con la noción misma de democracia?

Desde una perspectiva contemporánea, es un hecho indiscutido que la facultad de los particulares de poder emitir expresiones críticas o desfavorables respecto al Gobierno, sin sufrir por ello la acción coactiva y represiva del poder público forma parte del contenido de la libertad de expresión y de prensa y es un presu-

⁴⁵ Véase *Northampton insurgents Case*, en F. WHARTON, *op. cit.*, pág. 479.

⁴⁶ El debate acerca del sentido que los redactores de la Constitución querían conferir a la Primera Enmienda ha llegado hasta nuestros días: Frente a la tesis clásica popularizada por Z. CHAFEE (Véase *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Cambridge, 1969, 2.ª edición, pág. 21), y pacíficamente asumida entre la doctrina norteamericana durante décadas, de que aquellos pretendían erradicar del Derecho Norteamericano el libelo sedicioso, L. LEVY sostuvo en 1960 que el significado originario de la Primera Enmienda era prohibir la censura previa, pero no –como había defendido Z. CHAFEE– el libelo sedicioso. Las tesis de L. LEVY, expuestas primero en el libro *Legacy of Supresión: Freedom of Speech and Press in Early American History*, Harvard University Press, Cambridge, 1960, y, posteriormente, parcialmente reformuladas en sus trabajos «On the Origins of the Free Press Clause», *University of California Law Review*, vol. 32, 1984, pág. 177 y ss., y *Emergence of a Free Press*, Oxford University Press, New York, 1985 han generado un interesante debate en la doctrina norteamericana. Sobre el mismo véase, entre otros, D. ANDERSON «The origins of the Free press clause», *University of California Law Review*, vol. 30, 1983, pág. 456 y ss.; D. RABAN «The Ahistorical Historian: Leonard Levy on Freedom of Expression in Early American History», *Stanford Law Review*, vol. 37, 1985, pág. 795 y ss. y la polémica directamente mantenida entre W. MAYTON y L. LEVY en los artículos W. MAYTON «Seditious Libel and the lost guarantee of a freedom of expresión», *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, pág. 91 y ss.; L. LEVY «The Legacy Reexamined», *Stanford Law Review*, vol. 37, 1985, pág. 767 y ss. y W. MAYTON «From Legacy to Suppression to the Metaphor of the Fourth State», *Stanford Law Review*, vol. 39, 1986, pág. 139 y ss.

De todos modos, debe repararse en que, mientras que para los federalistas y los republicanos la discusión en torno al significado originario de la Primera Enmienda tenía importantes repercusiones en el plano jurídico; en la actualidad la trascendencia del debate es meramente académica.

puesto irrenunciable de todo sistema democrático.⁴⁷ Sin embargo, a finales del siglo XVIII, en el momento de la controversia de la *Sedition Act* esta tesis no era en modo alguna mayoritaria y pacíficamente admitida, sino que, muy al contrario, su proposición por la minoría republicana –en contra de la posición mantenida por la mayoría federalista– supuso una verdadera novedad en la filosofía constitucional de la época, que marca el inicio de nuestra actual comprensión del sentido y alcance de esta libertad fundamental.

A) La postura federalista

Al defender la constitucionalidad de la *Sedition Act*, la mayoría federalista postuló –tal y como se hizo visible en múltiples textos pertenecientes a influyentes políticos y jueces del momento–⁴⁸ una configuración del contenido de la libertad de expresión y de prensa, que seguía la concepción blackstoniana de gran predicamento en el *Common law*. Según Blackstone, la libertad de prensa consistía en «no poner restricciones previas a la publicación, pero no en la libertad respecto de la censura en materia criminal una vez publicado».⁴⁹ De tal manera que, –con-

⁴⁷ Esta incompatibilidad entre el libelo sedicioso y el sistema democrático ha sido puesta de manifiesto por numerosos autores en el siglo XX. Así, por ejemplo, Harry Kalven Jr., «el Proust de la Primera Enmienda» en palabras de Lee Bollinger (véase L. BOLLINGER «Harry Kalven, the Proust of the first amendment», *Michigan Law Review*, vol. 87, 1989, pág. 1576 y ss.), escribió en su comentario a la sentencia *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254) (1964) que «El concepto de libelo sedicioso golpea al propio corazón de la democracia. La libertad política termina cuando el Estado puede usar sus poderes y sus tribunales para silenciar a sus críticos. Mi tesis no es la tesis tibia de que debe existir un margen de maniobra para poder criticar al Gobierno. Mi tesis, es mejor, que «la difamación al Estado» es una noción imposible para una democracia. En suma, yo sugiero, que la presencia o la ausencia en un ordenamiento jurídico del concepto de libelo sedicioso define la sociedad. Una sociedad puede considerar, o dejar de considerar, la obscenidad o el desacato producido por una publicación como figuras delictivas sin alterar su naturaleza básica. Si, en cambio, se convierte el libelo sedicioso en delito, no existe una sociedad libre, y ello sin importar el resto de sus características...» (Véase H. KALVEN JR., «The New York Times case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment», *The Supreme Court Review*, 1964, pág. 205).

Precisamente en la propia sentencia comentada por H. KALVEN JR., y más en concreto en el voto particular concurrente con la decisión mayoritaria formulado por el juez Black, se apuntó también, aunque de un modo menos directo, a esa incompatibilidad conceptual entre las nociones de libelo sedicioso y democracia al afirmarse que «...Para una democracia representativa deja de existir el momento en el que se absuelve a los funcionarios públicos de su responsabilidad ante sus electores, y esto ocurre siempre que el elector puede ser privado por cualquier medio de expresar, escribir o publicar su opinión acerca de cualquier medida pública, o acerca de la conducta de aquellos que pueden llevarla a cabo» (376 U.S. 254) (1964).

⁴⁸ Así, resulta muy elocuente la posición adoptada por el juez Iredell en el fallo de la causa de *los insurgentes de Northampton*, al señalar que «nosotros (los americanos) derivamos nuestros principios jurídicos de Inglaterra. Allí la prensa es tan libre como en cualquier país del mundo. Y, en mi opinión, la definición de en qué consiste (tal libertad) no ha sido expresada en ningún lugar más precisa y felizmente que por el gran autor de los Comentarios a las leyes de Inglaterra...» (Véase *Northampton Insurgents' Case*, en F.WHARTON, *op. cit.*, pág. 478).

⁴⁹ Véase W. BLACKSTONE, *op. cit.*, págs. 151 y 152. Siguiendo un criterio literalista se ha optado por traducir como «la libertad respecto de la censura en materia criminal una vez publicado», la construcción inglesa «*freedom from censure for criminal matter when published*». Conviene aclarar –dado que la expresión no es del todo clara en castellano– que con ello lo que quiere decirse es que la libertad de prensa no incluye la exención de responsabilidad criminal después de la publicación.

tinuaba explicando este autor- «Todo hombre libre tiene el derecho indudable de exponer en público cuantas opiniones desee; prohibírsele sería destruir la libertad de prensa, pero si publica cosas indebidas, maliciosas o ilegales, debe asumir las consecuencias de su propia temeridad».⁵⁰

Esta concepción establecía una prohibición absoluta dirigida al poder público de fijar cualesquiera restricciones previas a la expresión o publicación, pero no le impedía castigar y reprimir lo que se considerase «indebido, malicioso o ilegal» de aquello que, en el legítimo ejercicio del derecho, había sido expresado o publicado. En otras palabras, conforme a esos parámetros blackstonianos, se consideraba que estaba incluido, dentro del contenido de la garantía constitucional, la facultad de expresarse o publicar sin sufrir injerencias estatales de ningún tipo, mientras que, en cambio, se excluía la garantía de no sufrir una sanción de índole penal como consecuencia de lo publicado. De ese modo, la definición de qué expresiones y publicaciones pudieran ser constitutivas de delito pasa a estar exclusivamente encomendada al legislador, que no se encuentra en modo alguno vinculado en su tarea por ninguna restricción constitucional.

El principal argumento utilizado por los federalistas para defender que ese era el sentido y alcance de la Primera Enmienda fue el de que su interpretación era la única congruente con las ideas de las que se partía en los Estados sobre esta materia.⁵¹ Así, un examen de los textos constitucionales y de las legislaciones de esos Estados permitía comprobar que, en algunos casos, las propias cláusulas de sus textos constitucionales estaban formuladas en términos en los que podía apreciarse con claridad la inspiración blackstoniana de la garantía de la libertad de prensa. En otros, aunque las Constituciones recogían formulaciones genéricas de la garantía de la libertad de expresión y de prensa, la legislación respectiva castigaba la publicación de libelos.⁵²

En este contexto, era, pues, forzoso entender –según los federalistas– que la Primera Enmienda no hacía otra cosa que recoger a nivel federal la concepción asumida por los Estados en la articulación de la libertad de prensa, careciendo de todo sentido una interpretación que concluyese que la Primera Enmienda variaba el contenido de la libertad establecida en las Constituciones de los Estados.

⁵⁰ Véase W. BLACKSTONE, *ibid.*

⁵¹ Así por ejemplo, el federalista Otis afirmaba que «aunque en varias Constituciones de los Estados se han reconocido expresa e inequívocamente las libertades de prensa y de expresión, los legisladores y los órganos judiciales de dichos Estados han adoptado las definiciones del Derecho Inglés y han hecho normas para castigar el libelo sedicioso y difamatorio» Esta afirmación de Otis aparece citada en T. M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 1.^a reimpresión de la edición original de 1868, The Lawbook Exchange, New York, 1999, págs. 603-604.

⁵² Un ejemplo muy significativo es el caso de Pennsylvania cuya Constitución de 1776 declaraba que «el pueblo tiene derecho a la libertad de expresión, y de escribir y de publicar sus sentimientos. Por tanto, no se pueden establecer restricciones a la libertad de prensa». En 1790 se modificó esa disposición constitucional y se pasó a establecer que «la libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos inalienables del hombre, y que cada ciudadano podrá escribir, imprimir, o expresarse sobre cualquier materia siendo responsable del abuso que haga de esta libertad». Sin embargo, tanto bajo la redacción de 1776 como bajo la de 1790 se siguieron ante los Tribunales estatales procesos de libelo sedicioso lo cual prueba la honda raigambre de esta figura delictiva en ese Estado. Véase D. JENKINS, *op. cit.*, pág. 171.

B) La postura republicana

«La ley y sus partidarios suponen que cualquiera que no esté conforme con las medidas adoptadas por la Administración, y de la mayoría temporal en el Congreso, y exprese, ya sea verbalmente o por escrito, su desaprobación y su falta de confianza en los hombres actualmente en el poder, es un sedicioso; un enemigo, no de la Administración sino de la Constitución y que debe ser penalmente sancionado... Esta Ley debe ser considerada solo como un arma usada por el partido actualmente en el poder con la finalidad de perpetuar su autoridad y preservar sus actuales posiciones».⁵³ Estas palabras formuladas por uno de los representantes más significativos de las filas republicanas; Albert Gallatin, calificando a la *Sedition Act* como una legislación inequívocamente dirigida a la perpetuación de la hegemonía política federalista mediante la represión y criminalización de cualquier expresión de disidencia política expresan con claridad el verdadero sentido que este bando atribuía a la *Sedition Act*.

Para los republicanos tal pretensión no solo era políticamente inaceptable sino además inconstitucional desde un plano de reflexión jurídico por cuanto se estaba vulnerando el contenido esencial de la libertad de expresión y de prensa. Y así frente a la posición federalista anteriormente explicada, los republicanos consideraban que dentro del contenido del derecho de libertad de expresión y de prensa establecido en la Primera Enmienda ocupaba un lugar prioritario y central la facultad de expresar y publicar opiniones políticas sin sufrir por ello ningún tipo de represión por parte de los poderes públicos. Mientras que los federalistas apelaban a la congruencia entre la Primera Enmienda y las respectivas cláusulas de las Constituciones de los Estados para defender su visión acerca del sentido y alcance de la Primera Enmienda, los republicanos consideraban que su propuesta era igualmente la única coherente a poco que se reparase en dos contradicciones, a su juicio insalvables, en que incurrían los planteamientos federalistas.

En primer lugar, la interpretación blackstoniana acababa convirtiendo a la garantía de la libertad de prensa en una no-garantía de la misma ya que ninguna protección real se otorgaría por el hecho de permitir la publicación de cualesquiera contenidos si el poder público se reservaba el derecho de perseguir y castigar después aquellos que le resultasen desfavorables.⁵⁴ Seguir pues la tesis federalista acabaría llevando al sinsentido de sostener que la Primera Enmienda de la Constitución de los EE. UU. reconocía un derecho sin relevancia práctica de ningún tipo.

En segundo lugar, la interpretación federalista era incompatible –según los republicanos– con la forma de gobierno y con los principios de organización política establecidos por la Constitución Norteamericana. El libelo sedicioso, indisolublemente unido, como ya se ha dicho, a sistemas de organización política en los que la titularidad de la soberanía no tenía un origen democrático, resultaba de imposible

⁵³ La cita ha sido tomada de L. LEVY, *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pág. 297-298.

⁵⁴ Esta contradicción a la que acababa avocando la concepción de Blackstone fue señalada por Madison en su informe sobre la *Sedition Act* a la Cámara legislativa de Virginia de 1799 al señalar que «podría parecer una burla decir que no se pueden aprobar leyes para censurar publicaciones pero que sí se pueden aprobar leyes para castigar las publicaciones que se hagan». Véase J. MADISON, *op. cit.*, vol. VI, pág. 388.

implantación en un sistema jurídico-político como el norteamericano una de cuyas notas distintivas más esenciales era la soberanía popular. Por ello, las garantías de la Primera Enmienda no podían de ningún modo ser interpretadas de manera que se entendiese excluida del contenido del derecho la prohibición dirigida al poder público de criminalizar los libelos sediciosos, y ello porque introducir tal prohibición dentro del ámbito de la garantía constitucional era una consecuencia obligatoria de la separación de poderes, de la elección democrática de los cargos políticos... y en última instancia de la atribución al pueblo de la titularidad de la soberanía.

Así, Madison en su *Informe a la Cámara Legislativa de Virginia*, expresa con claridad esta tesis, si bien el argumento se repite en muchas de las manifestaciones de los representantes de la posición republicana,⁵⁵ cuando señala que «La naturaleza de los gobiernos en los que todos sus órganos son electivos, limitados y responsables por sus actos bien podría requerir una mayor libertad para disentir que la que puede ser tolerada por los gobiernos como el de Gran Bretaña en el que es un principio que el rey, cargo hereditario y no responsable por sus actos, no se equivoca, y donde las Cámaras legislativas, que en dos de sus tercios son también hereditarias y no responsables, pueden hacer lo que les plazca. ¿No es natural y necesario atendidas estas circunstancias que un diferente grado en la libertad de prensa debería ser contemplado?». ⁵⁶

El argumento apunta hacia un importante problema teórico. ¿Realmente exige la incipiente organización democrática, establecida por la Constitución y la soberanía popular, considerar incluida en la garantía constitucional de la libertad de expresión y de prensa la posibilidad de expresar ideas y pensamientos, aunque estos supongan una crítica al gobierno? ¿Debe considerarse que el libelo sedicioso es absolutamente incompatible con el principio democrático, siendo por tanto una institución únicamente posible en los regímenes no democráticos en los que encuentra históricamente su origen? O, de modo distinto, ¿Es posible justificar la existencia de esta figura delictiva en un sistema democrático?

Mientras los republicanos negaron, como se acaba de ver, cualquier posibilidad de conciliación entre el libelo sedicioso y un sistema de organización política asentado sobre la base del principio democrático, los federalistas trataron de armonizar esas dos nociones tan aparentemente contradictorias. Y para ello acudieron a la noción de «representación». ⁵⁷ Fue en este concepto, y más en concreto

⁵⁵ Un ejemplo es el Congresista John Nicholas quien refiriéndose a la *Sedition Act*, afirma que «El modo de pensar que está en los contornos de esta ley, y la doctrina sobre la que se construye se derivan de un país cuyo Gobierno es muy diferente del nuestro... En Gran Bretaña, la Corona es hereditaria, y de acuerdo con su teoría sobre el Gobierno, no puede actuar mal... Por tanto, debe recibir una clase diferente de respeto que aquel que resulta necesario en nuestro sistema donde los cargos públicos son los servidores del pueblo y pueden ser revocados de su mandato a través de elecciones periódicas». Esta cita ha sido tomada de L. LEVY, *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pág. 310.

⁵⁶ Véase J. MADISON, *op. cit.*, vol. VI, pág. 388.

⁵⁷ Un análisis muy detallado y revelador de esta tesis se encuentra en J. P. MARTIN, «When Repression is democratic and Constitutional: The Federalist Theory of Representation and The Sedition Act of 1798», *University of Chicago Law Review*, n.º 66, 1999, pág. 117 y ss. Algunas de las ideas desarrolladas por J. P. MARTIN en ese artículo acerca de la teoría de la representación de los federalistas, ya son apuntadas por D. RABBAN en «The Ahistorical Historian: Leonard Levy on Freedom of Expression in Early American History», *op. cit.*, págs. 849-852.

en una comprensión distorsionada y excesivamente amplia del mismo, donde los federalistas encontraron ese fundamento explicativo que necesitaban para conjugar el libelo sedicioso con la soberanía popular y el principio democrático.

El razonamiento empleado por los federalistas aplica extensivamente a las funciones deliberativas –entre las que se encuentran la oposición y la crítica al gobierno– los postulados clásicos de la teoría de la democracia representativa sobre el ejercicio por parte de los representantes de las funciones legislativas cuya titularidad corresponde al «pueblo». Y así, la misma noción de representación, que permite explicar en las democracias representativas que no se merma ni el principio de la soberanía popular ni en el principio democrático porque los ciudadanos no ejerciten directamente las funciones legislativas, es el eje central que permite a los federalistas defender la compatibilidad del libelo sedicioso con un sistema de organización política como el norteamericano.⁵⁸

Los ciudadanos delegan en sus representantes el ejercicio de la facultad de deliberar políticamente, por las mismas razones, y con las mismas consecuencias, que delegan la facultad para aprobar leyes, y por ello de la misma manera que los ciudadanos están obligados a cumplir las leyes aprobadas por el Parlamento, están obligados también a respetar y apoyar las directrices políticas marcadas por el gobierno sin mostrar su disconformidad.⁵⁹ Consecuentemente con todo ello, de la misma manera que, en base a la delegación de las funciones legislativas, es perfectamente compatible con el principio democrático y con la soberanía popular sancionar el incumplimiento de las leyes; en base a la delegación de las funciones deliberativas, resulta plenamente justificada, la represión de los críticos y discrepantes políticos.

El libelo sedicioso, ya no aparece bajo estas premisas como una figura de imposible armonización con una teoría democrática del poder, sino, al contrario, como un instrumento lógicamente inherente a esta peculiar manera de entender la democracia representativa a través del que se castiga la usurpación por parte de los particulares de la función deliberativa para cuyo ejercicio únicamente se encuentran legitimados unos determinados sujetos; los representantes de la mayoría.

Por ello es plenamente inexacta la afirmación de que los federalistas al defender el libelo sedicioso adoptaron posturas antidemocráticas. Los federalistas no rechazaban la democracia, sino que simplemente la concebían de un modo que dista mucho de lo que desde una perspectiva contemporánea debe entenderse como tal. Para los federalistas, el sistema democrático era el del gobierno de la mayoría y su elemento central su carácter electoralista. El que gobernasen aquellos a los que el cuerpo electoral había elegido para tal fin agotaba el sentido del sistema. Y por eso, muy curiosamente, en su modelo, los antidemocratas eran, precisamente, los disidentes, pues siendo minoría desafiaban las medidas y juicios po-

⁵⁸ Según J. P. MARTIN los federalistas fundamentaban la necesidad de llevar a cabo esa delegación del ejercicio de las funciones deliberativas en razones «democráticas» en la medida que si la deliberación fuera ejercida directamente por los particulares solo algunos ciudadanos (los más ricos, cultos, etcétera) participarían efectivamente en el proceso. (Véase J. P. MARTIN, *op. cit.*, págs. 152-157).

⁵⁹ Véase J. P. MARTIN, *op. cit.*, pág. 144.

líticos establecidos por los representantes de la mayoría.⁶⁰ Solo cuando la democracia deja de ser concebida de ese modo, y pasa a ser vista como un sistema que obliga a la mayoría a tener en cuenta a la minoría, y que no se limita a la simple participación en un proceso electoral, la pretensión federalista de que las funciones deliberativas deben concentrarse en los representantes elegidos por la mayoría se muestra abrumadoramente antidemocrática.

Irónicamente por ello, la confrontación entre federalistas y republicanos en relación a la constitucionalidad de la *Sedition Act* no es una confrontación entre partidarios y detractores del sistema democrático, sino entre un conjunto de convencidos demócratas que conciben la democracia de un modo tan dispar e irreconciliable que se califican recíprocamente como antidemocratas. La pregunta formulada unas líneas atrás al presentar este problema teórico de si es posible justificar la existencia de la figura delictiva del libelo sedicioso en un sistema democrático no puede ser contestada, por todo ello, sin una anterior aclaración de qué se entiende por tal, y ello en la medida que el libelo sedicioso cuyos orígenes, como se ha visto, se encuentran históricamente asociadas a fundamentaciones no democráticas del poder, solo puede hacerse de algún modo democrático, si la democracia se define -acentuado su elemento plebiscitario- como el gobierno de la mayoría, y si la noción de representación se ensancha tanto como para incluir en ella la delegación de las funciones deliberativas. Si la democracia, en cambio, se concibe como un sistema que obliga a la mayoría a respetar a la minoría, el libelo sedicioso resulta totalmente incompatible con el sistema tal y como los republicanos manifestaron en su rechazo a la *Sedition Act*.

5. A modo de epílogo

Tras la victoria de los republicanos en las elecciones presidenciales de 1801, el nuevo presidente, Jefferson, concedió el indulto a aquellos que se encontraban cumpliendo condena bajo la *Sedition Act*. Al mismo tiempo, en un hecho que carecía de precedentes y que no ha vuelto a producirse nunca en la historia de los EE. UU. se iniciaba un *impeachment* contra uno de los jueces del Tribunal Supremo -Samuel Chase- por considerarse que había actuado arbitrariamente en la aplicación de la ley. Pese a que el proceso concluyó con la absolución del magistrado, su mera iniciación revelaba la actitud de condena y de rechazo que la nueva mayoría política deseaba expresar hacia la *Sedition Act*.⁶¹ Unos años después, en 1840, el Congreso aprobó indemnizar a los descendientes de aquellos que habían sido condenados por expresar sus ideas políticas bajo la *Sedition Act* como una

⁶⁰ Como señala J. P. MARTIN «la oposición al Gobierno era -para la teoría federalista- una traidora tentativa de frustrar la voluntad del pueblo», tesis que este autor ejemplifica, entre otros documentos, en un artículo periodístico aparecido en el *Albany Centinel* el 12 de octubre de 1798, y que es bastante expresivo del sentir federalista del momento sobre el particular: «El Gobierno es elegido, necesariamente, por una mayoría del pueblo... Es patriotismo escribir a favor de nuestro Gobierno, y es sedición escribir en su contra» (véase J. P. MARTIN, *op. cit.*, pág. 139).

⁶¹ Sobre este *impeachment*, véase R. ELLIS, «The impeachment of Samuel Chase», en *American Political Trials*, M. BELKNAP (edit.), Greenwood, Connecticut, 1994, pág. 57 y ss.

manera de reparar los daños causados. En el Informe que acompañó a esa decisión se afirmaba que la *Sedition Act* había sido aprobada «bajo un ejercicio equivocado del poder», que la ley era «nula e inválida», y que su inconstitucionalidad había sido «declarada de manera concluyente».⁶²

Una vez liberados los condenados e indemnizados sus familiares, la *Sedition Act* ha continuado siendo citada como un importante error que no debe ser olvidado. Ya en el siglo xx, esta ley era de nuevo mencionada en una de las manifestaciones judiciales más relevantes para la historia de la libertad de expresión en los EE. UU. de todo el siglo; el voto particular que el juez Holmes formulaba en la causa de *Abrams v. U. S* al afirmarse que «estoy completamente en desacuerdo con el argumento del Gobierno según el cual la Primera Enmienda mantiene la vigencia del *Common law* en relación con el libelo sedicioso. Me parece que la historia se opone a esa tesis. Durante muchos años los EE. UU. han mostrado su arrepentimiento por la *Sedition Act* de 1798, reembolsando las multas que habían impuesto en virtud de esa ley».⁶³ En 1964, en el igualmente relevante *New York Times v. Sullivan*, Brennan se volvía a referir a aquella vieja ley de finales del siglo XVIII cuando al considerar incluidos dentro del debate público las ataques vehementes, cáusticos y en algunas ocasiones desagradables contra el Gobierno y los cargos públicos, afirmaba que esa era, precisamente, «la lección que debía sacarse de la gran controversia originada en torno a la *Sedition Act* de 1798, en la que por primera vez se había llamado la atención sobre el sentido central de la Primera Enmienda... y cuya inconstitucionalidad a pesar de no haber sido declarada durante la vigencia de la ley, había sido afirmada, definitivamente, por la Corte de la Historia».⁶⁴

Cuando Holmes formulaba su voto particular, en los años de la Primera Guerra Mundial, se enfrentaba, con la única adhesión de Louis Brandeis, a una Corte mayoritariamente partidaria de considerar conforme a la Constitución, una legislación que consideraba delictivo oponerse o criticar la conveniencia de la participación de los EE. UU. en la Gran Guerra, y que basaba su Jurisprudencia en la aplicación de un *test* procesal, el *Bad tendency test*, que en la práctica resucitaba toda la vieja doctrina del viejo libelo sedicioso.⁶⁵ Por su parte, cuando Brennan redactaba la opinión mayoritaria del Tribunal en la causa *New York Times v. Sullivan*, actuaba en nombre de una Corte que trataba de recuperar el rumbo jurisprudencial que había perdido en los años de la Guerra Fría cuando la legislación sediciosa había reaparecido e identificado un nuevo enemigo: las ideas comunistas.⁶⁶ Aunque las

⁶² Véase G. STONE, *Perilous Times. Free Speech in Wartime*, op. cit., pág. 73.

⁶³ 250 U. S. 616, 630 (1919). El fragmento reproducido no ha sido en esta ocasión traducido directamente del inglés, sino que se ha empleado la traducción que Cesar Arjona ha realizado de los votos particulares del juez Holmes. (Véase C. ARJONA SEBASTIÁ, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 151.

⁶⁴ 376 U.S. 254, 273-276 (1964).

⁶⁵ Sobre las relaciones entre el *Bad tendency test*, y la *Sedition Act* de 1798 véase, entre otros, D. RABBAN, *Free speech in its forgotten years*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pág. 132-137, E. BLOUSTEIN, «The first amendment "Bad Tendency" of speech doctrine», *Rutgers Law Review*, vol. 43, 1990, pág. 509, y G. STONE «The origins of the Bad tendency test. Free speech in Wartime», *Supreme Court Review*, 2002, págs. 432-433.

⁶⁶ Véase como ejemplo de esa jurisprudencia *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951).

coyunturas históricas de Holmes y Brennan eran diferentes, ambos acudieron significativamente a la *Sedition Act* no en un ejercicio gratuito de recreación histórica, sino como precedente metafórico de lo que no podía repetirse. Para expresar que el libelo sedicioso no se había extinguido, sino que, adoptando otras formas, sus amenazas sobre la libertad de expresión y sobre la democracia seguían plenamente vigentes.

Y es que un análisis de la evolución histórica de la libertad de expresión en los EE. UU. durante el siglo xx muestra concluyentemente cómo, lejos de desaparecer con la derogación de la *Sedition Act* de 1798, el libelo sedicioso reaparece, de uno u otro modo, en momentos históricos puntuales en los que se considera que existe un peligro o una amenaza para la seguridad nacional.⁶⁷ Hoy en día, en medio de una de esas coyunturas críticas -la llamada guerra contra el terrorismo- el asunto vuelve a recobrar plena actualidad, con ocasión de las numerosas restricciones sobre varias libertades civiles -y no únicamente sobre la libertad de expresión- que, en nombre de la seguridad, imponen las conocidas como *Patriots Acts*.

Junto a ello no puede obviar mencionarse un fenómeno novedoso que, a buen seguro, dará mucho que hablar en los próximos años: las restricciones a la libertad de expresión provenientes no de la censura del Estado, sino de la autocensura de la sociedad sobre sí misma que -en aras de un ejercicio responsable del derecho-,⁶⁸ genera el riesgo de que se imponga una acomodaticia ortodoxia de lo políticamente correcto. Sin duda, esta situación resucita muchos de los conceptos que fueron planteados por primera vez en la discusión entre federalistas y republicanos hace ya más de doscientos años, y obligan a recordar la vieja *Sedition Act*, a los efectos de que, como reclamaban Holmes en 1919, y Brennan en 1964, no se olviden las valiosas lecciones de constitucionalismo aprendidas en torno a esa ley.

⁶⁷ Esa es la tesis sostenida por ejemplo por G. STONE en «Civil liberties in Wartime: The American perspective», *Associazione Italiana Costituzionalisti, Convegno Anuale 2003*. Concretamente Stone alude a los siguientes acontecimientos históricos del siglo xx como momentos en los que se han producido restricciones en la libertad de expresión: la Primera Guerra Mundial, la Segunda Guerra Mundial, la Guerra Fría, y la Guerra de Vietnam. Este artículo se encuentra disponible en <http://www.assoziazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegnaic200310/stone.html>.

⁶⁸ Un ejemplo de esas alusiones a «la responsabilidad» en el ejercicio de la libertad de expresión puede observarse claramente en el conflicto sobre las caricaturas de Mahoma. Varios fueron los políticos que aludieron directamente a este concepto. Así el 6 de febrero de 2006 el presidente Zapatero suscribía con su homólogo turco Erdogan un manifiesto en el que, entre otras cosas, se afirmaba que «La libertad de expresión es una de las piedras angulares de nuestros sistemas democráticos y nunca vamos a renunciar a ella. Ahora bien, no existen derechos sin responsabilidad y sin respeto por las sensibilidades diferentes. La publicación de estas caricaturas puede ser perfectamente legal, pero no es indiferente y, por tanto, debería ser rechazada desde un punto de vista moral y político». (Fuente, *El Mundo* 6-2-2006). Por otro lado, tres días después, el 9 de febrero, en *El País* se recogían unas declaraciones del portavoz del presidente francés Chirac en las que se redundaba en esa misma línea argumentativa: «El portavoz del Gobierno, Jean-François Copé, explicó que Chirac había denunciado ayer en la reunión del Consejo de Ministros “las provocaciones manifiestas” de los medios. “Todo lo que puede herir las convicciones del prójimo, en particular las religiosas, debe ser evitado”, dijo Chirac. Según Copé, el presidente recordó que “la libertad de expresión debe ejercerse con un espíritu de responsabilidad” y condenó “todas las provocaciones susceptibles de atizar peligrosamente las pasiones”» (Fuente *El País* 9-2-2006).