
La libertad de expresión (en tiempos de guerra): un análisis desde Zechariah Chafee*

*Freedom of Speech (in War Time):
an Approach from a Text by Zechariah Chafee*

Leopoldo GARCÍA RUIZ

Universidad CEU Cardenal Herrera
leopoldo.garcia@uchceu.es

RECIBIDO: 03/11/2016 / ACEPTADO: 30/03/2017

Resumen: El presente estudio explora la regulación que la *Espionage Act* estadounidense de 1917 realiza del derecho humano a la libertad de expresión, de la mano de un texto de Zechariah Chafee que abordó la aplicación inicial de esa ley. A juicio de Chafee, la consagración de la libertad de expresión en la Primera Enmienda de la Constitución americana no impide que los poderes ejecutivo y legislativo puedan establecer legítimamente ciertas medidas en tiempo de guerra conducentes a limitarla. Con todo, tanto la redacción como la interpretación de esas medidas deben alejarse del empleo de las doctrinas de la causalidad indirecta y de la intención implícita, que nunca son adecuadas para determinar si una afirmación debe ser amparada (algo que no tuvo en cuenta la reforma de la *Espionage Act* de 1918, ni la mayor parte de la jurisprudencia del momento). Para Chafee, la libertad de expresión debe quedar desprovista de censura y de posterior sanción salvo que dé claramente lugar a una interferencia directa y peligrosa en relación al curso de la guerra.

Palabras clave: Libertad de expresión; Ley de Espionaje de 1917; Primera Enmienda; Zechariah Chafee.

Abstract: The present study deals with the human right to freedom of speech as regulated in the *Espionage Act* of 1917. The study relies mostly in a text by Zechariah Chafee which analyzes the Act's early application. To Chafee's mind, the fact that the First Amendment of the U.S. Constitution consecrates freedom of speech should not prevent neither the Government nor the legislative power from establishing certain limiting measures to it. However, both the wording and the interpretation of these measures must stay away from the doctrines of indirect causation and constructive intent, which are never appropriate in order to establish whether a statement should be protected or not as freedom of speech (the reform of the *Espionage Act* in 1918 did not respect this boundary, and the majority of the American courts at the time went along the same path). In Chafee's view, speech should be unrestricted from censorship or punishment unless it is clearly liable to cause a direct and dangerous interference with the conduct of war.

Keywords: Freedom of speech; Espionage Act of 1917; First Amendment; Zechariah Chafee.

El contenido material de los derechos humanos no procede de la naturaleza humana en abstracto, sino de ésta en conjunción con las circunstancias históricas de cada momento. Son esas circunstancias las que determinan un conjunto de necesidades específicas y de medios concretos para su protección. La presente exposición viene a ser un ejemplo de esta afirmación en relación a un

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Crisis y relectura del liberalismo en el período de entreguerras (1920-1938): las aportaciones de Walter Lippmann y José Ortega y Gasset», financiado a través del Programa Nacional de I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad (ref.: FFI2013-42443-R), y del que el autor forma parte.

derecho humano particular, dentro de un contexto que si no es del todo actual sí resulta aún muy relevante para nuestra época.

El derecho humano que me dispongo a tratar es la libertad de expresión. El contexto para su análisis lo proporciona la regulación de ese derecho en un país determinado –los Estados Unidos de América– en el marco de una circunstancia recurrente como son los tiempos de guerra. La ocasión específica que dio pie para esa regulación fue un conflicto de enorme relevancia histórica como la Primera Guerra Mundial. El estudio de esa regulación y de su alcance, en fin, se hará de la mano de un jurista particular que tomó pie de aquella legislación y de su aplicación inicial para profundizar en el significado y en el alcance de la libertad de expresión como derecho, y cuyas consideraciones trascienden sin duda el marco coyuntural que las provocó en primera instancia.

A principios de 1917 el Imperio alemán había reanudado su ofensiva submarina indiscriminada en los océanos, perjudicando a barcos estadounidenses. Poco después, Inglaterra interceptaba y trasladaba a Estados Unidos el intento alemán de convertir a México en su aliado bélico, prometiéndole a cambio ayuda para reincorporar los estados de Texas, Nuevo México y Arizona a su territorio. El 6 abril de 1917 el Congreso de los EE.UU. declaró la guerra a Alemania, y el 14 de abril el Gobierno de Woodrow Wilson puso en marcha el *Committee on Public Information*, que bajo la dirección de George Creel orquestó una campaña propagandística sin precedentes para convencer a la población de la necesidad de la guerra, alentando la germanofobia y más tarde el antibolchevismo. Ese esfuerzo político y mediático, vigorosamente secundado desde el Departamento de Justicia por el Fiscal General Thomas W. Gregory (y continuado tras el armisticio con la primera *Red Scare* o *caza de brujas* anticomunista de 1919-20, a cargo de su sucesor A. Mitchell Palmer), tuvo también su vertiente legal: el 15 de junio de 1917 entró en vigor la *Espionage Act*, y el 16 de mayo de 1918 se aprobó una considerable ampliación de su texto –informalmente conocida como *Sedition Act*– que buscaba poner coto a la actividad de los enemigos de la nación, y a cualquier apoyo hacia su causa¹. Contando

¹ Acerca del *Committee on Public Information* y sus estrategias, cfr. AXELROD, A., *Selling the Great War: The Making of American Propaganda*, New York, Palgrave Macmillan, 2009. Cfr. también un interesante análisis de aquellos acontecimientos en KENNEDY, D. M., *Over Here. The First World War and American Society*, New York, Oxford University Press, 2004, pp. 45-90. Sobre la *caza de brujas* de Palmer cfr., p. ej., FINAN, Ch., *From the Palmer Raids to the Patriot Act: A History of the Fight for Free Speech in America*, Boston, Beacon Press, 2008.

con ese soporte legal, juzgados y tribunales persiguieron entre 1917 y 1920 a más de dos mil ciudadanos (de los cuales aproximadamente mil llegaron a ser encarcelados) por proferir discursos desleales, sediciosos o incendiarios². Buena parte de las resoluciones judiciales se alinearon, como era de esperar, con las tesis del Gobierno³.

En junio de 1919, el profesor de la Universidad de Harvard Zechariah Chafee⁴ escribió un extenso artículo para la revista académica de su Facultad⁵ donde analizaba la incidencia que ha tenido la aplicación de la ley hasta ese momento en cuestiones relativas a la libertad de expresión y de prensa. Chafee comenzaba presentando los tipos delictivos que la nueva Ley había instaurado. Concretamente, y en relación a la libertad de expresión, la *Espionage Act* de 1917 había establecido inicialmente tres nuevos delitos para tiempos de guerra⁶:

² Entre los casos más célebres figuran el del reverendo Clarence Waldron, condenado a quince años por promover el pacifismo; o los de los políticos socialistas Victor Berger y Eugene V. Debs. Éste último, líder por entonces del Partido Socialista de América, fue condenado a diez años por obstrucción al alistamiento. Posteriormente se presentó a las elecciones de 1920 desde la cárcel y obtuvo casi un millón de votos. Cfr. entre otros STONE, G., *Perilous Times: Free Speech in War Time from the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, New York, W.W. Norton, 2005 y KOHN, S., *American Political Prisoners: Prosecutions under the Espionage and the Sedition Acts*, Westport, Conn., Praeger, 1994.

³ El Tribunal Supremo de EE.UU., por su parte, no se pronunció sobre estas cuestiones hasta el año 1919, en que lo hizo por quintuplicado, con las sentencias *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) y *Sugarman v. United States*, 249 U.S. 182 (1919) publicadas ambas el 3 de marzo; *Frobwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919) y *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919), ambas de 10 de marzo, y *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) de 10 de noviembre. En todos los casos el Supremo respaldó las condenas previas en primera y segunda instancia, si bien en *Abrams* la decisión no fue unánime. Cfr. también las notas 39 y 47, *infra*.

⁴ Zechariah Chafee Jr. (1885-1957) fue una de las principales autoridades académicas sobre libertad de expresión de la primera mitad del siglo XX. *Bachelor of Arts* por Brown (1907) y licenciado en Derecho por Harvard (1913), entró a formar parte del claustro de la Facultad como *assistant professor* en 1916, tras un breve periodo de ejercicio profesional. En 1919 fue promocionado a *full professor*, y continuó impartiendo clases en Harvard hasta pocos meses antes de su muerte. Su doctrina acerca de la Primera Enmienda de la Constitución terminó orientando decisivamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense. Cfr. CHAFEE JR., Z., *Free Speech in the United States*, Union, N.J., The Lawbook Exchange Ltd., [1941] 2001; y SMITH, D. L., *Zechariah Chafee Jr., Defender of Liberty and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986.

⁵ «Freedom of Speech in War Time», *Harvard Law Review*, vol. 32 (1919), pp. 932-973. Chafee había escrito con anterioridad un texto breve donde incoaba ya alguna de estas ideas («Freedom of Speech», *The New Republic*, 16 de noviembre de 1918, pp. 66-69).

⁶ La traducción castellana es mía (tanto en este caso como en otros a lo largo del trabajo, salvo indicación en contrario), y recoge el tenor literal de la sección 3 de la ley, que en aquella primera redacción decía así: «Whoever, when the United States is at war, shall wilfully make or convey false reports or false statements with intent to interfere with the operation or success of the military or naval forces of the United States or to promote the success of its enemies and whoever when the United States is at war, shall

(i) emitir o propagar deliberadamente declaraciones o informes falsos con la intención de interferir con operaciones militares o navales de los EE.UU. o de promover el éxito de sus enemigos; (ii) causar o intentar causar deliberadamente insubordinación, deslealtad, amotinamiento o rechazo del deber en las fuerzas militares o navales de los EE.UU.; (iii) obstruir o intentar obstruir el servicio de alistamiento de los EE.UU.

La sanción prevista para esos casos era una multa de hasta 10.000 dólares y/o una pena de hasta 20 años de cárcel. Además, la citada ley otorgaba amplios poderes al Director General del Servicio Federal de Correos para confiscar o negarse a distribuir cualquier material que exhortase a la traición, la insurrección o la resistencia violenta ante cualquier ley de los Estados Unidos⁷.

La reforma de 1918, por su parte, conservó las infracciones anteriores e incluyó nueve delitos adicionales, que resumidamente eran los siguientes⁸:

wilfully cause or attempt to cause insubordination, disloyalty, mutiny, refusal of duty, in the military or naval forces of the United States, or shall wilfully obstruct the recruiting or enlistment service of the United States, to the injury of the service or of the United States, shall be punished by a fine of not more than \$10,000 or imprisonment for not more than twenty years, or both.» (U.S. Espionage Act of June 15, 1917, Title I, Section 3). El resto de la ley contiene medidas de carácter penal y procesal en relación a las actividades de espionaje *strictu sensu*, de las que no se ocupa Chafee ni el presente trabajo.

⁷ «*[E]very letter, writing, circular, postal card, picture, print, engraving, photograph, newspaper, pamphlet, book, or other publication, matter or thing of any kind containing matter advocating or urging treason, insurrection, or forcible resistance to any law of the United States is hereby declared to be non-mailable*» (U.S. Espionage Act of June 15, 1917, Title XII, Section 2). Durante la Primera Guerra Mundial y los años subsiguientes, el *Postmaster General* Albert S. Bursleson cumplió con enorme celo esta disposición y prohibió la distribución de numerosos periódicos socialistas como *The Masses*, *Milwaukee Leader* o *American Socialist*, así como la de otras muchas publicaciones que consideró radicales o subversivas. Cfr. KENNEDY, D., *Over Here*, cit., pp. 75-77, y TUCKER, S. C. (ed.), *World War I: The Definitive Encyclopedia and Document Collection*, ABC-Clío, Santa Barbara, Cal., vol. 2, 2014, p. 541.

⁸ Literalmente: «*Whoever, when the United States is at war, shall wilfully (...) make or convey false reports, or false statements, or say or do anything except by way of bona fide and not disloyal advice to an investor with intent to obstruct the sale by the United States of bonds or the making of loans by or to the United States, or whoever, when the United States is at war, shall wilfully (...) utter, print, write, or publish any disloyal, profane, scurrilous, or abusive language about the form of government of the United States, or the Constitution of the United States, or the military or naval forces of the United States, or the flag or the uniform of the Army or Navy of the United States, or any language intended to bring the form of government or the Constitution or the military or naval forces or the flag of the United States into contempt, scorn, contumely, or disrepute or shall wilfully display the flag of any foreign enemy, or shall wilfully urge, incite, or advocate any curtailment of production in this country of any thing or things necessary or essential to the prosecution of the war... and whoever shall wilfully advocate, teach, defend, or suggest the doing of any of the acts or things in this section enumerated and whoever shall by word or act support or favor the cause of any country with which the United States is at war or by word or act oppose the cause of the United States therein, shall be punished by a fine of not more than \$10,000 or imprisonment for not more than twenty years, or both.*» (U.S. Espionage Act of May 18, 1918, Title I, Section 3).

(iv) hacer o decir algo, salvo que se trate de un consejo de buena fe y no desleal a un inversor, con el propósito de obstruir la venta de bonos de guerra de los EE.UU.; (v) hablar o escribir con un lenguaje desleal, grosero, insultante o agresivo, o dirigido a causar desprecio hacia la forma de gobierno de los EE.UU.; (vi) o hacia su Constitución; (vii) o hacia su bandera; (viii) o hacia las fuerzas navales o militares de los Estados Unidos o sus respectivos uniformes; (ix) hablar o escribir con un lenguaje dirigido a instigar o a alentar la resistencia hacia los EE.UU. o a promover la causa de sus enemigos; (x) instar al recorte de la producción de cualquier objeto necesario para la continuación de la guerra con el propósito de entorpecer su prosecución; (xi) propugnar, enseñar, defender o sugerir cualquiera de estas conductas; y (xii) decir o hacer algo que apoye o favorezca la causa de cualquier país en guerra con los EE.UU. o que se oponga a la causa de los EE.UU en dicha guerra.

Pues bien: ¿cómo compaginar todas estas disposiciones con la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense, donde se dice expresa y claramente: «*El Congreso no aprobará ley alguna (...) que restrinja la libertad de expresión o de prensa*»? ¿Cómo conjugar, concretamente en tiempos de guerra, la necesaria libertad y el necesario orden? Por un lado, argumenta Chafee, está claro que un país en guerra debe protegerse frente al enemigo con medidas excepcionales; por otro, también lo está que los ciudadanos han de poder discrepar de su Gobierno, y especialmente incluso en ese momento tan crucial. Deben por tanto rechazarse los extremos⁹. En primer término, debe rechazarse la afirmación de que la *Bill of Rights* sea un documento cuya validez quede en suspenso en tiempos de guerra¹⁰. Chafee apunta aquí que hasta el Gobierno, a través de su Fiscal General, ha repudiado oficialmente esa tesis¹¹. A la vez, también es falso que la Primera Enmienda convierta sin más en inconstitucional *cualquier* acto del Congreso sin excepción que limite la libertad de expresión o de prensa, bajo el pretexto de que toda expresión es libre y sólo las acciones pueden ser limitadas o castigadas. Lo cierto es que las cláusulas de la *Bill of Rights* están a veces sujetas a excepciones (y así, por ejemplo, la Decimotercera Enmienda prohíbe la servidumbre involuntaria pero eso no impide

⁹ Cfr. CHAFEE, «Freedom of Speech in War Time», cit., p. 937.

¹⁰ Como es sabido, en EE.UU. *Bill of Rights* es el nombre colectivo que se otorga a las diez primeras enmiendas a la Constitución, introducidas entre 1789 y 1791.

¹¹ Cfr. «Freedom of Speech in War Time», p. 937, nota 9.

el llamamiento forzoso a filas)¹². Lo difícil, dice Chafee, es definir el principio en el que se basan esas excepciones más o menos implícitas. En este sentido se han proclamado dos teorías incompatibles entre sí, y ambas han gozado de aceptación judicial.

Según la primera de esas teorías, la censura previa debe estar prohibida, pero una vez ha tenido lugar la declaración o publicación de que se trate el Gobierno debe tener las manos libres para castigar sin limitaciones lo que encuentre de inoportuno en ella (con la sola excepción, se dice, de que lo afirmado sea veraz y que *al tiempo* haya sido dado a conocer en aras de una finalidad legítima y justificable). Esa es la teoría clásica del *common law* inglés, propuesta por Blackstone en sus *Comentarios* y avalada después por Mansfield. Pese a que ha sido adoptada por los jueces estadounidenses en ocasiones¹³, Chafee la encuentra anacrónica y artificial, por dos razones: porque en algunos casos va demasiado lejos en su restricción del Gobierno, ya que a veces sí está justificada la censura previa¹⁴; y porque materialmente hablando protege de forma muy inadecuada la libertad de expresión, al conceder un poder casi omnímodo al Gobierno una vez la declaración o publicación ha tenido lugar¹⁵.

La segunda teoría es la que entiende que, si bien el Gobierno no ha de poder castigar cualquier afirmación *a posteriori*, tampoco la libertad de expresión ampara ni debe amparar la ofensa o la injuria. Esta teoría distingue por tanto entre el derecho a la libertad de expresión y su abuso o empleo licencioso. Con todo, si nos quedásemos en esa mera proclamación no haríamos sino dar por sentado lo que debiéramos argumentar. De ahí que, siendo en principio más asumible que la anterior, esa teoría sólo será incuestionable si consigue identificar algún criterio racional con el que el Derecho pueda distinguir

¹² Cfr. *ibid.*, nota 11.

¹³ Esa doctrina guió la resolución de un caso importante de la época como fue *United States v. Motion Picture Film The Spirit of '76*, 252 F 946 (S.D. Cal. 1917), por el que un tribunal federal condenó a diez años de prisión al judío-americano de origen alemán Robert Goldstein en su condición de productor de *The Spirit of '76*, una película sobre la Guerra de la Independencia de los EE.UU. El tribunal adujo que la película representaba a los ingleses (entonces aliados bélicos) como un pueblo cruel, con una intención claramente propagandística en pro de Alemania. En abril de 1918 la sentencia fue confirmada en apelación.

¹⁴ Chafee pone un ejemplo claro: el Gobierno está plenamente legitimado a ejercer la censura previa cuando en tiempo de guerra un periódico se dispone a publicar la fecha de salida de determinado barco de transporte, o el número de tropas desplazadas a cierto sector. Cfr. «Freedom of Speech in War Time», p. 939.

¹⁵ Cfr. *ibid.*, p. 940.

eficazmente la libertad de expresión de su abuso¹⁶. De entrada –prosigue Chafee– no será difícil traer a colación casos claros tanto de genuina libertad de expresión como de genuino abuso. Pero la simple multiplicación de ejemplos más o menos obvios no equivale a la obtención de un criterio racional, ya que sigue existiendo una zona de grises que es precisamente la que nos recuerda la necesidad de hallar ese criterio, y en la que la simple afirmación de que la libertad de expresión no incluye su abuso no resuelve absolutamente nada¹⁷.

En cualquier caso, una cosa sí parece clara de inicio: quienes redactaron la Primera Enmienda no buscaban prohibir la censura previa sin más. De hecho, la censura como tal ya estaba prohibida en las colonias desde 1725, habiéndose sustituido por la persecución *ex post facto* de libelos, tanto difamatorios (contra los particulares) como sediciosos (contra el Gobierno). Aquella ley del libelo sedicioso, soportada a duras penas por los colonos, partía de una concepción política según la cual los gobernados debían ser tratados como súbditos y los gobernantes como sus superiores. En un contexto así, toda crítica al poder era vista *de facto* como sedición, con independencia de la intención de su autor o de la veracidad de lo criticado. Bajo esa ley, libertad de prensa y libertad de expresión equivalían sin más a ausencia de censura. Pero existía una segunda manera de ver ambas libertades que ya había sido asumida como propia por los colonos, a saber, que la libertad de expresión y la libertad de prensa implican el derecho a discutir de los asuntos públicos sin restricciones. Esa era, obviamente, la concepción de los que redactaron la Constitución de los Estados Unidos y sus primeras enmiendas. Aquellos hombres buscaban que delitos como el de sedición inglés pasaran a la Historia, y entendían el gobierno como un servicio sujeto a responsabilidad ante el pueblo, y no al revés¹⁸.

En desarrollo de las cláusulas de protección de la libertad de expresión, la posterior *Sedition Act* estadounidense de 1798 admitió la veracidad de lo afirmado como circunstancia exculpatoria (algo que ya se venía practicando habitualmente en las colonias), y confió al jurado el conocimiento de este tipo de ofensas. Con todo, continúa Chafee, la cuestión principal en cualquier controversia acerca de la libertad de expresión quedaba sin abordarse directamen-

¹⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 942-943.

¹⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 943-944, donde se ponen varios ejemplos y algún contraejemplo. Desde el respeto por su trayectoria, Chafee no excluye aquí de críticas a Oliver W. Holmes, quien como magistrado ponente en *Schenck v United States* habría incurrido precisamente en esa clase de argumentación circular (cfr. *ibid.*, p. 944).

¹⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 946-947.

te, pues lo determinante no es si la decisión recae en un jurado o si se admite la *exceptio veritatis*, sino qué criterio se usa para determinar lo que constituye delito en este punto. Más en concreto, lo determinante es saber si el Estado puede castigar toda *bad tendency*: toda manifestación verbal que *tienda*, siquiera remotamente, a provocar una acción delictiva, o solamente las palabras que inciten *directamente* a cometer un delito¹⁹. En el segundo caso no hay necesidad alguna de una ley contra la sedición, pues basta con aplicar los estándares ordinarios de incitación al delito y tentativa. Si se aplican esos estándares, la intención ilícita del que pronuncia esas palabras debe quedarse *razonablemente cerca del éxito* para que su manifestación sea tenida en cuenta²⁰.

El problema, apunta Chafee, es que una potestad tan limitada difícilmente satisface a los más celosos en tiempo de guerra. Para ellos, toda condena, toda crítica en contra de la guerra o del llamamiento a filas puede concebiblemente llevar a una resistencia activa o una insubordinación. «¿No es mejor [dicen] matar a la serpiente cuando aún está en el nido?»²¹.

Ése ha sido siempre, a juicio de Chafee, el argumento de los que se oponen a la libertad de expresión. Y las armas jurídicas más poderosas con las que cuentan son dos: (a) la doctrina de la causa(ción) indirecta [*the doctrine of indirect causation*], según la cual para reprimir una afirmación cualquiera bastaría con que ésta tienda supuestamente a generar un daño, incluso antes de que exista probabilidad *real* de que ese daño tenga lugar; y (b) la doctrina de la intención implícita [*the doctrine of constructive intent*], que aplicada aquí supone presumir la intención de generar violencia a partir de la tendencia que tendrían ciertas palabras a generarla, sobre la base de presumir que quien actúa asume las consecuencias de sus actos²².

A la hora de aplicar la *Espionage Act*, ambas doctrinas estaban siendo empleadas en aquel momento por la mayor parte de los tribunales federales del país²³. Y Chafee, por su parte, apuntaba que el empleo de semejantes doctrinas

¹⁹ Cfr. *ibid.*, p. 948.

²⁰ Cfr. *ibid.*

²¹ *Ibid.*, p. 949.

²² Cfr. *ibid.*

²³ En sentencias como *O'Hare v. United States*, 253 F 538 (8th Cir 1918), *Deason v. United States*, 254 F 259 (5th Cir 1918), *Kirchner v. United States*, 255 F 301 (4th Cir 1918), *Shaffer v. United States*, 255 F 886 (9th Cir 1919) y un largo etcétera. Por lo general, los tribunales federales trasladaban a los jurados la responsabilidad de decidir, en calidad de *quaestio facti*, si el lenguaje de los acusados había o no contravenido la ley. Eso sí, lo hacían después de haberles instruido previamente sobre el contenido de ésta, muchas veces en términos que predisponían al jurado para

en la jurisprudencia conduce, en la práctica, a una censura *a posteriori* de la prensa. El hecho de que el censor no sea ya el juez sino el jurado puede hacer que, ocasionalmente, alguno se libre de reproche (si su crítica al gobierno está recogiendo un sentimiento más o menos popular, que encuentre por ello receptividad en el jurado), pero en tiempos de guerra o de grave desorden público el derecho a que te juzgue un jurado tiene mucha menor relevancia –dice Chafee– pues en ese contexto el instinto gregario se fortalece y la defensa de un punto de vista impopular –bien para la mayoría de la sociedad, bien para los que conforman el jurado– suele ser rechazada sin miramientos²⁴. Si la tendencia nociva [*bad tendency*] es adoptada por el tribunal como criterio para determinar el carácter delictivo de una afirmación, entonces lo habitual será que en tiempos de agitación social el poder emplee a los jurados para censurar los escritos que se opongan a él. Eso fue lo que sucedió históricamente en Inglaterra a finales del XVIII y principios del XIX, cuando se agitó el fantasma de la Revolución que estaba teniendo lugar en Francia para promover numerosos juicios por sedición²⁵.

La concepción popular de la libertad de expresión y prensa como el derecho a discutir de los asuntos públicos sin restricciones es por tanto incompatible también con estas doctrinas. En el Reino Unido, explica Chafee, siguieron coleando hasta el triunfo del liberalismo en 1832, pero en Estados Unidos habían desaparecido con la adopción de la Primera Enmienda en 1791, mientras que en la Francia republicana no existe el delito de opinión y en general la incitación *indirecta* al delito tampoco es castigada desde hace mucho tiempo. El resurgir de esas doctrinas en el contexto actual, dice Cha-

la condena. Cfr. RABBAN, D. M., «The Emergence of Modern First Amendment Doctrine», *The University of Chicago Law Review*, vol. 50 (1983), pp. 1222-1235; y también STONE, G., «Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917: A Mystery Unraveled», *The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (2003), pp. 337-341.

²⁴ En esa línea afirma Chafee: «Merece la pena que consideremos con franqueza si, en un país donde los tribunales aplican la doctrina de la causación indirecta, doce pequeños propietarios previamente sometidos a una serie ininterrumpida de campañas patrióticas, y llegados a una edad tal que no corren riesgo de ser llamados obligatoriamente a filas, son las personas idóneas para decidir si los escritos de un pacifista, que además resulta ser socialista y simpatizante de la Revolución rusa, tienden o no a obstruir el reclutamiento» («Freedom of Speech in War Time», p. 949). En un país así, a ese alguien se le condenará en la práctica totalidad de los casos.

²⁵ Cfr. *ibid.*, p. 950. Con jurado o sin él, todo régimen que reprime la libertad de expresión tiende a echar mano de la doctrina de la *bad tendency* frente a sus disidentes (piénsese, sin ir más lejos, en ejemplos contemporáneos como China o Venezuela).

fee, es un síntoma inequívoco de ataque a la libertad de expresión y a la libertad de prensa²⁶.

Primera conclusión: el elemento más consustancial a la defensa de la libertad de expresión es el rechazo de la tendencia nociva como criterio para determinar si una aseveración (sea de carácter religioso, filosófico, político, etc.) es o no delictiva.

Queda claro entonces que la Primera Enmienda sí fija límites a la potestad del Congreso para restringir la libertad de expresión. Y aunque hay quien dice que una cláusula de la Constitución estadounidense (como es la Primera Enmienda) no puede ser empleada para impedir la aplicación de otra (concretamente, la potestad que la Constitución otorga al Congreso para declarar la guerra y armar un ejército), quienes afirman eso olvidan que lo contrario también es cierto. Una y otra deben ajustarse entre sí, por tanto, y ese proceso de mutuo ajustamiento no puede llevarse por delante la *Bill of Rights*, que además –recuerda Chafee– fue redactada por personas que acababan de pasar por una guerra²⁷. En definitiva: «si la Primera Enmienda significa algo (...) ha de poder aplicarse a aquellas actividades gubernamentales que son más susceptibles de obstaculizar la libre discusión, a saber, el servicio postal y la dirección de la guerra»²⁸.

Una de las finalidades principales de la sociedad y del gobierno, continúa Chafee, es el descubrimiento y la difusión de la verdad en asuntos de interés general. Y esto sólo es posible donde la discusión sobre esos asuntos no está restringida. Sin duda, una discusión irrestricta de esos asuntos a veces interfiere con otros objetivos legítimos del gobierno, como el orden, la formación de los jóvenes²⁹,

²⁶ Cfr. *ibid.*, p. 952. En la historia de los Estados Unidos, prosigue Chafee, sólo hay un precedente claro de empleo de esas doctrinas: las polémicas *Alien and Sedition Acts* de 1798 cuya aplicación hundió al Partido Federalista de John Adams (cfr. *ibid.*, pp. 952-954 y más extensamente HALPERIN, T. D., *The Alien and Sedition Acts of 1798: Testing the Constitution*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2016). Fueran o no inconstitucionales aquellas leyes –Jefferson, sucesor de Adams en la Presidencia, aducía que sí y abolió tres de las cuatro–, lo cierto es que frustraban la idea central de la Primera Enmienda, a saber, la discusión *abierta* de los asuntos públicos, que de suyo implica la protección de las minorías.

²⁷ Cfr. «Freedom of Speech in War Time», p. 955.

²⁸ *Ibid.*, p. 956.

²⁹ Estas reflexiones de Chafee continúan siendo de gran utilidad para orientarnos en polémicas tan actuales como la suscitada últimamente por los llamados *trigger warnings* en los campus de no pocas Universidades anglosajonas, a propósito de lo que puede o no decirse en clase en estos tiempos de hipercorrección política. Cfr., p. ej., LUKIANOFF, G. y HAYDT, J., «The Coddling of the American Mind», *The Atlantic*, September 2015 issue, <www.theatlantic.com/magazine/archive/2015/09/the-coddling-of-the-american-mind/399356/> [consultado: 30/06/2016]; o SLATER, T. (ed.), *Unsafe Space. The Crisis of Free Speech on Campus*, London, Palgrave Macmillan, 2016.

la protección frente a agresiones externas, etc. Y proteger semejantes objetivos puede justificar ciertas restricciones, pero no hasta el punto de que la libertad de expresión deje de ser tenida en cuenta. De esta forma, aquellos objetivos y la libertad de expresión han de ser objeto de ponderación entre sí, sin olvidar que el peso de la libertad de expresión ha de seguir siendo significativo. En lo que atañe concretamente a la protección de la libertad de expresión en tiempos de guerra, la fijación del límite de los derechos respectivos que enarbolan gobierno y agitadores debe hacerse comprendiendo que detrás de ellos se encuentran ciertos intereses individuales y sociales, y que son ellos los que deben ser ponderados entre sí una vez hayan sido correctamente verificados³⁰. Y es que, afirma Chafee, «[l]os derechos y potestades recogidos en la Constitución, con excepción de los que van orientados a crear la maquinaria del sistema federal, son esencialmente medios para la protección de importantes intereses individuales y sociales, y al ser necesaria la ponderación de éstos entre sí, las disposiciones [que los regulan] no pueden ser interpretadas de forma absolutamente literal»³¹.

Pues bien, prosigue Chafee, la Primera Enmienda protege dos clases de intereses en relación a la libertad de expresión: por un lado el *interés individual de cualquier ser humano en expresar su opinión sobre cuestiones de vital importancia para él* («sin el cual la vida no merece ser vivida»³²), y por otro un *interés social*

³⁰ Cfr. «Freedom of Speech in War Time», p. 957. Aquí Chafee se apoya de forma explícita en la noción de derecho como interés jurídico protegido de Rudolf von Jhering, así como en la obra de su colega y Decano en la Facultad de Derecho de Harvard, Roscoe Pound (cfr. *ibid.*, notas 81 y 85 en pp. 957-958). En efecto, POUND se hallaba en esa época en pleno desarrollo de su teoría de los intereses, en textos como «Interests of Personality», *Harvard Law Review*, vol. 28 (1915), pp. 343-365 y 445-456; «Individual Interests in the Domestic Relations», *Michigan Law Review*, vol. 14 (1916), pp. 177-196; y «A Theory of Social Interests», *Papers and Proceedings of the American Sociological Society*, vol. 15 (1921), pp. 16-45. Por mi parte he realizado un examen exhaustivo de la teoría de los intereses de Pound en GARCÍA RUIZ, L., *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Comares, Granada, 2002, pp. 127-172. En cuanto a la propia ponderación como técnica jurídica y su adecuación para estos casos, cfr. un inteligente análisis crítico en SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

³¹ «Freedom of Speech in War Time», p. 957. Por ejemplo –anota Chafee– la Decimotercera Enmienda, que prohibió la servidumbre involuntaria, está sujeta a muchas excepciones implícitas para asegurar diversos intereses sociales, como la construcción de carreteras o el servicio militar. Ciertamente, el hecho de que se trate de excepciones tradicionales no las justificaría, pero sí sería al menos un indicio de la razonabilidad de su existencia. Cfr. *ibid.*, pp. 957-58.

³² «*There is an individual interest, the need of many men to express their opinions on matters vital to them if life is to be worth living*» (*ibid.* p. 957). Bien podría verse aquí una definición implícita de derechos humanos por parte de Chafee: esos serían, precisamente, todos *aquellos intereses o bienes cuya privación hace que la vida sea indigna, que no merezca la pena*.

en la consecución de la verdad que permita al país no sólo inclinarse por el curso de acción más sensato en cada momento sino llevarlo a cabo de la manera más sensata (algo difícil de hacer, se sobreentiende, sin una opinión pública fuerte y libre). Y este interés social es, además, especialmente importante en tiempo de guerra. De ahí que resulte nefasto autorizar únicamente la crítica de quienes están a favor de emprender o continuar con el conflicto³³.

De hecho, el gran inconveniente que a su juicio presentan la mayor parte de las sentencias que han aplicado la *Espionage Act* es que han ignorado este interés social, considerando la libertad de expresión como un interés puramente individual que –por serlo– debería ceder siempre al entrar en colisión con el *interés social en la seguridad nacional*. Tradicionalmente –recuerda Chafee– la jurisprudencia ha fracasado a la hora de formular un principio que delimite claramente lo que es y lo que no es libertad de expresión, y por eso ahora los jueces, a la hora de abordar los casos difíciles asociados a esa ley carecen de un estándar o criterio claro de criminalidad al que atenerse. Eso ha permitido a algunos de ellos imponer estándares de su propia cosecha que de generalizarse harían prácticamente imposible toda oposición a esta o cualquier otra futura guerra³⁴. Pero lo cierto es que la determinación del principio que establezca cuando una declaración es o no ajustada a derecho implica necesariamente la ponderación de dos intereses sociales importantísimos, a saber, el interés en la seguridad pública y el interés en la búsqueda de la verdad. Cuanto mejor se conserven ambos al tiempo, más razonable será la decisión. Y si la libertad de expresión tiene que ser sacrificada en ocasiones, debe serlo solamente cuando el interés en la seguridad pública esté *de verdad* en peligro y no cuando quepa concebir que aquélla pudiera quedar ligeramente afectada³⁵. En definitiva: *en tiempo de guerra, la libertad de expresión*

³³ Cfr. *ibid.*, p. 958. He aquí un par de consideraciones de Chafee muy apropiadas, p. ej., para lo que sucedió después con la guerra de Vietnam: «*Truth can be sifted out from falsehood only if the government is vigorously and constantly cross-examined, so that the fundamental issues of the struggle may be clearly defined, and the war may not be diverted to improper ends, or conducted with an undue sacrifice of life and liberty, or prolonged after its just purposes are accomplished*» (*ibid.*, p. 958). Y también: «*[T]he objects of a war may change completely during its progress, and it is well that those objects should be steadily reformulated under the influence of open discussion not only by those who demand a military victory but by pacifists who take a different view of the national welfare*» (*ibid.*, p. 959).

³⁴ Cfr. *ibid.*, p. 959, y los ejemplos allí mencionados. Esa circunstancia hizo posible, sin ir más lejos, que algunos opositores a la Guerra fueran procesados en ciertos Estados de la Unión por proferir comentarios que ya habían realizado sin objeción alguna en otros territorios del país. Cfr. KENNEDY, D., *Over Here*, cit., p. 83.

³⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 959-960. La actualidad de estas reflexiones en relación a casos como el de Edward Snowden, y la reinterpretación de la Primera Enmienda que tales casos pueden traer consigo

debe quedar desprovista de censura y de posterior sanción, salvo que dé claramente lugar a una interferencia directa y peligrosa en relación al curso de la propia guerra.

El límite a la libertad de expresión, por tanto, debe quedar fijado lo más cerca posible del punto en el que las palabras dan pie a actos ilegales. Ciertamente, esta delimitación principal, apoyada en la tarea de ponderación de intereses antes aludida, no define el derecho a la libertad de expresión con la precisión de una regla (porque la libertad de expresión puede entrar en colisión con circunstancias de tipo político que son por definición flexibles, más flexibles sin duda que, por ejemplo, las que surgen en torno a un problema hereditario, o de derechos reales), pero al menos sí ilumina claramente el sentido de la Primera Enmienda en la línea de prohibir todo castigo a una aseveración concreta por el mero hecho de que ésta *tienda a ser* injuriosa. En definitiva –concluye Chafee– la *Espionage Act* de 1917 puede ser considerada constitucional siempre que se haga compatible con esta interpretación de la Primera Enmienda u otra similar, pero si se opta por darle un sentido más extremo, como ha venido haciendo cierta jurisprudencia, se estará violando claramente la propia Primera Enmienda³⁶.

Zechariah Chafee dedica la última parte de su artículo, precisamente, a examinar la interpretación y aplicación que la jurisprudencia otorgó a la *Espionage Act* en los primeros años posteriores a su entrada en vigor. Para ello se centra de modo particular en dos decisiones, ambas redactadas por juristas ilustres: de una parte, la sentencia del Tribunal del Distrito Sur del Estado de Nueva York *Masses Publishing Co. v. Patten* de 24 de julio de 1917³⁷, que tuvo

salta a la vista. Cfr. al respecto OPT, S., «Naming Edward Snowden's Actions as 'Heroic' or 'Villainous': Implications for Interpreting First Amendment Trends», *First Amendment Studies*, vol. 49 (2015), pp. 98-112.

³⁶ Cfr. «Freedom of Speech in War Time», p. 960. El efecto severamente represivo de la *Espionage Act* ya en su redacción original habría sido más fruto de la interpretación que le dieron los tribunales, azuzados por el Departamento de Justicia, que de una intención expresa del Congreso, como probaría el tenor de la discusión en la fase legislativa previa. Cfr. *ibid.*, p. 972, y en el mismo sentido, STONE, G., «Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917», cit., pp. 345 y ss. Discrepa en este punto RABBAN, D., «The Emergence of Modern First Amendment Doctrine», cit., pp. 1217 y ss.

³⁷ *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F 535 (1917). En contra del criterio de la Fiscalía, el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York decretó que el contenido de la revista social-comunista *The Masses* no transgredía la *Espionage Act*, y que la negativa del Director General de Correos a permitir su circulación postal –aduciendo que sí lo hacía– violaba la Primera Enmienda. No obstante, su sentencia fue posteriormente revocada en apelación. El asunto no llegó al Tribunal Supremo porque en él no se llegó a plantear formalmente la cuestión de constitucionalidad.

como ponente a Learned Hand³⁸; de otra, la sentencia del Tribunal Supremo *Schenck v. United States* de 3 de marzo de 1919³⁹, a cargo de Oliver Wendell Holmes⁴⁰.

En *Masses Publishing Co. v. Patten*, dictada antes de la reforma de 1918, Hand se negó a interpretar la *Espionage Act* original (que solamente trataba de la interferencia en asuntos militares) como una autorización para suprimir toda opinión y crítica hostiles hacia la guerra. En una sociedad democrática, dice Hand, el criterio para restringir la libre expresión de alguien no ha de ser la sensatez o justicia de lo que dice, ni lo decente y reportado de su tono, sino el serio peligro [*strong danger*] de que esa manifestación origine actos nocivos [léase ilegales: *injurious acts*]. El consejo o la incitación a transgredir leyes queda por tanto fuera de la libertad de expresión, pero todo lo que quede por

³⁸ Billings Learned Hand (1872-1961), legendario juez estadounidense y eterno aspirante al Tribunal Supremo, fue miembro del Tribunal del Distrito Sur del Estado de Nueva York (1909-1924) y del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito federal (1924-1951). Fino jurista, poseedor de una extraordinaria elegancia formal, sus resoluciones constituyen aún hoy una referencia en los más variados campos del Derecho de su país. Afín a la *sociological jurisprudence* de Pound, Brandeis, Cardozo y Frankfurter, se adhirió al progresismo reformista de su época, siendo defensor de la legislación social del momento y al tiempo enemigo de los activismos judiciales de cualquier signo. Es el juez más veces citado por el Tribunal Supremo americano que no haya sido miembro del propio Tribunal. Cfr. GUNTHER, G., *Learned Hand. The Man and the Judge*, New York, Oxford University Press, 2.ª ed., 2010.

³⁹ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Charles Schenck, secretario general del Partido Socialista en Filadelfia, había distribuido miles de panfletos animando a los jóvenes a no alistarse en el ejército, en tanto que la Decimotercera Enmienda prohibía la servidumbre involuntaria. Se le condenó en primera instancia y en apelación, y Schenck llevó el caso ante el Supremo aduciendo que la Primera Enmienda le protegía. El Tribunal Supremo le condenó por unanimidad. *Schenck* fue la decisión de referencia para otras tres sentencias que conocieron casos de obstrucción al alistamiento en aplicación de la *Espionage Act* original, de ahí que Chafee centre su comentario en ella. Las otras fueron *Sugarman v. United States*, 249 U.S. 182 (1919) publicada también el 3 de marzo; *Frobwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919), de 10 de marzo; y *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919), asimismo de 10 de marzo. En todas ellas se ratificaron unánimemente las condenas.

⁴⁰ Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) es uno de los juristas más renombrados de la historia de Estados Unidos. Fue un joven soldado en la Guerra Civil americana, licenciado en Derecho por Harvard, hombre de cultura renacentista, abogado durante quince años, y sobre todo un eminente juez: miembro y después *Chief Justice* de la Corte Suprema de Massachusetts (1882-1902), y magistrado del Tribunal Supremo (1902-1932). Con su doctrina jurisprudencial, tanto en calidad de ponente como a través de votos particulares, Holmes contribuyó de forma decisiva a trazar las líneas básicas del Derecho estadounidense en el siglo XX. Cfr. una aproximación a su figura en POSNER, R. A. (ed.), *The Essential Holmes. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

debajo de esa directa incitación debe admitirse como protegido por el derecho a la libertad de expresión. Una cosa es la agitación política, que indirectamente puede acabar por estimular en algunos el quebranto de la legalidad, y otra bien distinta la incitación directa a la violencia. Y «esta distinción –dice Hand– no es un subterfugio escolástico, sino un logro obtenido con mucho esfuerzo en la lucha por la libertad»⁴¹.

Para Chafee, Hand estaba en lo cierto: la ley original castigaba las declaraciones e informes *falsos* (lo cual es una cuestión de hecho, no de opinión), la interferencia o el intento de interferencia con los asuntos militares, y probablemente la incitación a otros a realizar todo esto. Acudía, por tanto, a los estándares ordinarios de incitación al delito y de tentativa. Y la incitación a un delito, lo mismo que la tentativa, para ser condenable debe quedarse *peligrosamente cerca* de lograr su propósito. La incitación *directa* es, en fin, una cuestión de grado, que se debe determinar atendiendo a las circunstancias del caso. Aquí Chafee introduce una metáfora hídrica muy ilustrativa: lo normal –dice– es castigar una agitación verbal cuando el agua está a punto de hervir; el Congreso puede rebajar algo esa exigencia en tiempo de guerra y decir que se castigará la agitación también cuando el agua se ponga caliente; lo que es inconstitucional es interferir cuando el agua está templada sin más⁴². La *Espionage Act* de 1917 parecía tener esto claro, y si se interpreta de forma estricta (como debe hacerse con cualquier ley penal) tiene justificación, pues habla de «causar», «intentar», «obstruir»; no así la reforma de 1918, que convierte en delictiva casi cualquier opinión contraria a la guerra⁴³.

⁴¹ *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F 535 (1917), p. 540, citada en «Freedom of Speech in War Time», p. 962. Cfr. también STONE, G., «Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917: A Mystery Unraveled», cit., pp. 341 y ss.

⁴² Cfr. «Freedom of Speech in War Time», p. 963.

⁴³ En efecto, obsérvese cómo ciertas disposiciones de la reforma de 1918 van dirigidas a castigar intenciones implícitas o tendencias nocivas remotas (las cursivas son añadidas): «Whoever, when the United States is at war, shall wilfully (...) make or convey false reports, or false statements, or say or do anything except by way of bona fide and *not disloyal* advice to an investor with intent to obstruct the sale by the United States of bonds or the making of loans by or to the United States, or whoever, when the United States is at war, shall wilfully (...) utter, print, write, or publish any *disloyal, profane, scurrilous, or abusive language about the form of government of the United States, or the Constitution of the United States, or the military or naval forces of the United States, or the flag or the uniform of the Army or Navy of the United States, or any language intended to bring the form of government or the Constitution or the military or naval forces or the flag of the United States into contempt, scorn, contumely, or disrepute* or shall wilfully display the flag of any foreign enemy, or shall wilfully urge, incite, or advocate any curtailment of production in this country of any thing or things necessary or essential to the prosecution of the war... and whoever shall wilfully advocate,

La posterior revocación de la sentencia de *Masses Publishing Co. v. Patten* por parte del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito federal⁴⁴ produjo un resurgir de las doctrinas de la causación indirecta y de la intención implícita en la mentalidad de los jueces que se enfrentaban a estos casos, y un destierro del criterio ordinario de la incitación. Se permitió la condena de algunos por haber pronunciado palabras que tuvieron el efecto indirecto de desanimar a otros a alistarse, por haber existido la intención de desanimarles, y ese requisito de la intencionalidad se convirtió en una mera formalidad en la medida en que podía ser inferido de la existencia del efecto indirecto. Aunque su tenor literal fuera bien distinto, al final la interpretación judicial que se hizo de la *Espionage Act* de 1917 era muy similar a la que había tenido la *Sedition Act* de 1798, con la diferencia de que la ley de 1798 al menos admitía la veracidad de lo declarado como circunstancia eximente⁴⁵.

En cuanto a *Schenck v. United States*, fue la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo estadounidense abordó, no sólo la *Espionage Act*, sino la propia libertad de expresión en cuanto derecho constitucional. En un célebre pasaje de aquella sentencia, razonaba así Holmes:

Admitimos que, en muchos lugares y en tiempos ordinarios, todo cuanto han expresado los acusados en la circular se enmarcaría en el ámbito de sus derechos constitucionales. Pero el carácter de cada acto depende de las circunstancias en las que se realiza. La protección más estricta de la libertad de expresión no sería aplicable a un hombre que, sin aprecio por la verdad, gritara «¡fuego!» en un teatro y provocara el pánico. En todos

teach, defend, or suggest the doing of any of the acts or things in this section enumerated and whoever shall by word or act support or favor the cause of any country with which the United States is at war or by word or act oppose the cause of the United States therein, shall be punished by a fine of not more than \$10,000 or imprisonment for not more than twenty years, or both.» (U.S. Espionage Act of May 18, 1918, Title I, Section 3).

⁴⁴ *Masses Publishing Co. v. Patten*, 246 F 24 (2nd Cir 1917), con Henry Wade Rogers como ponente.

⁴⁵ Cfr. «Freedom of Speech in War Time», pp. 964-966. Se dieron argumentaciones particularmente encendidas en esa línea, como la del juez van Valkenburg en *United States v. Rose Pastor Stokes*. Según este juez, para que una opinión contraria a la guerra resultara censurable bastaba que fuera escuchada por las madres, hermanas, esposas o novias de los combatientes, ya que podría rebajar su entusiasmo por la guerra, y «nuestros ejércitos (...) sólo pueden salir victoriosos en la medida en que reciban el apoyo y aliento de sus familias» (*United States v. Rose Pastor Stokes*, Bull. Dept. Just. 106, p. 4, [W.D. Mo., 1917]). En otro pasaje de aquella sentencia, van Valkenburg afirmaba sin empacho alguno que la única crítica protegida por la libertad de expresión es «la crítica amistosa hacia la guerra, hacia las medidas adoptadas por el gobierno» (*ibid.*, p. 14).

los casos, *la cuestión es si las palabras empleadas lo fueron en tales circunstancias y son de tal naturaleza que puedan crear un peligro claro y presente de generar los daños sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir*. Es un asunto de proximidad y de grado. Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que podrían decirse en tiempo de paz se vuelven un obstáculo tan grave para sus campañas bélicas que no es posible tolerarlas mientras haya hombres en combate, y ningún tribunal las puede proteger bajo derecho constitucional alguno⁴⁶.

El estándar aquí trazado por Holmes (*clear and present danger*) parece situarse en la línea de la incitación o causación *directa* antes mencionada. Sin embargo –comenta Chafee– en un caso muy similar e inmediatamente posterior a éste como *Debs v. United States*, también con Holmes como ponente, el Tribunal Supremo no aplicó el estándar de *Schenck*, sino que argumentó en términos más cercanos a las doctrinas de la causación indirecta y la intención implícita. Y lo que es más lamentable: Holmes no hizo nada ni en *Schenck* ni en *Debs* para enfatizar la existencia de un interés social en la protección de la libertad de expresión, ni para mostrar la necesidad de ponderarlo frente a otros intereses sociales, también en tiempo de guerra⁴⁷.

Con todo, Chafee encontraba algo positivo en estos primeros pronunciamientos del Supremo estadounidense a propósito de la *Espionage Act*. Por un lado, entendía que el estándar de *clear and present danger* formulado por Holmes en *Schenck* resultaba operativo y suficientemente adecuado como

⁴⁶ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 39 (1919). La traducción y las cursivas son mías.

⁴⁷ Cfr. «Freedom of Speech in War Time», pp. 967-968. Lo mismo podría decirse de *Frobwerk v. United States*, donde la argumentación era parecida. Holmes, por cierto, encajó la crítica de Chafee tras un encuentro personal entre ambos en el verano de 1919 a iniciativa de Harold Laski, buen amigo de los dos. De hecho, Holmes terminaría incorporando esa crítica pocos meses después a su voto particular disidente en *Abrams v. United States*, la primera sentencia del Supremo que conoció de un caso vinculado a la reforma de 1918. Como en las resoluciones anteriores, el Alto Tribunal respaldó las condenas de los tribunales inferiores, si bien en esta ocasión el voto particular de Holmes (al que se sumó también Louis D. Brandeis) restó unanimidad a la decisión. El cambio de parecer de Holmes está bien documentado en su correspondencia, y ampliamente glosado en estudios como los de RABBAN, D. M., «The Emergence of Modern First Amendment Doctrine», cit., pp. 1205-1355; BOGEN, D. S., «The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes», *Hofstra Law Review*, vol. 11 (1982), pp. 97-189; o HEALY, Th., *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind –and Changed the History of Free Speech in America*, New York, Metropolitan Books, 2013. Por su parte, CHAFEE publicó en abril de 1920 un nuevo artículo centrándose en el análisis de esa resolución: «A Contemporary State Trial –The United States versus Jacob Abrams et al.», *Harvard Law Review*, vol. 33 (1920), pp. 747-774.

tal⁴⁸, y que probablemente haría que las argumentaciones de los tribunales inferiores más burdamente favorables a las doctrinas de la causación indirecta y la intención implícita (como la de *United States v. Rose Pastor Stokes*⁴⁹) se desbaratasen si terminaban llegando al Supremo. Por otro lado, recordaba que tanto *Schenck* como *Debs* abordaban casos referidos a la *Espionage Act* original, y que no entraban por tanto a analizar los preceptos de la reforma de 1918. Y es que para Chafee esos preceptos iban tan lejos en su castigo de la tendencia nociva (sin admitir siquiera la *exceptio veritatis*) que, con toda probabilidad, eran inconstitucionales⁵⁰.

Aunque la intuición de Chafee acerca de la inconstitucionalidad de la reforma de 1918 no debía andar muy desencaminada, no hubo oportunidad de comprobar su acierto ya que, muy significativamente, dicha reforma fue derogada el 13 de diciembre de 1920, coincidiendo con el declive de la *caza de brujas* anticomunista del Fiscal General Palmer⁵¹. Con todo, conviene recordar que buena parte de la *Espionage Act* original sigue en vigor hoy en día, incluidos los tres delitos tipificados en la redacción original⁵², por lo que el análisis de Chafee mantiene en gran medida su vigencia y su interés⁵³.

⁴⁸ Chafee interpretaba así en el mejor sentido posible la opinión de Holmes en *Schenck*, pese a las reservas que le había suscitado la sentencia en su conjunto, y pese a que la argumentación de Hand en *Masses* le habría resultado más convincente. Andados los años, la sentencia del Tribunal Supremo *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), trazará otro estándar más preciso aún, el de *imminent lawless action*, que es el que actualmente se observa en la aplicación de la *Espionage Act*, y cuyo origen y sentido cabe retrotraer claramente hasta las consideraciones de Hand en *Masses*. Cfr. GUNTHER, G., «Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History», *Stanford Law Review*, vol. 27 (1975), pp. 750-755.

⁴⁹ Cfr. nota 45, *supra*.

⁵⁰ Cfr. «Freedom of Speech in War Time», p. 969.

⁵¹ A ello hay que sumar que numerosas condenas, incluidas las de procesados por artículos de la redacción original como la del líder socialista Eugene V. Debs, fueron también rebajadas a lo largo de esos meses.

⁵² En efecto, tanto los tres delitos recién referidos como buena parte del resto de la *Espionage Act* original continúan actualmente en vigor integrados en el título 18 (*Crime*) del *United States Code* (18 U.S.C., ch. 37, §792 et seq.). También sigue en vigor una cláusula específica que autoriza la deportación de los nacionales de países en guerra con EE.UU., cláusula ésta cuya primera redacción se remonta a 1798 y que según Chafee constituye también un poderoso límite indirecto para la libertad de expresión de esas personas llegado el caso (cfr. «Freedom of Speech in War Time», p. 971).

⁵³ No obstante lo dicho, a partir de *Hartzel v. United States*, 322 U.S. 680 (1944), el Tribunal Supremo limitó sustancialmente el ámbito de aplicación de la *Espionage Act*, pues desde entonces queda descartada la condena de los intentos de obstrucción del esfuerzo bélico si el Gobierno no ha aportado pruebas fehacientes en ese sentido.

En cualquier caso, el análisis de Chafee pone de manifiesto que la protección concreta de los derechos humanos –como es el caso aquí, en su condición de derechos fundamentales, y dentro por tanto del ordenamiento de un país particular– ha de contar con las circunstancias que rodean su protección. En ese sentido no es lo mismo, ciertamente, proteger la libertad de expresión en tiempos de guerra que en tiempos de paz, pues la limitación tenderá inevitablemente a ser mayor en el primer caso. Pese a todo, esa circunstancia tampoco puede erigirse en un salvoconducto para perseguir toda opinión contraria a la acción del gobierno en relación al curso de la guerra, como se intentó hacer en el ejemplo aquí considerado, pues ello equivaldrá *de facto* a suprimir el derecho a la libertad de expresión para ese tiempo y espacio.