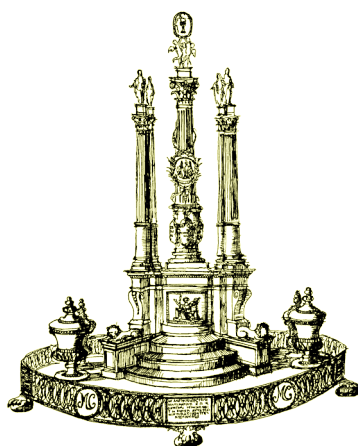


VIDAS POR EL DERECHO

EDICIÓN DE ESTEBAN CONDE NARANJO

Clara Álvarez Alonso Frédéric Audren Esteban Conde Naranjo
Catherine Fillon Sebastián Martín Aldo Mazzacane
Cristina Nogueira da Silva Carlos Petit María Nieves Saldaña
José Subtil Jesús Vallejo Cristina Vano



La génesis del Mercado de las Ideas: la Areopagítica de John Milton.
Su recepción en la tradición jurídica norteamericana:
Oliver W. Holmes y la Primera Enmienda

María Nieves Saldaña
Universidad de Huelva

I. LA TRADICIÓN DEL MERCADO DE LAS IDEAS: LIBRE DEBATE, VERDAD Y LIBERTAD

La concepción del *Mercado de las Ideas* constituye uno de los argumentos más esgrimidos del discurso de la libertad de expresión en la tradición jurídica occidental. Su fundamentación sostiene que la libre expresión de ideas y opiniones contribuye a la conquista del conocimiento y la verdad, deviniendo, por tanto, en vehículo para alcanzar la libertad en un Estado democrático. Su más célebre exposición se remonta a principios del siglo XX, tal como fue formulada en 1919 por el conocido Juez de Tribunal Supremo norteamericano Oliver W. Holmes en su opinión disidente del caso *Abrams v. United States*,

La persecución por expresar ideas me parece perfectamente lógica. Si no se alberga duda alguna acerca de las propias premisas y si se quiere, además, conseguir un cierto resultado con todo el corazón, entonces se expresará con naturalidad los deseos en la ley y se eliminará toda oposición [...] Pero cuando los hombres comprueban cómo el tiempo ha invalidado muchas creencias en lucha, entonces pueden llegar a creer incluso más profundamente de lo que creen que constituye la base auténtica de su propia conducta que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que el pensamiento tiene para ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden

cumplirse. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como toda vida es un experimento¹.

Desde entonces, un importante sector de la doctrina ha defendido una interpretación abierta y dinámica de la libertad de expresión por su virtud para alcanzar la verdad y la libertad². Así, Zechariah Chafee, Jr., contemporáneo de Holmes y uno de los primeros constitucionalistas que dedicó el grueso de su línea de investigación a la cláusula de libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda³, calificó la oratoria holmesiana como una magnífica exposición de la fundamentación filosófica sobre la que descansa la protección constitucional de la libertad de expresión⁴. Aunque esto no debe extrañarnos, si es verdad que fue el mismo Chafee quien convenció a Holmes de tal concepción en un encuentro que, propiciado por Harold Joseph Laski, tuvo lugar entre ambos en el verano de 1919, y que alcanzaría plasmación en su opinión disidente del caso *Abrams v. United States*⁵.

1 *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919) (Holmes, Jr., dissenting). Cuatro años más tarde, Holmes retoma la formulación del Mercado de las Ideas en su opinión disidente del caso *Gitlow v. New York*, “Si, a largo plazo, las creencias expresadas [...] están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único significado de la libertad de expresión es que a éstas se les debería dar una oportunidad y deberían tener su camino”, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

2 Entre los primeros defensores de la concepción holmesiana, *vid.* WILLIS, Hugh E., “Freedom of Speech and the Press”, *Indiana Law Journal*, vol. 4, 1929, págs. 445-455; GOODRICH, Herbert F., “Does the Constitution Protect Free Speech”, *Michigan Law Review*, vol. 19, 1921, págs. 487-501; LLEWELLYN, Karl L., “Free Speech in Time of Peace”, *Yale Law Journal*, vol. 29, 1920, págs. 337-344; HART, Fred B., “Power of Government Over Speech and Press”, *Yale Law Journal*, vol. 29, 1920, págs. 410-428; WALLACE, M. G., “Constitutionality of sedition Laws”, *Virginia Law Review*, vol. 6, 1920, págs. 385-399; y también, POLLOCK, Frederick Sir, “*Abrams v. United States*”, *Law Quarterly Review*, vol. 36, 1920, págs. 334-338.

3 De sus escritos más relevantes, *vid.* especialmente CHAFEE, Zechariah, Jr., “Freedom of Speech in War Time”, *Harvard Law Review*, vol. 32, 1919, págs. 932-973; “A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams *et al.*”, *Harvard Law Review*, vol. 33, 1920, págs. 747-774; *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1941.

4 *Cfr.* CHAFEE, Zechariah, Jr., “A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams *et al.*”, *op. cit.*, pág. 771. Para otras posiciones similares, en general, *vid.* POLENBERG, Richard, *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, Viking Press, New York, 1987, pág. 241.

5 En este sentido, *vid.* RABBAN, David, “The Emergence of Modern First

Igualmente, abunda en la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano relacionada con la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda constantes referencias a la doctrina del *Mercado de las Ideas*⁶. En efecto, el *case law* de la Primera Enmienda está repleto de resoluciones en las que se afirma que la ley no puede censurar ideas o, según la terminología holmesiana, no puede preferir una determinada versión de la verdad frente a cualquier otra. Así quedó reflejado cuando el Juez Jackson expresaba la opinión mayoritaria del Tribunal en *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, “Si hay una estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que ningún oficial, alto o irrelevante, puede prescribir qué será ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otros asuntos de opinión”⁷. Y como se reiteró al más puro estilo holmesiano en *Gertz v. Robert Welch Inc.*, “Bajo la Primera Enmienda, no hay ninguna cosa como una falsa idea. A pesar de lo perjudicial que una opinión pueda parecer, no dependemos para su corrección de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición de otras ideas”⁸. Aunque fue el Juez William J. Brennan quien utilizara por primera vez la expresión “mercado de las ideas” al exponer la opinión mayoritaria del Tribunal en *Lamont v. Postmaster General of United States*, “Sería un árido mercado de las ideas que tiene solo vendedores y no compradores”⁹.

Sin embargo, no fue el eminente jurista norteamericano original en su argumentación. Realmente, la formulación del *Mercado de las Ideas* representa el eslabón de una tradición centenaria defensora de la libertad de expresión como vehículo para alcanzar la verdad y la libertad

Amendment Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, págs. 1283-1303; PRUDE, Jonathan, “Portrait of a Civil Libertarian: the Faith and Fear of Zechariah Chafee, Jr.”, *The Journal of American History*, vol. 60, 1973, pág. 640; RAGAN, Fred D., “Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., Zechariah Chafee, Jr., and the Clear and Present Danger Test for Free Speech: The First Year, 1919”, *Journal of American History*, vol. 58, 1971-72, págs. 24-45.

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

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

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

9 *Lamont v. Postmaster General of United States*, 381 U.S. 301 (1965).

articulada previamente por otros célebres juristas y pensadores del siglo XIX y del período revolucionario y de la Constitución federal de finales del siglo XVIII. Así John Stuart Mill esgrime el argumento holmesiano en la defensa de la libertad de expresión que proclama su célebre ensayo *On Liberty* (1859),

Pero la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual [...] Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error [...] A menos que las opiniones favorables a la democracia y a la aristocracia, a la propiedad y a la igualdad, a la cooperación y a la competencia, al lujo y a la abstinencia, a la sociedad y a la individualidad, a la libertad y a la disciplina, y a todos los demás antagonismos de la vida práctica, sean expresadas con igual libertad y energía, no hay posibilidad de que los dos elementos obtengan lo que les es debido [...] La verdad, en los grandes intereses prácticos de la vida, es tanto una cuestión de conciliar y combinar contrarios, que muy pocos tienen inteligencia suficientemente capaz e imparcial para hacer un ajuste aproximadamente correcto, y tiene que ser conseguido por el duro procedimiento de una lucha entre combatientes peleando bajo banderas hostiles¹⁰.

Igualmente, el padre fundador de la independencia norteamericana, Thomas Jefferson, fundamenta su discurso sobre la libertad de prensa en el libre encuentro de ideas y opiniones y en su virtualidad para alcanzar la verdad, como reflejan sus *Notas sobre Virginia* (1785), su *Proyecto de Ley sobre Libertad Religiosa del Estado de Virginia* (1779) y el documento en el que el virginiano atacaba la constitucionalidad de la Ley de Sediación de 1798, las *Resoluciones de Kentucky* (1798), anticipando Jefferson el futuro *Mercado de las Ideas* que Holmes hiciera célebre en la génesis judicial de la Primera Enmienda¹¹,

Que la verdad es grande y prevalecerá si queda librada a sí misma; que es la antagonista adecuada y suficiente del error, y nada tiene que temer en el conflicto

¹⁰ MILL, John S., *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, Capítulo II, págs. 77 y 113.

¹¹ Para un análisis más detallado, *vid.* SALDAÑA DÍAZ, M. N., “La gestación de la Primera Enmienda: “Founding period” y “Original meaning””, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 7, 2006, págs. 257 y ss., especialmente págs. 280-284.

si no es despojada por interposición humana de sus armas naturales —la libre argumentación y el debate— dejando de ser peligrosos los errores cuando es permitido contradecirlos libremente¹².

Incluso, se prefigura la doctrina del *Mercado de las Ideas* en los escritos periodísticos de uno de los editores más célebres del período colonial, Benjamín Franklin, como refleja su ensayo publicado en la *Pennsylvania Gazette* en defensa de la libertad de prensa *An Apology for Printers* (10 de junio de 1731), “Los impresores son formados en la creencia de que cuando los hombres difieren en las opiniones, ambos lados deben tener igualmente la ventaja de ser escuchados por el público; y de que cuando la verdad y el error juegan limpio, la primera vencerá siempre al segundo”¹³.

Con todo, realmente la génesis de esta centenaria tradición se remonta al agitado período de la Revolución Puritana de mitad del siglo XVII. En efecto, la primera formulación del *Mercado de las Ideas* se articuló en el ensayo fundacional de la concepción moderna de la libertad de expresión, en el célebre discurso de la *Areopagítica* que el conocido poeta republicano John Milton dirigió al Parlamento de Inglaterra en defensa de la libertad de prensa en 1644,

Aunque todos los vientos de la doctrina, desatados, acometieran la tierra, mientras la Verdad no levantara el campo, será agravio de ésta seguir licenciando y prohibiendo, como en incertidumbre de su fortaleza. Entre ella en agarrada con el Engaño; ¿quién supo jamás de vencimiento de ella en libre y paladino encuentro?¹⁴.

12 JEFFERSON, Thomas, *Proyecto de Ley sobre Libertad Religiosa del Estado de Virginia* (1779), *vid.* Thomas Jefferson. *Autobiografía y otros escritos*, estudio preliminar y edición de Adrienne Koch y William Peden, traducción de Antonio Escocotado y Manuel Sáez de Heredia, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 322.

13 *Vid.* FRANKLIN, Benjamin, *An Apology for Printers* (10 de junio de 1731), el escrito es reproducido en LEVY, Leonard W. (ed.), *Freedom of the Press, From Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1996, págs. 3-10, especialmente pág. 5.

14 MILTON, John, *Areopagítica*, traducción y prólogo de José Carner, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1976, págs. 90-91, para la versión inglesa, *vid.* *Complete Prose Works of John Milton*, 8 vols., Don M. Wolfe (gen. edit.), Yale University Press, New Haven and London, 1953-1982, vol. II (1643-1648), pág. 561.

El texto transcrito del siglo XVII constituye, sin duda, la primera fuente de la que se nutre la comprensiva interpretación que ofreciera Holmes de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana a principios del siglo XX. Diversos autores afirman esta conexión. Así, Max Lerner equipara la retórica holmesiana con la ofrecida por Milton y Mill¹⁵, y Pohlman la considera una manifestación de la influencia que ejerciese el empirismo milliano en las doctrinas de Holmes¹⁶. Incluso, en los casos más célebres de la Primera Enmienda el Tribunal Supremo ha hecho referencia a la doctrina defendida por John Milton en la *Areopagítica*, como se refleja, entre otros, en el caso *Eisenstadt v. Baird*¹⁷, y en la famosa sentencia de *New York Times v. Sullivan*¹⁸.

Sin embargo, pese a representar el ensayo fundacional de la tradición del *Mercado de las Ideas*, el principal argumento de la *Areopagítica* no ha sido suficientemente analizado. En la gran mayoría de los casos, la doctrina y la jurisprudencia se limitan a reproducir el célebre párrafo del ensayo miltoniano sin analizar detenidamente la causa de su aparición,

15 Cfr. LERNER, Max, *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, Little, Brown, Boston, 1943, pág. 306. En este sentido, *vid.* también, KALVEN, Harry, Jr., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, Jamie Kalven (ed.), Harper & Row, New York, 1988, pág. 156; ROGAT, Y. y O' FALLON, James M., "Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion-The Speech Cases", *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pág. 1387; BOGEN, David S., "The Free Speech Metamorphosis of Mr Justice Holmes", *Hofstra Law Review*, vol. 11, 1982, pág. 87; y también, WHITE, Morton, *Social Thought in America. The Revolt against Formalism*, Beacon Press, Boston, 1957, pág. 238.

16 Cfr. POHLMAN, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, New York University Press, New York, London, 1991, pág. 10. Un análisis de las implicaciones del utilitarismo y del empirismo británico en la construcción holmesiana puede consultarse en POHLMAN, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1984. En sentido contrario se pronuncia Sheldon Novick, sosteniendo que es un manifiesto error ubicar la construcción holmesiana en el tradición utilitarista dado el carácter ahistórico y antievolutivo de ésta, *vid.* *Honourable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown, Boston, 1989, págs. 431, nota 23 y 434, nota 67. Para una posición ecléctica, *vid.* GREY, Thomas, "Holmes and Legal Pragmatism", *Stanford Law Review*, vol. 41, 1989, págs. 805-815.

17 405 U.S 438, 457-458 (1972) (J. Douglas, Concurring).

18 376 U.S. 254, 279, n. 19 (1964).

su real significado y alcance, y, especialmente, su efectiva asimilación con la formulación holmesiana de principios del siglo XX. En este orden de consideraciones, cabe preguntarse si para Milton el encuentro abierto de ideas y opiniones permite alcanzar la verdad, incluso, si es posible tal encuentro abierto y sin restricciones. En definitiva, si la argumentación miltoniana parte de los presupuestos que le hemos venido atribuyendo y que han fundamentado su tradición centenaria, cuestiones todas a cuyo análisis apuntan las páginas que siguen.

II. LA GÉNESIS DEL *MERCADO DE LAS IDEAS* EN LA REVOLUCIÓN PURITANA DEL SIGLO XVII: LA *AREOPAGÍTICA* DE JOHN MILTON Y EL LIBRE ENCUENTRO DE MENTES Y OPINIONES

Sin duda, el discurso que John Milton escribió bajo el sugerente título de *Areopagítica. A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England* en defensa de la extinción del férreo sistema de censura vigente en la Inglaterra de 1644¹⁹, constituye el ensayo fundacional de la tradición del libre debate, representando la génesis del argumento más esgrimido en el moderno proceso de conceptualización de la libertad de expresión, esto es, el libre embate de mentes y opiniones como medio para alcanzar la ulterior conquista de la verdad²⁰.

En efecto, la pretensión del hombre por alcanzar la sabiduría y el conocimiento persigue en la construcción miltoniana un postulado fundacional del libre debate a cuya satisfacción se dirige la libertad de expresión, la búsqueda de la verdad. Sin embargo, es de justicia reconocer que tal presupuesto inaugural de la libertad de expresión no es aportación totalmente novedosa de la teorización miltoniana. En efecto, una de las principales características de las corrientes racionalistas fue la consideración del individuo como sujeto capaz de discernir, a través del conocimiento

19 Para un estudio del sistema de censura vigente en este período de la historia inglesa, *vid.* SALDAÑA DÍAZ, M. N., «*A Legacy of Suppression*»: Del control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII”, en *Derecho y Conocimiento. Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y del Conocimiento*, vol. 2, págs. 175-211.

20 Un análisis general del escrito, puede consultarse en SALDAÑA DÍAZ, M. N., “En defensa de la libertad de prensa: la *Areopagítica* de John Milton”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, 2004, págs. 277-324.

y del ejercicio de la razón, las distintas posibilidades que se le presentan, y la elección de aquello que se vislumbra como cierto y verdadero. Así, la revolución científica del siglo XVII descansó en las líneas metodológicas de inspiración platónica iniciadas por Galileo y racionalizadas al extremo por René Descartes. La verdad, expresada en términos matemáticos, es aquello que la mente puede medir y calcular, aunque no se olvide que el concepto de certeza absoluta conduce a un dogmatismo que no tolera el disenso.

Así, en la retórica de la época era bien conocido el discurso de la búsqueda de la verdad como vehículo o instrumento del goce de la libertad. Reconocidos políticos y filósofos venían reivindicando la libertad de conciencia sobre tales fundamentos, destacando las aportaciones del célebre Sir Thomas More (1478-1535), condenado a morir por su oposición a la supremacía eclesiástica defendida por Enrique VIII. Es sabido que la obra de Thomas More debe ser encuadrada en el marco de la filosofía de la tolerancia que durante los siglos XVI y XVII se va extendiendo por toda Europa²¹, sin embargo, al hilo de la reivindicación de la libertad de creencias va sentando las bases para la conceptualización de la libertad de expresión, proclamando en su celeberrima *Utopía* (1516) la más absoluta confianza en la futura emergencia de la verdad, resonando anticipadamente ecos areopagíticos, “era insolente y grosero exigir por la fuerza o por amenazas que lo que uno cree que es verdadero lo tengan que admitir los otros [...] si se procede con moderación y prudencia, la fuerza de la verdad emerge y se impone por sí misma”²².

Sin embargo, en la doctrina puritana de mediados del siglo XVII emerge un concepto de verdad despojado de connotaciones religiosas que encuentra en la naturaleza racional del hombre y en su capacidad para la conquista de la autoperfección individual su presupuesto fundacional. En efecto, analistas de la historia inglesa del siglo XVII como Christopher Hill

21 Sobre la historia y la filosofía de la tolerancia, *vid.*, por todos, LECLER, Joseph, *Histoire de la Tolérance au Siècle de la Réforme*, 2 vols., Aubier, 1955, hay versión española, *vid. Historia de la tolerancia en el siglo de la Reforma*, 2 vols., Antonio Molina Meliá (trad.), Editorial Marfil, Alcoy, 1969.

22 MORO, Tomás, *Utopía*, Pedro Rodríguez Santidrian (trad.), Alianza Editorial, Madrid, 1988, pág. 186. Un análisis de la contribución de Sir Thomas More al proceso de conceptualización de la libertad de expresión puede consultarse en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, págs. 141-144.

han señalado la estrecha conexión entre los orígenes del concepto moderno de ciencia y el puritanismo, porque, sin duda, el rechazo puritano de la fe impuesta por la tradición y la Iglesia, el énfasis en la adquisición de creencias a través de la propia experiencia, y el compromiso de hacer del despejo del error y la conquista de la verdad un proceso continuo, constituyeron motor de impulso de la ciencia moderna²³. Así, en la *Areopagítica* la búsqueda de la verdad no es pacífica y relajada, requiere el coraje de conocer el mal y la falsedad, todo esto debe ser aprehendido por el hombre para conocer la verdad, equiparando analógicamente Milton la verdad y el error a siameses nacidos del mismo vientre,

Sabemos que en el campo de este mundo crecen el bien y el mal en compañía de difícil despegue; y el conocimiento del bien tan involucrado se halla entretreído con el conocimiento del mal, y es, en tantas semejanzas astutas, de difícil discernir, que las revueltas semillas impuestas a Psiquis para que cuidara de entresacarla, no tan enmarañadas anduvieron²⁴.

Realmente, como señala Christopher Kendrick, la lógica que informa a este pasaje y al conjunto de la *Areopagítica* es la necesaria definición recíproca de las cualidades del bien y del mal a través de un incesante combate en el que el bien es paulatinamente cuestionado²⁵. Preocupación miltoniana por la estrecha conexión entre el bien y el mal constante en los escritos del poeta, que se refleja tempranamente en su obra teatral *Comus* (1637)²⁶, que siguiendo a Tertuliano (150-230) vuelve a recoger en las primeras notas del *Etical Index* de su *Commonplace Book*²⁷, y que en

23 HILL, Christopher, "Mechanic Preachers and the Mechanical Philosophy" en *The World Turned Upside Down: Radical Ideas during the English Revolution*, The Viking Press, New York, 1973, págs. 231-246.

24 MILTON, John, *Areopagítica*, *op. cit.*, pág. 42, para la versión inglesa, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, pág. 514.

25 KENDRICK, Christopher, *Milton, A Study in Ideology and Form*, Methuen, New York, 1986, pág. 47.

26 MILTON, John, *Comus*, en *John Milton: A Critical Edition of the Major Works*, Stephen Orgel y Jonathan Goldberg (eds.), Oxford University Press, Oxford, New York, 1991, pág. 60.

27 MILTON, John, *Commonplace Book*, en *Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. I, pág. 362.

sus últimos años recordará en *Paradise Regained* (1671)²⁸. Conocimiento de lo justo a través del error tal como aconteció a nuestros progenitores al comer del árbol de la ciencia,

De dentro la piel de una gustada manzana, brincó al mundo el conocimiento del bien y el mal, como mellizos al mismo tiempo hendidos. Y tal vez ésta fuera la condena del conocimiento del bien y el mal en que Adán incurriera: esto es, el conocimiento del bien por el mal. Y supuesto que éste fuere el estado del hombre ¿qué prudencia se podrá conseguir, qué continencia anudar sin el conocimiento del mal?²⁹.

De ahí que toda suerte de escritos deban ser examinados para llegar a lo verdadero y seguro, “Porque son los libros como manjares y viandas: unos de buena, otros de mala sustancia”³⁰. El saber adquirido con la lectura permite alcanzar la sabiduría y aspirar al discernimiento de la verdad, aunque sea a través del conocimiento del vicio y del error, “Ya, pues, que el conocimiento e inspección del vicio es en este mundo tan necesario para el establecimiento de la virtud humana, y el examen del error para la confirmación de la verdad, ¿podremos explorar las comarcas del pecado y la falsía más sobre seguro y con menos peligro que leyendo toda suerte de tratados y oyendo todo linaje de razones? Y éste es el beneficio cobradero de la entremezclada lectura de los libros”³¹.

Defendiendo así que todas las opiniones son válidas para alcanzar la verdad, Milton acude a la fuente más sólida, los argumentos que expusiera el conocido historiador, jurista y parlamentario John Selden (1584-1654), “De todo lo cual no alcanzaréis a esperar que produzca mejor testimonio que el de uno de vosotros, con sede en el Parlamento, y en este país por cabeza de doctos estimado, el señor Selden, cuyo volumen de derecho natural y nacional demuestra, no sólo por grandes autoridades agolpadas, sino por exquisitos razonamientos y teoremas casi matemáticamente demostrables, que todos los pareceres, es más, todos los errores, conocidos,

28 MILTON, John, *Paradise Regained*, en *John Milton: A Critical Edition of the Major Works*, op. cit., pág. 629.

29 MILTON, John, *Areopagítica*, op. cit., págs. 42-43, para la versión inglesa, vid. *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. II, pág. 514.

30 MILTON, John, *Areopagítica*, op. cit., pág. 40, para la versión inglesa, vid. *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. II, pág. 512.

31 *Ibidem*, pág. 44, para la versión inglesa, op. cit., págs. 516-517.

leídos y cotejados, son de capital servicio y valimiento para la ganancia expedita de la verdad más cierta”³².

Realmente, el republicano no podía haber elegido mejor anfitrión para sus argumentos³³. En efecto, parlamentario encarcelado en varias ocasiones por su oposición a la interpretación abusiva de las prerrogativas regias de Carlos I, Selden alcanzó notable renombre entre sus contemporáneos, publicando entre 1610 y 1617 varios escritos sobre historia legal, destacando su análisis crítico de las doctrinas grocianas en *Mare Clausum* (1635) y su tratado sobre el divorcio, *Uxor Ebraica* (1646), aunque, sin duda, fue su sofisticada teorización del Derecho natural en *De Iure Naturali et Gentium Juxta Disciplinam Ebraeorum* (1640), el escrito que le otorgaría fama universal. Y en el Prefacio de su *De Iure Naturali* Selden anticipa la continua lucha miltoniana por la búsqueda de la verdad, apelando a las bondades de la libre publicación de opiniones contrarias y disidentes como el mejor medio de quitar la máscara de la falsedad que a menudo oculta la verdad, removiéndose así los obstáculos que impiden lograr su alcance, de ahí la relevancia que alcanza la doctrina de Selden en la argumentación miltoniana³⁴.

Porque en el enfrentamiento entre la verdad y lo engañoso parece no haber duda de la victoria de la primera, brindando en estas consideraciones Milton la argumentación areopagítica fundacional de la tradición del *Mercado de las Ideas*, y es que la verdad es tan fuerte que no necesita tácticas, ni estrategias, ni licencias que la hagan victoriosa, aunque, como señala Whitaker, no cabe duda de la primacía que alcanza el encuentro en la dialéctica epistemológica miltoniana³⁵,

32 *Ibidem*, págs. 40-41, para la versión inglesa, *op. cit.*, pág. 513.

33 Selden es asidua fuente de argumentación miltoniana, a la que acude en apoyo de sus liberales doctrinas sobre el divorcio, tal como refleja en su *Commonplace Book*, *vid. Complete Prose Works of John Milton, op. cit.*, vol. I, pág. 402, nota 33; en su *Doctrine and Discipline of Divorce*, *ibidem*, vol. II, pág. 350; y en *A Second Defence of the English People*, *ibidem*, vol. IV, págs. 624-625, de ahí que Christopher Hill se detenga a señalar las conexiones entre ambos autores, *vid. Milton and the English Revolution, a Study in the Sociology of Literature*, Macmillan, London, 1981, pág. 151.

34 *Cfr.* SELDEN, John, *De Iure Naturali et Gentium Juxta Disciplinam Ebraeorum*, citado en *Complete Prose Works of John Milton, op. cit.*, vol. II, pág. 513, nota 95.

35 WHITAKER, J., “‘The Wars of Truth’: Wisdom and Strength in *Areopagitica*”, *Milton Studies*, vol. 9, 1976, pág. 197.

Aunque todos los vientos de la doctrina, desatados, acometieran la tierra, mientras la Verdad no levantara el campo, será agravio de ésta seguir licenciando y prohibiendo, como en incertidumbre de su fortaleza. Entre ella en agarrada con el Engaño; ¿quién supo jamás de vencimiento de ella en libre y paladino encuentro?³⁶.

Clásico argumento areopagítico que, fuente de innumerables especulaciones, requiere mayor atención. En efecto, se considera que el elemento más profundo y permanente en la campaña puritana a favor de la libertad de conciencia fue un “*experimental spirit*”, esto es, una vehementemente búsqueda de la verdad. Búsqueda incesante de la verdad que se hace patente en uno de los pasajes más interesantes de la *Areopagítica*, “Ir buscando por lo que sabemos lo no sabido todavía, ajustando verdad a verdad a medida del hallazgo (porque todo su cuerpo es homogéneo y proporcionado): tal es la regla áurea tanto en teología como en aritmética”³⁷.

Sin embargo, no se puede deducir del ensayo miltoniano una confianza absoluta en el alcance último de la verdad. En efecto, en otra manifestación de la naturaleza secular que impregna a la *Areopagítica* y siguiendo el estilo figurativo que caracteriza a la prosa miltoniana, la verdad se simboliza con el cuerpo del mítico Osiris, diseminado, según cuenta la tradición egipcia, en miles de partes esparcidas al viento, “surgió al punto una perversa raza de embaidores, que, al estilo de lo que dice la leyenda que hicieran el egipcio Tifón y sus conspiradores con el buen Osiris, asieron la virgen Verdad, tajaron su forma delicada en pedazos mil, y la esparcieron a los cuatro vientos”. Diseminación mítica de la verdad que obliga a una búsqueda continua, “Desde aquel tiempo para acá, los pesarosos amigos de la Verdad bastante osados para mostrarse, imitando la cuidadosa búsqueda por Isis del cuerpo destrozado de Osiris, fueron de cerro en valle y de valle en cerro levantando pedazo tras pedazo, al azar de sus encuentros”, y, tal como proclama Milton ante el Parlamento, interminable, “Aun no los hallamos todos, Lores y Comunes, ni hemos de conseguirlo”³⁸.

36 MILTON, John, *Areopagítica*, *op. cit.*, págs. 90-91 y 92, para la versión inglesa, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, pág. 561.

37 *Ibidem*, pág. 80, para la versión inglesa, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, págs. 550-551.

38 MILTON, John, *Areopagítica*, *op. cit.*, págs. 78-79, para la versión inglesa, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, pág. 549. Como sugiere Ernest Sirluck, parece ser que la apropiación miltoniana del mito egipcio es tomada de los relatos

Además, frente a esa supuesta victoria de la verdad ante el error y en un intento de conceptualizar la verdad en términos de apertura y dinamismo, Milton mostrará más que dudas razonables, “Verdad y entendimiento no son mercancías monopolizables y que admitan tráfico por cédulas, estatutos y patrones oficiales. Desechemos la idea de convertir en un artículo tipo todo el conocimiento del país, para marcarlo y licenciarlo como nuestro paño fino y pacas de lana”³⁹.

En fin, el poeta revolucionario avisa de que la verdad no puede ser establecida o definida, puesto que la verdad se encuentra en un continuo estado de emergencia. La verdad no puede ser estandarizada, porque no puede ser controlada de ninguna manera, es el “*impredecible outcome*” del ejercicio del libre deseo, del llamado “*free will*”. La verdad es la armonía de colores que aparecen discordantes cuando yacen yuxtapuestos en el lienzo, pero coherentes en su visión general⁴⁰. De ahí que, como afirma Sandra Sherman, el ideal mercado de la verdad areopagítico no pueda ser monopolizado bajo los términos estandarizados de quienes detentan el poder⁴¹.

Más aún, la búsqueda de la verdad no siempre será fructífera porque también los prejuicios humanos y las costumbres sociales antes que la verdad y la libertad rigen la tierra, “que, si de prohibir se trata, nada será más fácilmente vedado que la verdad misma, cuyo primer amanecer a nuestros ojos, empañados y oscurecidos por el prejuicio y el uso, es más deforme e inadmisibles que muchos errores”⁴². Ofreciendo así Milton

del conocido biógrafo y ensayista griego PLUTARCO (46?-120) en el volumen VIII de los ensayos dialogados de sus *Obras Morales y de Costumbres (Moralia)*, cfr. *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. II, pág. 549, nota 222. Coincidiendo en la misma fuente miltoniana, vid. HUGHES, Merritt Y., “Milton as a Revolutionary”, en *Ten Perspectives on Milton*, Yale University Press, New Haven and London, 1965 pág. 261.

39 MILTON, John, *Areopagítica*, op. cit., pág. 65, para la versión inglesa, vid. *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. II, págs. 535-536.

40 Cfr. READ, Herbert, “On Milton’s *Areopagítica*”, en *Freedom of Expression: A Symposium, Based on the Conference Called by the London Centre of the International P.E.N. to Commemorate the Tercentenary of the Publication of Milton’s Areopagítica*, 22-26th August, London, 1944, Hermon Ould (ed.), Hutchinson International Authors, London, New York, 1945, pág. 127.

41 Cfr. SHERMAN, Sandra, “Printing the Mind: The Economic of Authorship in *Areopagítica*”, *English Literary History*, vol. 60, núm. 2, 1993, pág. 338.

42 MILTON, John, *Areopagítica*, op. cit., págs. 94-95, para la versión inglesa,

una concepción eminentemente peyorativa de la costumbre como vehículo de fomento del error, denominador común del pensamiento miltoniano manifestado en los primeros ensayos del poeta revolucionario. En efecto, ya en el escrito con el que se da a conocer en la andadura panfletaria de la Revolución Puritana, *Of Reformation Touching Church Discipline* (1641), Milton había asociado alegóricamente el binomio conceptual costumbre-error⁴³, insistiendo en el obligado proceso de liberación de su tiranía en *The Doctrine and Discipline of Divorce* (1643), identificando analógicamente la costumbre con el siempre aparente eco, que sólo alcanza corporeidad por su materialización en el error, complementándose de tal manera el uno y la otra que se fomentan en simbiosis perfecta⁴⁴. De ahí que su obra política más radical, *The Tenure of Kings and Magistrates* (1649), también comience con un ataque a la llamada “tiranía de la costumbre”, apelando al gobierno de la razón para acabar con el legado atávico de la costumbre⁴⁵.

Realmente, en estos pasajes resuena la alegoría de la costumbre como “hija de la ignorancia”, lugar común en la tradición humanista. En efecto, la asociación entre costumbre y error no son un argumento exclusivamente miltoniano. Ya en 1558, el reformador protestante William Whittingham (1525-1597) esgrimía razones similares en el Prefacio que acompañaba a la edición del escrito de Christopher Goodman (1520?-1603), *How Superior Powers Ought to Be Obeyd*, identificando la ignorancia con la madre del error, atribuyendo a la costumbre y a la negligencia, nacidas de la primera, el poder de cegar la mente, oscurecer la verdad y obstaculizar el camino del conocimiento, y apelando, finalmente, a la razón como único medio para combatir el error⁴⁶. Argumentos que, igualmente, haría suyos Meric Casaubon (1599-1671), en *A Treatise of Use and Custome* (1638), atribuyendo a la costumbre por mucho tiempo aceptada la fuerza suficiente para confundir la razón e inducir al engaño de arropar el error con el manto de la verdad⁴⁷.

vid. Complete Prose Works of John Milton, op., cit., vol. II, págs. 565-566.

43 MILTON, John, *Of Reformation Touching Church Discipline*, en *Complete Prose Works of John Milton, op. cit., vol. I, pág. 561.*

44 MILTON, John, *The Doctrine and Discipline of Divorce*, en *Complete Prose Works of John Milton, op. cit., vol. II, pág. 223.*

45 MILTON, John, *The Tenure of Kings and Magistrates*, en *Complete Prose Works of John Milton, op. cit., vol. III, pág. 190.*

46 *Vid. Complete Prose Works of John Milton, op. cit., vol. II, pág. 223, nota 10.*

47 *Cfr. en ibidem, pág. 222, nota 1.*

Alegoría de la costumbre como “hija de la ignorancia” que, como ha puesto de manifiesto Victoria Kahn, alcanza pleno significado en la doctrina miltoniana, dado que la sujeción interna a la tiranía de la costumbre niega el necesario dinamismo político y social y conduce al ejercicio tiránico del poder⁴⁸. Y frente al estatismo impenitente que de la tradición se predica, el londinense ofrece un concepto de verdad dinámico y abierto, comparable a la fuente inagotable de la sabiduría, “Bien sabe el avezado a la reflexión que nuestra fe y conocimiento medran por el ejercicio, al igual que nuestras extremidades y complexión. En la Escritura es comparada la Verdad a un manantial de aguas corrientes: si sus aguas no fluyen en perpetuo avance, enferman en charca cenagosa de conformismo y tradición”⁴⁹. De ahí que el dinamismo predicable de la búsqueda de la verdad sea ante todo personal, ya que aquél que alcanza la verdad a través de la razón ajena abraza la herejía, “Podrá un hombre ser herético en la verdad; que si el tal creyere cosas únicamente porque su pastor se las dice, o la asamblea así lo determina, sin conocer otra razón, la misma verdad que mantiene, cierta y todo su creencia, se convierte en su herejía”⁵⁰.

Es más, el problema del herético en la verdad asumida y no buscada es preocupación constante en la prosa miltoniana, que volverá a reflejarse en el escrito más polémico sobre la libertad religiosa escrito por Milton, su obra póstuma *De Doctrina Cristiana*. Redactada originariamente en latín, fue descubierta y traducida al inglés, *A Treatise on Christian Doctrine: Compiled from the Holy Scriptures Alone*, por el obispo Richard L. Sumner (1790-1874) en 1823, y publicada por Cummings, (Hilliard, Boston), en 1825. Es un escrito en el que Milton nos sorprende por su contenido manifiestamente herético, que provocaría en el poeta el deseo de mantenerlo oculto hasta su muerte, asunto que ha derramado una abundante doctrina sobre la posible autoría del texto⁵¹. Con todo, y como

48 Cfr. KAHN, Victoria, “The Metaphorical Contract in Milton’s Tenure of Kings and Magistrates”, en *Milton and Republicanism*, David Armitage, Armand Himy y Quentin Skinner (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pág. 99.

49 MILTON, John, *Areopagítica*, op. cit., pág. 72, para la versión inglesa, vid. *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. II, pág. 543.

50 *Ibidem*, págs. 72-73, para la versión inglesa, ídem.

51 Entre los autores que atribuyen a MILTON la autoría de *Christian Doctrine*, vid. HILL, Christopher, “Professor William B. Hunter, Bishop Burgess and John Milton”, en *England’s Turning Point. Essays on 17th Century English History*, op. cit., págs. 337-366; y también, LEWALSKI, B. K., “Forum: Milton’s Christian Doctrine”, *Studies in English Literature*, vol. 32, núm. 1, 1992, págs. 143-154. En sentido contrario, entre quienes

venimos apuntando, la interpretación sistemática de los escritos miltonianos refleja una indudable coherencia interna, manifestándose de nuevo el carácter dinámico e inacabado del concepto antropológico, que sólo alcanzará recompensa por la búsqueda incesante de la libertad y la verdad⁵².

Por todo, la irremediable falibilidad de la naturaleza humana y la tendencia a caer en el error nos obligan a ser cautelosos al interpretar la frase “Entre ella [la verdad] en agarrada con el Engaño; ¿quién supo jamás de vencimiento de ella en libre y paladino encuentro?” Porque, como se deduce de las doctrinas miltonianas, en los enfrentamientos entre la verdad y la falsía raramente la primera está libre de prejuicios y ataduras sociales. Pesimismo en la victoria de la verdad que sirve a Milton para socavar la confianza en el censor potencial, de ahí que reitere su escepticismo en las últimas páginas de la *Areopagítica*⁵³, anticipando, como señala Vincent Blasi, en más de dos siglos los argumentos que haría célebre John Stuart Mill⁵⁴.

En fin, la pretendida fe miltoniana en la ulterior conquista de la verdad no es nada más que eso, una pretensión de la doctrina, que ha hecho de una sola locución dogma de interpretación de toda su obra, desconociendo el núcleo argumental que la *Areopagítica* esconde, como Milton revela,

La Verdad no necesita tácticas ni estratagemas ni licencias que la hagan victoriosa [...] No pide ella sino espacio, y que no la aten en el sueño, porque entonces habla incertezas como hiciera el viejo Prometeo, que mentía oráculos sólo cuando

niegan la autoría miltoniana, *vid.* HUNTER, William B., “The Provenance of the Christian Doctrine”, *Studies in English Literature, 1500-1900*, vol. 32, núm 1, 1992, págs. 129-166; también del mismo autor, “The Provenance of the Christian Doctrine: Addenda from the Bishop of Salisbury”, *Studies in English Literature, 1500-1900*, vol. 33, núm. 1, 1993, págs. 191-207. Para un análisis más reciente, *vid.* CAMPBELL, Gordon, *et al.*, “The Provenance of De Doctrina Christiana”, *Milton Quarterly*, vol. 31, 1997, págs. 67-117.

52 «*In religion, as in other things, I discerned, God offers all his rewards not to those who are thoughtless and credulous, but to those who labour constantly and seek tirelessly after truth*» MILTON, John, *Christian Doctrine*, en *Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. VI (1658-1660), pág. 120.

53 MILTON, John, *Areopagítica*, *op. cit.*, págs. 96-97, para la versión inglesa, *vid.* *Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, págs. 567-568.

54 *Cfr.* BLASI, Vincent, “John Milton’s *Areopagítica* and the Modern First Amendment”, *Communications Lawyer*, vol. 14, núm 4, 1996, págs. 12-19, pág. 17.

hábito y sujeto; asume entonces todas las formas, salvo la suya, y tal vez acompaña la voz según el tiempo⁵⁵.

De ahí la ingenuidad de la verdad, que sólo extiende sus alas cuando se aliena del método y el tiempo, “Admírese, pues, el despejo de la Verdad, que al cobrar espontánea, libre mano, se descoge antes de que sepan alcanzarla el compás del método y el discurso”⁵⁶. De manera que la supuesta verdad puede transformarse, puede adquirir todas las formas y colores posibles no identificativos de su naturaleza, pero que se corresponden con la idea imperante en un determinado momento, reflejando así Milton la concepción renacentista que equipara analógicamente la verdad con “*The Daughter of Time*”, y centrándose en estos argumentos, como señala Victoria Kahn, el rechazo miltoniano de la censura⁵⁷, por esto afirmará el inglés que los libros que han sido licenciados “*are but the language of the times*”⁵⁸.

Realmente, Milton había reflejado ya su preocupación por la dimensión temporal de la verdad en su *Commonplace Book* —compuesto aproximadamente entre 1630-1665 y publicado póstumamente en 1876—, al recordar los términos que el célebre Sir Francis Bacon (1561-1626) había legado a la posteridad en *An Advertisement Touching the Controversies of the Church of England* (1589), impreso en 1641 bajo el título de *A Wise and Moderate Discourse, Concerning Church Affaires*⁵⁹. Así, rememorando el aforismo baconiano, argumenta Milton que la prohibición de libros no es el remedio más sabio, porque, realmente, los escritos prohibidos no son sino cierta chispa de verdad que salta a la visión de aquellos

55 MILTON, John, *Areopagítica*, *op. cit.*, pág. 92, para la versión inglesa, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, págs. 562-563.

56 *Ibidem*, pág. 49, para la versión inglesa, *op. cit.*, pág. 521.

57 *Cfr.* KAHN, Victoria, “The Metaphorical Contract in Milton’s Tenure of Kings and Magistrates”, en *Milton and Republicanism*, *op. cit.*, pág. 91. Sobre este pasaje miltoniano, *vid.*, también, de KAHN, *Machiavellian Rhetoric: From the Counter-Reformation to Milton*, Princeton University Press, Princeton, 1994, cap. 6.

58 MILTON, John, *Areopagítica*, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, pág. 534, para la versión española, *op. cit.*, pág. 63.

59 *Vid.* WOLFE, Don M., Introducción a *Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. I, págs. 6 y 450-451, nota 4. JAMES H. HANFORD atribuye a otra fuente la argumentación miltoniana, *vid.* “The Chronology of Milton’s Private Studies”, en *Publications of the Modern Languages Association of America*, vol. 36, 1921, pág. 276, nota 111.

que quieren apagarla con su viciado aliento, de ahí que, a sensu contrario, un libro autorizado no sea sino “*the language of the times*”⁶⁰.

Argumentos que resuenan en uno de los primeros ensayos miltonianos antiepiscopales, *Of Prelatical Episcopacy* (junio o julio de 1641) —segundo escrito de prosa que Milton dedicase a la cuestión religiosa en contestación a las doctrinas defensoras del carácter divino de la institución episcopal ofrecidas por el Obispo Joseph Hall (1574-1656) en *Episcopacie by Divine Right Asserted* (1640), por el Arzobispo James Ussher (1581-1656) en *The Judgement of Doctor Rainoldes Touching the Originall of Episcopacy. More Largely Confirmed out of Antiquity* (1641), y por Peloni Almoni en *A Compendious Discourse, Proving Episcopacy to Be of Apostolicall and Consequently of Divine Institution* (1641)—⁶¹, rechazando el republicano la búsqueda de la íntegra, inmaculada, incorrupta y atemporal túnica de la verdad, entre los contaminados y desprendidos jirones de los esforzados hombros del Tiempo, porque la verdad es “*the daughter not of Time*”⁶². Argumentos, que vuelven a tener eco en el ensayo areopagítico, “*tiénese a un escrito prohibido por cierta centella de verdad que se precipita al semblante de quienes hicieron por hollarla*”⁶³, confirmándose así que el propósito del poeta revolucionario fue superar las cadenas del hombre histórico, de ahí que, como certeramente afirma Paul M. Dowling, al igual que el Horacio de Shakespeare, lejos de ser un leal hijo de su tiempo, Milton fue más un romano antiguo que el muñeco puritano que “*mimetiza*” “*the language of the times*”⁶⁴.

Por todo no sorprende que las doctrinas de la *Areopagítica* a favor de la libertad de prensa y el famoso encuentro abierto entre la verdad y el error, traspasaran las fronteras oceánicas y resuenen no sólo en los primeros documentos que surcaron las colonias frente a la aplicación restrictiva que imponía el *common law* frente el libelo sedicioso, como reflejan los

60 Cfr. MILTON, John, *Commonplace Book*, en *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. I, pág. 450.

61 El ensayo miltoniano es reproducido en *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. I, págs. 624-652.

62 MILTON, John, *Of Prelatical Episcopacy*, en *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. II, pág. 639.

63 MILTON, John, *Areopagítica*, op. cit., pág. 72, para la versión inglesa, vid. *Complete Prose Works of John Milton*, op. cit., vol. II, pág. 542.

64 Cfr. DOWLING, Paul M., *Polite Wisdom: Heathen Rhetoric in Milton's Areopagítica*, Rowman & Littlefield Publishers, Boston, 1995, pág. 107.

ensayos periodísticos que publicase Benjamín Franklin, sino también en los escritos de aquellos que adoctrinaron a la revolución, resonando el “encuentro abierto” areopagítico en los escritos del *Founding Father* de la independencia norteamericana, el mismo Thomas Jefferson, anticipando la formulación del futuro *Mercado de las Ideas* que Holmes hiciera célebre en la génesis de la construcción judicial de la Primera Enmienda a principios del siglo XX.

III. LA REFORMULACIÓN DEL *MERCADO DE LAS IDEAS* EN LA TRADICIÓN JURÍDICA NORTEAMERICANA DE PRINCIPIOS DEL SIGLO XX: OLIVER W. HOLMES Y LA PRIMERA ENMIENDA

A principios del siglo XX, en ese período de gran agitación política y social, sobresale una de las figuras más relevantes de la historia constitucional norteamericana, el célebre Magistrado del Tribunal Supremo, Oliver W. Holmes, Jr. (1841-1935). Holmes es considerado uno de los grandes artífices del sistema jurídico norteamericano de la primera mitad del siglo XX, destacando entre sus principales escritos su célebre artículo “*The Path of the Law*” (*Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, págs. 457 y ss.), su obra más extensa, *The Common Law* (1888), y su breve ensayo sobre el Derecho natural, “*Natural Law*”, (*Harvard Law Review*, vol. 32, 1918, págs. 40-44). Aunque, sin duda, Holmes es célebre en la historia constitucional norteamericana por su contribución al proceso de conceptualización y configuración de la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda, retomando el célebre encuentro abierto areopagítico de mentes y opiniones para formular la teorización judicial del tan debatido *Marketplace of Ideas*⁶⁵.

En efecto, la mayoría de la doctrina norteamericana acude al discurso que en defensa de la libertad de prensa pronunciara John Milton en la Inglaterra puritana de mediados del siglo XVII para identificar el precedente histórico y doctrinal de la teorización judicial del *Marketplace*

65 Realmente, la afortunada expresión «*Marketplace of Ideas*» fue utilizada por el Juez WILLIAM J. BRENNAN, Jr., al formular su opinión concurrente en *Lamont v. Postmaster General of United States*, «*It would be a barren marketplace of ideas that had only sellers and no buyers*», *Lamont v. Postmaster General of United States*, 381 U.S. 301 (1965).

of *Ideas* tal como la formulara el Juez Holmes en la “*dissenting opinion*” del caso que marcaría en la segunda década del siglo XX el inicio de la andadura constitucional de la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda⁶⁶, el caso *Abrams v. United States*,⁶⁷ opinión disidente que, como señala David Rabban, otorgó por primera vez significado técnico y contenido teórico a las garantías de la Primera Enmienda⁶⁸.

Realmente, Holmes transformó en el caso *Abrams* su propia concepción inicialmente más restrictiva de la garantía de la libertad de expresión de la Primera Enmienda, que había defendido en casos anteriores, especialmente en los casos previos de *Schenck*, *Frohwerk* y *Debs*. En efecto, unos meses antes, marzo de 1919, en el caso *Schenck v. United States*⁶⁹, expresando la opinión unánime del Tribunal, Holmes enunciaba el llamado “test del riesgo claro y presente de causar un daño”, el conocido “*clear and present danger test*”⁷⁰, representando el primer estándar que el Tri-

66 Esto no quiere decir que no tuviera lugar con anterioridad un desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la Primera Enmienda, aunque los diversos casos que surgieron tras la Iª Guerra Mundial son generalmente considerados el punto de partida del proceso de conceptualización de la cláusula de libertad de expresión llevado a cabo por el Tribunal Supremo. Para un análisis de los orígenes históricos, *vid.*, entre otros, GIBSON, Michael, “The Supreme Court and Freedom of Expression from 1791 to 1917”, *Fordham Law Review*, vol. 55, 1986, págs. 263 y ss.; RABBAN, David M., “The Emergence of Modern First Amendment Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, págs. 1205-1355; y también de RABBAN, David M., “The First Amendment in Its Forgotten Years”, *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, págs. 514-595.

67 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, Jr., dissenting).

68 RABBAN, David M., “The Emergence of Modern First Amendment Doctrine”, *op. cit.*, pág. 1303.

69 294 U.S. 47 (1919).

70 David M. Rabban sitúa el origen del estándar judicial holmesiano en el *common law*, *vid.* “The First Amendment in Its Forgotten Years”, *op. cit.*, pág. 580. En el mismo sentido, *vid.* BOGEN, David S., “The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes”, *op. cit.*, págs. 100, 154-163; ROGAT, Yosai y O’FALLON, James M., “Mr. Justice Holmes: A Dissenting Oppinion-The Free Speech Cases”, *op. cit.*, págs. 1361-1366. En sentido contrario, Mark A. Graber atribuye la paternidad del test a Zechariah Chafee, Jr., quien habría defendido por primera vez la aplicación del “test del riesgo claro e inminente” al ámbito de la Primera Enmienda poco tiempo antes de su utilización por Holmes, en el artículo que publicase en 1919 en la *Harvard Law Review* con el título “*Freedom of Speech in War Time*”, *vid. Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, pág. 128.

bunal Supremo aplicó a la hora de determinar el ámbito de protección que la Primera Enmienda otorga a la libertad de expresión, convirtiéndose así el asunto *Schenck*, como se encargó de recordar el Juez Frederick M. Vinson en *Dennis v. United States*, en el primer caso significativo sobre tal garantía constitucional⁷¹.

El caso *Schenck* se originó con ocasión de la aplicación de la legislación anti-espionaje aprobada en 1918. La defensa exacerbada de la unidad nacional condujo a la Administración Wilson a la adopción de medidas legislativas dirigidas a castigar cualquier intento de desintegración del pueblo norteamericano, aprobándose por el Congreso la llamada *Espionage Act* el 15 de junio de 1917, enmendada el 16 de mayo de 1918 para incluir la regulación de posibles expresiones sediciosas y subversivas, de ahí que sea conocida también como la *Sedition Act* de 1918. Medidas que constituían las primeras leyes federales dirigidas a regular la libertad de expresión de los ciudadanos norteamericanos tras el fracaso de la legislación de sedición de la Administración Adams, la *Sedition Act* de 1798, frente a la que, recuérdese, se enfrentó Thomas Jefferson.

Los acusados en el caso *Schenck*, entre otros, Charles T. Schenck y Elizabeth Baer, responsables del Partido Socialista, fueron procesados por publicar y enviar unas quince mil copias de circulares en las que se interfería en el alistamiento militar a reclutas alistados para luchar en la Primera Guerra Mundial⁷², violándose así el Título I, Sección 3^a, de la *Espionage Act*, que castigaba la expresión de opiniones falsas con la “intención” de interferir o hacer fracasar la campaña

71 341 U.S. 494, 503 (1951). Igualmente, uno de los mayores estudiosos de la Primera Enmienda, Zechariah Chaffe, Jr., afirmó que en el caso *Schenck* la libertad de expresión había recibido por primera vez una adecuada interpretación judicial de acuerdo con los propósitos de los redactores de la Constitución, *vid.* CHAFEE, Zechariah, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, pág. 81, *vid.*, también de CHAFEE, “Freedom of Speech in War Time”, *Harvard Law Review*, vol. 32, 1919, págs. 943-944; en el mismo sentido, *vid.* también, COHEN, Jeremy, *Congress Shall Make no Law*, Iowa State University Press, Iowa City, 1989, págs. 4-9; y también, GRABER, Mark A., *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, pág. 106.

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

militar contra el imperio germano⁷³. Así, Holmes se enfrentaba con un caso en el que la mera publicación de las circulares constituía un supuesto de conspiración para evitar el alistamiento en el ejército en tiempos de guerra⁷⁴, de ahí que el elemento esencial en la posición de Holmes fuese la intención de los conspiradores, determinada sobre la base del contenido de la publicación, definiendo metafóricamente el llamado “test del riesgo claro y presente” (*clear and present danger test*), mediante el aforismo del “insensato que grita fuego en un teatro atestado de público”, retractándose así el Magistrado de sus primeras posiciones judiciales en las que había mantenido la clásica doctrina blackstoniana en cuya virtud la Primera Enmienda solo prohíbe un sistema de censura previa⁷⁵,

Bien pudiera ser que la prohibición de leyes que restringen la libertad de expresión no se limite a las restricciones previas, aunque puede haber sido el principal objetivo prevenirlas [...] Admitimos que en muchos lugares y en tiempos normales, los acusados en decir todo lo que se dijo en la circular se habrían situado dentro de sus derechos constitucionales. Pero el carácter de cada acto depende de las circunstancias en las que se hace. La protección más estricta de la libertad de

73 *Espionage Act* (15 de junio de 1917), c. 30, tit. 1, sec. 3, 40 Stat. 217. El texto de la ley está íntegramente reproducido en BOSMAJIAN, Haig A. (ed.), *The Principles and Practice of Freedom of Speech*, University Press of America, Lanhan, New York, London, págs. 88-91, por donde se cita.

74 Aunque Shenck fue condenado por violar una ley de sedición, sin embargo, parece que Holmes aprovechó el caso para aplicar los supuestos penales de intento, del llamado “*law of criminal attempts*” al ámbito de la libertad de expresión, de manera que las afirmaciones de Holmes “*clear and present danger*” y “*a question of approximaty and degree*” establecían el puente de conexión entre el acto de publicación y la prohibida interferencia en la guerra, *vid.* GRABER, Mark A., *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, *op. cit.*, pág. 110; BOGEN, David S., “The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes”, *op. cit.*, págs. 100, 154-163; ROGAT, Yosai, “Mr. Justice Holmes: Some Modern Views-The Judge as Spectator”, *University of Chicago Law Review*, vol. 31, 1964, págs. 215-217; CHAFFE, Zechariah, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, págs. 81-82; y también SHAPIRO, Martin, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1966, págs. 55-58.

75 *Vid.* *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907); *Commonwealth v. Davis*, 162 Mass. 510 (1895); *Burt v. Advertiser Newspaper Co.*, 154 Mass. 238, 242 (1891) (HOLMES, J.); y también, *Fox v. Washintong*, 236 U.S. 273 (1915).

expresión no se extendería a un hombre falsamente gritando fuego en un teatro y causando pánico [...] La cuestión en cada caso es si las palabras se utilizan en tales circunstancias y si son de tal naturaleza que puedan crear un peligro claro y presente que ocasionará daños sustantivos que el Congreso tiene el derecho de prevenir⁷⁶.

La aplicación de la doctrina del riesgo claro e inminente de causar un daño continuaría una semana más tarde en los casos *Frohwerk* y *Debs*. En *Frohwerk v. United States*, Jacob Frohwerk, al igual que Schenck, fue condenado por violar la *Espionage Act*, siendo acusado de incentivar la deslealtad y la oposición a servir en el ejército. El asunto *Debs*, aunque similar a *Schenck y Frohwerk*, ofrece una importante diferencia, no se había presentado cargo de conspiración. Eugene V. Debs, una figura política del Partido Socialista de relevancia nacional, fue acusado de inducir a la insubordinación y de alentar a no cumplir con las obligaciones militares, consumando los hechos incriminatorios en un discurso pronunciado ante más de un millar de asistentes en Hanton, Ohio, el 16 de junio de 1918⁷⁷. Realmente, el principal temor que estuvo presente en el caso fue el florecimiento del movimiento socialista, en auge a finales de la Iª Guerra Mundial, como reconocía el mismo Holmes al expresar la opinión unánime del Tribunal Supremo⁷⁸. Opinión que refleja la intensidad con la que la fuerza de la presión política se dejó sentir en la resolución judicial del caso *Debs*, manifestándose así, tal como han señalado, entre otros, Wat Hopkins⁷⁹ y Harry Kalven⁸⁰, la verdadera inconsistencia del “test del riesgo claro e inminente de causar un daño”, vago e impreciso, tanto desde la óptica

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

77 El texto completo del discurso aparece transcrito en la documentación sumarial del caso, *vid.* “*Transcript of Record*”, *Debs v. United States*, págs. 3-15.

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

79 W. Wat Hopkins afirma que HOLMES no menciona el “*clear and present danger test*”, y, en último término, parece que está restringiendo la metáfora del hombre que grita fuego en un teatro abarrotado de público, *vid.* HOPKINS “Reconsidering the ‘Clear and Present Danger’ Test: Whence the ‘Marketplace of Ideas’?”, *Free Speech Yearbook*, 1995, pág. 80.

80 En este sentido, Kalven señala que si intentamos situar el caso *Debs* en el contexto de los años 60, la situación sería similar a si cualquier crítico de la guerra del Vietnam fuese encarcelado por su oposición a la misma, *vid.* KALVEN, Harry, “Ernst Freud and the First Amendment Tradition”, *University of Chicago Law Review*, vol. 40, 1973, pág. 237.

del sujeto que pretende ejercer su derecho a expresarse libremente como desde la perspectiva del tribunal que debe aplicarlo y tiene, en su caso, que aventurar las posibles repercusiones del discurso, además de tampoco ser apto para enjuiciar un buen número de limitaciones de la libertad de expresión⁸¹.

Al fin y al cabo, como sabiamente dijera Zecharian Chafee, aunque los términos de la *Espionage Act* de 1917 ofrecían escasa semejanza con la *Sedition Law* de 1798, sin embargo, su aplicación judicial fue muy similar, con la única excepción de que se admitía como defensa la verdad de los hechos publicados⁸². De ahí que, quizás por esas fechas, como apuntamos más adelante, ya anduviera el Juez Holmes buscando una interpretación judicial de la Primera Enmienda más acorde con los presupuestos axiológicos que habían contribuido a su constitucionalización, porque, como señala Arthur E. Sutherland, “Holmes difícilmente hubiera sugerido que su frase “peligro claro y presente” constituyera un dispositivo mecánico para calcular el equilibrio de valores constitucionales entre la libertad para propugnar un cambio de gobierno y ser libres de la violencia revolucionaria fundada en la conspiración. Ambas son admirables aspiraciones de nuestro régimen constitucional. La fórmula del “peligro claro y presente”, ofrecida como garantía en la evaluación comparativa de esos dos objetivos, a veces incompatibles, plantea la cuestión, no la decide. Por una parte, “claro y presente” son dos metáforas, y la metáfora es un recurso retórico para soslayar la expresión precisa. Claridad y presencia son dos términos extraídos de las ciencias ópticas y de la medición espacial”⁸³. Equilibrio de valores constitucionales que sólo podía alcanzarse en un discurso abierto y dinámico, plural y diverso, de ahí que la historia nos deparase una de sus grandes paradojas, esto es, sería el mismo Magistrado del Tribunal Supremo, el mismo Juez que había abocado a una interpretación mecánica, encorsetada y restrictiva del ámbito de protección de la libertad de expresión de la Primera Enmienda, el mismo Oliver W. Holmes, quien abriese de nuevo las puertas de la Enmienda constitucional a la ancha

81 Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La Libertad de Expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 42-43.

82 Cfr. CHAFEE, Zechariah, Jr., *Free Speech in the United States*, op. cit., págs. 50-51.

83 SUTHERLAND, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, trad. de José Clementi, Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1972, pág. 636.

senda del discurso miltoniano-jeffersoniano, el célebre encuentro abierto entre la verdad y el error, retomando de nuevo el histórico discurso de la libertad de expresión las doctrinas areopagíticas en la metáfora judicial más debatida de la historia constitucional, la metáfora del célebre *Mercado de las Ideas* que formulase Holmes en su opinión disidente de *Abrams v. United States*.

El caso *Abrams* se originó en el verano de 1918, todavía en curso la Iª Guerra Mundial, cuando Estados Unidos decidió enviar un pequeño cuerpo de marinos a Siberia. Jacob Abrams y tres jóvenes socialistas mantenían una fuerte oposición al militarismo germánico, también se opusieron a la llamada “invasión capitalista” de Rusia por las tropas norteamericanas. Para reaccionar contra la intervención militar de los Estados Unidos, imprimieron dos panfletos y distribuyeron varios miles de copias en la ciudad de Nueva York. El contenido de ambos panfletos, uno escrito en inglés y el otro en *Yiddish* (dialecto judío), apoyaba la revolución rusa contra la intervención de los Estados Unidos, convocando incluso a los trabajadores a una huelga general, aunque no hay evidencia de que los trabajadores respondieran a ella⁸⁴. En la opinión del Tribunal Supremo, expuesta por el Juez John H. Clarke, el Tribunal mantuvo la culpabilidad de los acusados de transgredir dos preceptos de la Sección 3 de la *Espionage Act*, tal como había sido enmendada por la *Sedition Act* el 16 de mayo de 1918⁸⁵. Así, aplicando el “*clear and present danger test*” tal como

84 Para un análisis detallado de las circunstancias del caso, *vid.* RABBAN, David M., “The Emergence of Modern First Amendment Doctrine”, *op. cit.*, págs. 1247-1264; y también, POHLMAN, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, *op. cit.*, págs. 65-77. Una transcripción al completo de los dos panfletos puede leerse en CHAFEE, Zechariah, Jr., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, págs. 108-112.

85 «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 or the United States, or the Constitution of the United States, or the military or naval forces of the United States, or the flag of the United States, or any language intended to bring the form of government of the United States, or the Constitution of the United States..., into contempt, scorn, contumely, or disrepute, or shall wilfully utter, print, write, or publish any language intending to incite, provoke or encourage resistance to the United States; or to promote the cause of its enemies [...] or shall wilfully by utterance, writing, printing, publication, or language spoken, urge, incite, or advocate any curtailment of production in this country of anything necessary to the prosecution of the war in which the United States may be engaged, with intent by such curtailment to cripple or hinder the

había sido formulado por Holmes en el caso *Scheck v. United States*, y ya que los Estados Unidos no habían declarado la guerra a Rusia, el principal objetivo del gobierno fue probar una clara intención de interferir contra la guerra declarada a Alemania⁸⁶.

Frente a la decisión mayoritaria del Tribunal Supremo, Holmes hace célebre en su conocida opinión disidente, a la que concurre el Juez Louis Brandeis (1856-1941), la metáfora del *Mercado de las Ideas*, resonando el más puro estilo areopagítico el célebre encuentro abierto entre la verdad y el error,

La persecución por expresar ideas me parece perfectamente lógica. Si no se alberga duda alguna acerca de las propias premisas y si se quiere, además, conseguir un cierto resultado con todo el corazón, entonces se expresará con naturalidad los deseos en la ley y se eliminará toda oposición [...] Pero cuando los hombres comprueban cómo el tiempo ha invalidado muchas creencias en lucha, entonces pueden llegar a creer incluso más profundamente de lo que creen que constituye la base auténtica de su propia conducta que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que el pensamiento tiene para ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden cumplirse. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como toda vida es un experimento⁸⁷.

Se discute en la doctrina norteamericana si el caso *Abrams* constituyó el punto de inicio a partir del que Holmes procedió a conformar su construcción metafórica del *Mercado de las Ideas*. Así, aunque relevante doctrina coincide en afirmar, con David M. Rabban, que es a partir del caso *Abrams* cuando Holmes reconoce que el mejor *test* para la conquista de la verdad no es la regla mayoritaria sino el poder del pensamiento para ser aceptado en la competición del mercado⁸⁸, no han faltado quienes

United States in the prosecution of the war [...] and speak or acting in support or favour the cause of any country at war with the United States[...] shall be punished by a fine or not more than \$10.000 or imprisonment for not more than twenty years, or both», 40 Stat. 553-54 (1918).

⁸⁶ 250 U.S. 616, 621 (1919).

⁸⁷ 250 U.S. 616, 624 (1919) (Holmes, Jr., dissenting).

⁸⁸ Cfr. RABBAN, David M., "Emergence of Modern First Amendment Doctrine", *op. cit.*, pág. 1310. En la misma línea, *vid.* KALVEN, Harry, Jr., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, *op. cit.*, pág. 146; SMITH, Donald L., *Zechariah*

sostienen que la metáfora del *Mercado de las Ideas* formaba parte de su pensamiento con anterioridad a su formulación en 1919. Y no le falta razón a esta interesante interpretación que ahonda en la posible génesis de la metáfora judicial, porque ya en 1913 Holmes había reconocido explícitamente en un discurso que pronuncia en Nueva York en la *Harvard Law School Association* que el Derecho encarna “*the beliefs that have triumphed in the battle of ideas*”⁸⁹. De ahí la fuerte convicción holmesiana, plenamente arraigada en 1919, producto quizás de un lento pero progresivo ensanchamiento del ámbito constitucional de la Primera Enmienda, y aunque el mismo Holmes manifestaba en una carta dirigida a Sir Fredrick Pollock (1845-1937) sus sospechas sobre la falta de aceptación de su doctrina por la mayoría de los Magistrados del Tribunal Supremo, sospechas que, como relata Sheldon Novick, se tornarían ciertas⁹⁰, sin embargo, al mismo tiempo se mantuvo firme en sus convicciones⁹¹.

Con todo, relevantes integrantes de la corriente liberal norteamericana alabaron tal explosión de elocuencia. Así, el mismo Chafee calificó

Chafee, Jr., Defender of Liberty and Law, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pág. 31; y también, BOLLINGER, Lee C., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, Clarendon Press, Oxford, 1986, pág. 461.

89 Recogido en Oliver Wendell Holmes, Jr. *Collected Legal Papers*, *op. cit.*, págs. 294-295. Siguiendo esta misma interpretación, *vid.* BOGEN, David S., “The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes”, *op. cit.*, págs. 99, 173-187; y también, MURPHY, Paul L., *World War I and the Origins of Civil Liberties in the United States*, W. W. Norton & Company, New York, 1979, pág. 250. Para un análisis de la posible “metamorfosis” operada en la teorización holmesiana, *vid.* BLOUSTEIN, Edward J., “Holmes: His First Amendment Theory and His Pragmatist Bent”, *Rutgers Law Review*, vol. 40, Winter, 1988, págs. 283-302; POLENBERG, Richard, *Fighting Faiths. The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, Viking Penguin, New York, 1987, págs. 207-228; ROGAT, Yosai y O’FALLON, James M., “Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion-The Free Speech Cases”, *op. cit.*, págs. 1349-1406; y también, BOGEN, David S., “The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes”, *op. cit.*, págs. 97-189.

90 «*The majority did very highly disapprove of Holme’s dissent, and White tried to persuade him to be silent. When Holmes clung to what he thought his duty, three of the justices came to call on him in his library, and [his wife] Fanny joined them in trying to dissuade him from publishing his dissent*», NOVICK, Sheldon, *Honourable Justice, The Life of Oliver Wendell Holmes*, *op. cit.*, pág. 331.

91 *Vid.* *Holmes-Pollock Letters*, Mark D. Howe (ed.), 2 vols., Harvard University Press, Cambridge, 1942, vol. 2, pág. 29.

la oratoria holmesiana como una magnífica exposición de la fundamentación filosófica sobre la que descansa la protección constitucional de la libertad de expresión⁹², incluso, Max Lerner equipara la retórica de la *dissenting opinion* con la ofrecida por Milton y Mill⁹³, y Pohlman la considera una manifestación de la influencia que ejerciese el empirismo milliano en las doctrinas de Holmes⁹⁴.

Realmente, en la retórica miltoniana puede distinguirse dos partes bien diferenciadas. Una primera, que abarcaría hasta la conjunción “pero”, viene a reflejar la concepción restrictiva que Holmes había defendido de la libertad de expresión en los casos que unos meses antes había suscitado la aplicación de la *Espionage Act*, los estudiados casos de *Schenck*, *Frohwerk*, y *Debs*, resonando un evidente escepticismo antropológico, la inevitable falibilidad humana, “Si no se alberga duda alguna acerca de las propias premisas y si se quiere, además, conseguir un cierto resultado con todo el corazón, entonces se expresará con naturalidad los deseos en la ley y se eliminará toda oposición...”. La segunda sección, a partir del término “pero”, refleja una concepción más amplia de la Prime-

92 Cfr. CHAFEE, Zechariah, Jr., “A Contemporary State Trial-The United States versus Jacob Abrams *et al.*”, *Harvard Law Review*, vol. 33, 1920, pág. 771. Para otras opiniones semejantes, en general, *vid.* POLENBERG, Richard, *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech*, *op. cit.*, pág. 241.

93 Cfr. LERNER, Max, *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, Little, Brown, Boston, 1943, pág. 306. En este sentido, *vid.* también, KALVEN, Harry, Jr., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, *op. cit.*, pág. 156; ROGAT, Yosel y O’ FALLON, James M., “Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion-The Speech Cases”, *op. cit.*, pág. 1387; BOGEN, David S., “The Free Speech Metamorphosis of Mr Justice Holmes”, *op. cit.*, pág. 187; y también, WHITE, Morton, *Social Thought in America. The Revolt Against Formalism*, Beacon Press, Boston, 1957, pág. 238.

94 Cfr. POHLMAN, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, *op. cit.*, pág. 10. Un análisis de las implicaciones del utilitarismo y del empirismo británico en la construcción holmesiana puede consultarse en POHLMAN, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1984. En sentido contrario se pronuncia Sheldon Novick, sosteniendo que es un manifiesto error ubicar la construcción holmesiana en el tradición utilitarista dado el carácter ahistórico y antievolutivo de ésta, *vid.* *Honourable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, *op. cit.*, págs. 431, nota 23 y 434, nota 67. Para una posición ecléctica, *vid.* GREY, Thomas, “Holmes and Legal Pragmatism”, *Stanford Law Review*, vol. 41, 1989, págs. 805-815.

ra Enmienda, otorgando Holmes virtualidad a la libertad de expresión por su instrumentalización para el alcance de la verdad,

Pero cuando los hombres comprueban cómo el tiempo ha invalidado muchas creencias en lucha, entonces pueden llegar a creer incluso más profundamente de lo que creen que constituye la base auténtica de su propia conducta que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que el pensamiento tiene para ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden cumplirse. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como toda vida es un experimento⁹⁵.

Así, Holmes articula la libertad de expresión como un resorte intermedio que permite alcanzar la verdad, esto es, en el esquema axiológico piramidal diseñado por Holmes la cúspide se sitúa en el alcance de la verdad. Y esta instrumentalización de la libertad de expresión explicaría, como sostiene David M. Rabban, por qué Holmes no llegó a especificar el valor que la libertad de expresión aporta para el individuo y para la sociedad⁹⁶, como haría años más tarde Louis Brandeis, o por qué no concibió la Primera Enmienda, tal como dijera Alexander Meiklejohn, reflejo de la teoría política democrática⁹⁷.

Con todo, aunque, la metáfora holmesiana del *Free Trade of Ideas* fue mínimamente admitida por la doctrina del momento⁹⁸, aceptándose la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo⁹⁹, sin embargo, ha ejercido

95 250 U.S. 616, 624 (1919) (Holmes, Jr., dissenting).

96 Cfr. RABBAN, David M., "The Emergence of Modern First Amendment Doctrine", *op. cit.*, pág. 1317.

97 Cfr. MEIKLEJOHN, Alexander, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper & Brothers, New York, 1948, págs. 70-77.

98 Entre otros, *vid.* WILLIS, Hugh E., "Freedom of Speech and the Press", *Indiana Law Journal*, vol. 4, 1929, págs. 445-455; GOODRICH, Herbert F., "Does the Constitution Protect Free Speech", *Michigan Law Review*, vol. 19, 1921, págs. 487-501; LLEWELLYN, Karl L., "Free Speech in Time of Peace", *Yale Law Journal*, vol. 29, 1920, págs. 337-344; HART, Fred B., "Power of Government Over Speech and Press", *Yale Law Journal*, vol. 29, 1920, págs. 410-428; WALLACE, M. G., "Constitutionality of sedition Laws", *Virginia Law Review*, vol. 6, 1920, págs. 385-399; y también, POLLOCK, Frederick Sir, "Abrams v. United States", *Law Quarterly Review*, vol. 36, 1920, págs. 334-338.

99 En efecto, son numerosos los comentarios doctrinales favorables a la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo en defensa del llamado "*bad tendency test*", entre otros,

una notable influencia en el posterior proceso de conceptualización de la libertad de expresión. Influjo que se dejará sentir en pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal¹⁰⁰, llegando hasta nuestros días¹⁰¹. Así, el *Case Law* de la Primera Enmienda está repleto de resoluciones del Tribunal Supremo en las que se afirma que la ley no puede censurar ideas o, según la terminología del *Mercado de las Ideas*, no puede preferir una determinada versión de la verdad frente a cualquier otra, como se reflejó paradigmáticamente cuando el Juez Jackson expresaba la opinión mayoritaria del Tribunal en *West Virginia State Board of Education v. Barnette*¹⁰², y como se reiteró al más puro estilo holmesiano en *Gertz v. Robert Welch Inc*,

Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However per-

vid. PINSKY, Abraham, “Freedom of Speech under Our Constitution”, *West Virginia Law Review*, vol. 31, 1925, págs. 273-279; CARROLL, Thomas F., “Freedom of Speech and of the Press in Wartime: The Espionage Act”, *Michigan Law Review*, vol. 17, 1919, págs. 621-665, también de CARROLL, “Freedom of Speech During the Civil War”, *Virginia Law Review*, vol. 9, 1923, págs. 516-551; KIMBALL, Day, “The Espionage Act and the Limits of Legal Toleration”, *Harvard Law Review*, vol. 33, 1920, págs. 442 y ss.; HALL, James P., “Free Speech in War Time”, *Columbia Law Review*, vol. 21, 1921, págs. 526-537; CORWIN, Edward S., “Freedom of Speech and Press under the First Amendment: A Resume”, *Yale Law Journal*, vol. 30, 1920, págs. 48 y ss., también de CORWIN, “Constitutional Law in 1919-1920”, *American Political Science Review*, vol. 14, 1920, págs. 655-658; VANCE, W. R., “Freedom of Speech and of the Press”, *Minnesota Law Review*, vol. 2, 1918, págs. 239-260; y también, GARRETT, G. P., “Free Speech and the Espionage Act”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 10, 1919, págs. 71-75.

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

101 Entre los casos más recientes que juegan con la aplicación de la teoría holmesiana está *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *vid* también, *Hustler Magazine Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 55-56 (1988); *City Council of Los Angeles v. Taxpayer for Vincent*, 466 U.S. 789, 804 (1984); *Bolger v. Young Crug Products Corp*, 463 U.S. 60, 65-72 (1983); y *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455, 462-463 (1980).

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

*nicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas*¹⁰³.

IV. LA TRADICIÓN DEL *MERCADO DE LAS IDEAS*, MILTON Y HOLMES: CONFLUENCIAS Y DIFERENCIAS

Realmente, el punto de conexión entre las doctrinas areopagíticas formuladas por John Milton en plena Revolución Puritana y la liberal interpretación judicial que de la Primera Enmienda ofreciera el Juez Oliver W. Holmes a principios del siglo XX vendrá señalada por la supuesta similitud que ha pretendido reconocerse entre dos párrafos que, expuestos con una diferencia temporal de casi tres siglos, se ha considerado responden analógicamente a un mismo fundamento, estableciéndose una estrecha conexión entre la teoría holmesiana y la famosa metáfora en la que Milton parece afirmar la ulterior victoria de la verdad,

Aunque todos los vientos de la doctrina, desatados, acometieran la tierra, mientras la Verdad no levantara el campo, será agravio de ésta seguir licenciando y prohibiendo, como en incertidumbre de su fortaleza. Entre ella en agarrada con el Engaño; ¿quién supo jamás de vencimiento de ella en libre y paladino encuentro?¹⁰⁴.

Célebre pasaje areopagítico considerado el paradigma analógico que sirvió a Holmes para formular en su conocida opinión disidente en *Abrams v. United States* su modelo del *Marketplace of Ideas*,

que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que el pensamiento tiene para ser aceptado en la competencia del mercado¹⁰⁵.

Realmente, la analogía holmesiana ha sido trazada a través de los pensadores en quienes Milton influyó, Thomas Jefferson¹⁰⁶ y, sobre todo,

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

104 MILTON, John, *Areopagítica*, *op. cit.*, págs. 90-91, para la versión inglesa, *vid. Complete Prose Works of John Milton, op. cit.*, vol. II, pág. 563.

105 *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919) (Holmes, Jr., dissenting).

106 La influencia del pensamiento jeffersoniano se refleja en el caso *Whitney v.*

John Stuart Mill¹⁰⁷. En efecto, como se apuntó más arriba, no fue Holmes el primer defensor de la libertad de expresión como vehículo instrumental que asegurase la victoria de la verdad en su encuentro con el error, mucho antes que él, Jefferson ya había señalado que los errores que puedan derivarse del abuso en el ejercicio de la libertad de expresión han de corregirse por el libre intercambio de creencias y opiniones, resonando al más puro estilo areopagítico el encuentro abierto entre la verdad y el error¹⁰⁸,

Que la verdad es grande y prevalecerá si queda librada a sí misma; que es la antagonista adecuada y suficiente del error, y nada tiene que temer en el conflicto si no es despojada por interposición humana de sus armas naturales —la libre argumentación y el debate— dejando de ser peligrosos los errores cuando es permitido contradecirlos libremente¹⁰⁹.

Conexiones que no han hecho infrecuentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo relacionada con la libertad de expresión referencias expresas a las doctrinas miltonianas, como se refleja, entre otros, en el caso *Eisenstadt v. Baird*¹¹⁰, y en la famosa sentencia de *New York Times v. Sullivan*¹¹¹. De ahí que la mayoría de la doctrina norteamericana no haya dudado en establecer un nexo comunicativo directo entre Milton y Holmes. Así, Harold J. Laski afirma que el espíritu de la *Areopagítica* parece volver a la vida de nuevo en la importante opinión del Juez Holmes¹¹²,

California, afirmándose que la teorización judicial del Mercado de las Ideas está fundamentada en los escritos de Jefferson, *vid. Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., y Holmes, J., concurring).

107 En este sentido, *vid. AMANN*, Diane Marie, “A Whipsaw Cuts Both Ways: The Privilege Against Self-Incrimination in an International Context”, *U.C.L.A. Law Review*, vol. 45, núm. 5, June, 1998, pág. 1282, nota 513.

108 Al respecto, *vid. SIEBERT*, Frederick S., *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control*, University of Illinois Press, Urbana, 1965, pág. 11.

109 JEFFERSON, Thomas, *Proyecto de Ley sobre Libertad Religiosa*, *vid. Thomas Jefferson. Autobiografía y otros escritos*, *op. cit.*, pág. 322.

110 405 U.S. 438, 457-458 (1972) (Douglas, J. Concurring).

111 376 U.S. 254, 279, n. 19 (1964).

112 *Cfr. LASKI*, Harold, J., “The *Areopagítica* of MILTON after 300 Years”, en *Freedom of Expression, a Symposium...to Commemorate the Tercentenary of the Publication of Milton’s Areopagítica*, *op. cit.*, pág. i, también en el mismo sentido, *vid. BOL-LINGER*, Lee C., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, *op. cit.*, págs. 58-59.

y Stanley Ingber declara que las ideas recogidas en la *Areopagítica* fueron primeramente introducidas en el derecho norteamericano a través de la opinión disidente del caso *Abrams*¹¹³.

Equiparación analógica de las concepciones miltoniana y holmesiana que requiere de algunas consideraciones. En síntesis se afirma que mientras que para Holmes la competición en el mercado es el mejor *test* para la verdad, Milton mantiene que la verdad surgirá en un encuentro libre y abierto. Así, la primera hipótesis de que parte la doctrina norteamericana, y principal punto de crítica hacia la *Areopagítica*, es la creencia miltoniana en la victoria segura de la verdad, porque, como señala Baker, la teoría clásica del *Mercado de las Ideas*, inspirada parcialmente por Milton y desarrollada principalmente por Holmes, defiende la existencia y el descubrimiento de una verdad objetiva¹¹⁴. Sin embargo, ya se ha analizado más arriba que no hay una concepción tan absoluta de la ulterior conquista de la verdad en la formulación que ofreció Milton en la *Areopagítica*, de ahí que la cuestión sea confirmar si tal presunción es cierta en el célebre *Marketplace of Ideas* holmesiano.

Realmente, una visión integradora de los escritos holmesianos revela que para el magistrado el parámetro de medida de la verdad ha de ser siempre la visión del conjunto de los individuos que integran la sociedad, la posición individual es relativa, determinada por su pertenencia al todo, relativización del ámbito individual que conduce a Holmes a primar el interés colectivo, además, ese carácter relativo del individuo le impide acceder a un concepto objetivo y absoluto de verdad, que solo puede ser aprehendido por una mayoría, definiendo Holmes la verdad, en uno de sus escritos más relevantes sobre el Derecho natural, en función del parámetro de la mayoría, “*a majority of a nation that can lick all others*”¹¹⁵. Esta noción de verdad es consecuencia del escepticismo holmesiano acerca de la capacidad del individuo para discernir en su globalidad el universo que

113 Cfr. INGBER, Stanley, “The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth”, *Duke Law Journal*, 1984, pág. 3.

114 Cfr. BAKER, C. Edwin, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, New York, 1989, pág. 6; *vid.* también, SCHAUER, Frederick, “Speech and “Speech-Obscenity”, and “Obscenity”: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language”, *Georgia Law Review*, vol. 67, 1979, pág. 916.

115 De ahí el concepto subjetivo de la verdad, «*a reference to either a present or an imagined future majority in favour of our view*», HOLMES, Oliver Wendell, Jr., “Natural Law”, *Harvard Law Review*, vol. 32, 1918, págs. 40-44.

le rodea, considerando que las creencias de una persona no son sino “*a systemn of intellectual limitations*”¹¹⁶, de ahí que la aparente verdad individual no sea sino el denominador común derivado de las limitaciones que compartimos con de los demás¹¹⁷.

La segunda hipótesis de que parte la doctrina norteamericana consiste en establecer una perfecta equiparación analógica entre el ámbito en el que Milton supone tiene lugar el encuentro entre la verdad y la falsedad y el ámbito en el que lo sitúa Holmes, esto es, el mercado. Realmente, Milton dibuja una situación supuestamente teórica cuando afirma “¿quién supo jamás de vencimiento de ella [la verdad] en libre y paladino encuentro?”, y decimos supuestamente porque la construcción gramatical de la expresión es de relevancia, de naturaleza interrogativa, no afirmativa, de ahí que Milton no esté reconociendo la victoria de la verdad, sino intentando aproximarse a un resultado que no puede venir dado sino por el segundo de los elementos que definen la construcción miltoniana. Nos referimos a los caracteres definitorios del supuesto encuentro entre la verdad y la falsía, es decir, sin efectivamente el encuentro es “libre y abierto”. En consecuencia, la condición del supuesto hipotético miltoniano para la victoria de la verdad es la exigencia del carácter libre y abierto del encuentro, entonces, y solo entonces, la verdad podría salir victoriosa, y decimos en todo momento que es un supuesto hipotético, porque en este estudio ya hemos analizado las distintas dudas que se le presentan a Milton de que en la realidad política y social la verdad tenga muchas posibilidades de situarse en un espacio libre y abierto.

Por el contrario, en la formulación del *Mercado de las Ideas* Holmes parece partir de un elemento preconcebido, de una situación plenamente constatada, la existencia del mercado, y de la certeza y verificación de los dos elementos que Milton establecía como condicionantes previos

116 HOLMES, Oliver Wendell, Jr., “Ideals and Doubts”, *Illinois Law Review*, vol. 10, 1915, recogido en Oliver Wendell Holmes, Jr., *Collected Legal Papers*, op. cit., págs. 304-305.

117 «*What gives it [truth] objectivity is the fact that I find my fellow man to a greater or less extent (never wholly) subject to the same can't help. If I think that I am sitting at a table I find that the other persons agree with me... If I am in a minority of one they send for a doctor or lock me up, and I am so far able to transcend the to me convincing testimony of my senses or my reason as to recognize that if I am alone probably something is wrong with my works*», HOLMES, Oliver Wendell, Jr., “Natural Law”, op. cit., págs. 310-311.

para verificar la victoria de la verdad, esto es, Holmes prioriza el carácter libre y abierto del *Mercado de las Ideas*, de ahí que la cuestión nuclear se centre en determinar si ¿es el *Mercado de las Ideas* un encuentro libre y abierto? Cuestión que rebasa en gran medida, por su complejidad y extensión, el objetivo de este estudio, aunque se puede afirmar que mientras que para Milton el resultado, por no estar preconcebido, puede en alguna medida ser aleatorio, para Holmes, parece estar previamente determinado. Aparente certeza holmesiana que ha sido principalmente cuestionada por la doctrina constitucionalista norteamericana, primeramente por John H. Wigmore, conocido reformista de principios del siglo XX contrario a la defensa que como vehículo de la búsqueda de la verdad efectuase de la libertad de expresión Holmes, criticando duramente la metáfora holmesiana formulada en *Abrams v. United States*¹¹⁸.

En efecto, se ha afirmado que el encuentro de las diferentes posiciones en el mercado no siempre va a conducir a la certeza y al encuentro de la verdad, ya que la mayoría puede, tras escuchar todos los puntos de vista, escoger aquello que es, objetivamente hablando, incorrecto, de ahí que aunque la libertad de opinión sea en este hipotético mercado necesaria en tanto que crea la oportunidad para que la verdad salga aireada, no necesariamente se producirá tal resultado¹¹⁹. De ahí que se haya discutido la certeza de la hipótesis de la que parte Holmes, esto es, si efectivamente el *Mercado de las Ideas* es un “encuentro libre y abierto”, dado que es inevitable creer en las instituciones políticas y económicas fundamentales de una sociedad, instituciones que llegan a considerarse establecidas, de ahí que la mayoría de los individuos crezcan considerándolas no como instituciones que deben ser sometidas a examen y crítica sino como estándares realmente establecidos en base a los cuales debe ser examinada la adecuación de las nuevas orientaciones e instituciones políticas, y cuando esto sucede, que parece ser lo más común, el proceso social de evaluación

118 Vid. WIGMORE, John H., “*Abrams v. United States: Freedom of Speech and Freedom of Thuggery in War-Time and Peace-Time*”, *Illinois Law Review*, vol. 14, 1920, págs. 550-551. Conectando las figuras de Holmes y Wigmore, William Roalfe afirma que, realmente, Wigmore fue un admirador del Juez Holmes de tal manera que la decisión del asunto *Abrams* fue uno de las raras ocasiones en que ambos no estuvieron de acuerdo en la correcta decisión de un caso, vid. *John Henry Wigmore: Scholar and Reformer*, Northwestern University Press, Evanston, Ill., 1988, págs. 148-149.

119 En este sentido, vid. SMOLLA, Rodney, *Free Speech in an Open Society*, Vantage Books, New York, 1993, págs. 6-7.

crítica es “*short-circuited*”. Por esto Laurence H. Tribe se cuestiona que en un sistema donde los más poderosos tienen mayor posibilidad de acceso a los medios de comunicación más potentes que la permitida a los menos pudientes, qué seguridad —argumenta Tribe— podemos tener de que el “*free trade in ideas is likely to generate truth*”¹²⁰.

Igualmente, Steven Shiffrin cuestiona el carácter comercial del mercado, provocando en el individuo una orientación eminentemente materialista en su esquema de valores, de ahí que la confianza depositada en el resurgimiento de la verdad en un sistema reducido a un esquema fundamentalmente económico tenga escasas posibilidades¹²¹. Y, desde una perspectiva crítica similar, Vázquez Montalbán ofrece una certera interpretación de los efectos nocivos que para la conciencia individual está ejerciendo el mercado contemporáneo de la comunicación, sujeto a los estándares económicos y sociales de referencia que alienan la voluntad individual y ciegan la capacidad de crítica, de ahí la visión peyorativa que proyecta del famoso *Mercado de las Ideas*, reflejándose, en suma, en la posición de Montalbán, el temor a la estandarización y uniformización que conlleva la anulación de la obligada diversidad de todo ámbito antropológico¹²².

Y no le falta razón a Montalbán, porque, realmente, el aspecto nu-

120 TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2nd ed., Foundation Press, Mineola, N. Y., 1988, pág. 786.

121 Cf. SHIFFRIN, S., “The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, *Northwestern University Law Review*, vol. 78, 1983-1984, págs. 1212 y ss., especialmente pág. 1281.

122 «Estamos asistiendo, en las relaciones entre el Norte y el Sur y dentro del propio Norte, a una inmensa contradicción entre la teoría de la pluralidad y la uniformidad real del mensaje. Desde la caída del Muro de Berlín contemplamos la inculcación sistemática, masiva, uniforme de que en el mundo hay una verdad, un mercado, una racionalidad, un ejército de vigilancia de esa verdad única, de ese mercado único y de esa racionalidad única [...] Los efectos destructores de esa posición serían la alienación de la conciencia individual, la extirpación de cualquier posibilidad de rebeldía individual, social y étnica. Es decir, la desaparición de cualquier conciencia para poder enfrentarse a este proceso constante de autoextrañarte y de convertirte en un extraño dentro de tu propio ámbito, condicionando la entrega sumisa a la conciencia y al imaginario de la modernidad y del progreso tal como lo fije el Norte y el sector social emergente [...] pocas veces hemos estado tan amenazados por la capacidad de un sistema de imponer tan impunemente verdades uniformadoras», VÁZQUEZ MONTALBÁN, M., *Historia y comunicación social*, Mondadori, Barcelona, 2000, págs. 247-248.

clear que nos ocupa es la necesaria conjugación del modelo del *Mercado de las Ideas* y el universo axiológico que se consagra en el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión, porque es posible que esta conceptualización del *Free Trade in Ideas* pueda en cierta medida amenazar esos principios e intereses, esos valores innatos al individuo que han estado presentes en el reconocimiento y protección constitucional de la libertad de expresión. Priorización de la escala axiológica individual que parece haber olvidado, como señala Stanley Ingber, la doctrina defensora del *Mercado de las Ideas*, desviándose el discurso de la protección especial de la libertad de expresión al ámbito del interés colectivo¹²³. De ahí el efecto pernicioso que la doctrina del *Mercado de las Ideas* está proyectando sobre una adecuada conceptualización del universo axiológico presente en el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión. En efecto, David M. Rabban considera que una de las manifestaciones de la falta de transformación profunda en la concepción holmesiana sobre la libertad de expresión es su convicción acerca del denominado “darwinismo social”¹²⁴, determinante de tal concepción restrictiva, esto es, para Rabban el darwinismo social provoca la restricción de la previa concepción omnicompreensiva de la metáfora del *Markeplace of Ideas* que el magistrado formulase en *Abrams*, concepción restrictiva deducida por Rabban del revelador pronunciamiento holmesiano en *Gitlow v. New York*¹²⁵. Y es que, como ha defendido Mark A. Graber¹²⁶, es manifiesta la priorización que el interés social siempre recibe en la doctrina holmesiana, como refleja el pronunciamiento holmesiano en *McDonald v. Mabee*, “*Truth was the majority vote of that nation that could lick all others*”¹²⁷.

123 Cfr. INGBER, Stanley, “The Marketplace of Ideas: a Legitimizing Myth”, *Duke Law Journal*, vol. 1, 1984, págs. 4-5.

124 Cfr. COVER, “The Left, the Right and the First Amendment”, *Maryland Law Review*, vol. 40, 1981, págs. 349 y ss., especialmente, pág. 383, nota 118.

125 «*If in the long run the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way*», *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 673, (1925) (Holmes, Jr., dissenting).

126 Cfr. GRABER, Mark A., *Transforming Free Speech: The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, op. cit., pág. 109.

127 243 U.S. 90, 91 (1917). En este sentido, vid. ROGAT, Yosai y O’FALLON, James M., “Mr. Justice Holmes: A Dissenting Oppinion-The Free Speech Cases,” op. cit., pág. 1362; RAGAN, Fred D., “Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., Zechariah Chafee, Jr.,

Con todo, estas consideraciones ponen de relieve que aunque sea posible y pueda establecerse esa pretendida cadena de conexiones entre Milton y Holmes, sin embargo, ha de hacerse partiendo del carácter relativo que el concepto de verdad tiene para ambos, de ahí que la diferencia permanezca en lo substancial, porque mientras que Milton toma como parámetro para la comprensión del universo al individuo, Holmes invierte el argumento, haciendo inclinar la balanza hacia la colectividad, así que, como señala Pohlman, la comunidad es considerada la fuente de todo el Derecho¹²⁸. De ahí que, quizás, las conexiones entre Milton y Holmes solo puedan establecerse en términos estrictamente metafóricos o analógicos, pero no en la existencia de un sistema racional lógico de conexiones, porque para Milton ese “libre” mercado es simplemente apariencia. Aunque quizás es fuera de la alusión metafórica del *Mercado de las Ideas* donde sea posible encontrar una mayor aproximación entre las doctrinas miltonianas y la teorización judicial holmesiana.

En efecto, quizás, la equiparación entre las doctrinas de estos dos campeones de la libertad haya de situarse no en el ámbito estrecho y estático de unas cuantas alusiones metafóricas sino en el de una integración de conjunto, porque la mayoría de la doctrina norteamericana ha analizado la *Areopagítica* atendiendo exclusivamente a este ámbito reducido del pensamiento miltoniano, ofreciendo una interpretación reduccionista de carácter desintegrador, polarizando el fundamento de la *Areopagítica* y estableciendo compartimentos estancos que no permiten ofrecer una evaluación global y general de la obra miltoniana, afirmándose que los dos principios básicos que definen la *Areopagítica* son una inadecuada y no debida fe en el poder y el valor de la razón y una presumida y desconocida intolerancia en la raíz.

Necesaria interpretación integradora en la que parecen encuadrarse las aportaciones de Vincent Blasi, quien afirma que el argumento clave de la concepción miltoniana es la defensa del dinamismo político de la sociedad que de su lectura se deduce, de manera que Milton es para Blasi defensor de una sociedad abierta y dinámica, dinamismo que sólo puede

and the Clear and Present Danger Test for Free Speech: the First Year, 1919,” *op. cit.*, pág. 26; y también, ROGAT, Yosai, “Mr. Justice Holmes: Some Modern Views-The Judge as Spectator,” *op. cit.*, pág. 255.

128 POHLMAN, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution*, *op. cit.*, pág. 4.

alcanzarse a través de la exposición de las distintas concepciones, porque en una sociedad sometida a la censura el pueblo puede convertirse en un conjunto de individuos pasivos y conformados, y para Milton la pasividad y su gemela, la conformidad, son dos vicios que corrompen y estancan el sistema político y social¹²⁹, de ahí que en la *Areopagítica* Milton compare el sistema de licencias con el yugo de la conformidad¹³⁰.

Y no le falta razón a Blasi, porque al analizar la virtualidad de la libertad de expresión Milton señala su funcionalización en aras de la dinamización y apertura del sistema social, y la imagen miltoniana que mejor refleja esta concepción progresiva y dinámica es el famoso pasaje que describe a Londres como el “solar de la libertad”¹³¹.

Carácter dinámico y renovador que, como certeramente señalan Kranidas¹³² y Whitaker¹³³, vuelve a reiterarse en el emblemático pasaje del “vuelo del águila”, visionando el republicano una Inglaterra regenerada en el futuro, equiparando así Milton metafóricamente el despertar de la nación inglesa con la regeneración política que Milton atribuye a la recuperación de la fortaleza de un Sansón melenudo¹³⁴. Simbolismo metafórico

129 Vid. BLASI, Vincent, “John Milton’s *Areopagítica* and the Modern First Amendment”, *op. cit.*, pág. 15.

130 «Temo que este férreo yugo de la conformidad exterior habrá dejado huella servil en vuestros cuellos», MILTON, John, *Areopagítica*, *op. cit.*, pág. 93, para la versión inglesa, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, págs. 563-564.

131 «Contemplad ahora esta ciudad amplísima, ciudad de refugio, solar de la libertad, abarcada y ceñida por su protección; no tuvo la forma guerrera más yunques y martillos en vela para el labrado de armadura y armamento de la Justicia en defensa de la Verdad cercada, que esta ciudad plumas y cabezas junto a sus lámparas estudiosas, cavilando, escurcando, revolviendo nuevas nociones e ideas», *ibidem*, págs. 82-83, para la versión inglesa *op. cit.*, págs. 553-554. En el mismo sentido, *vid. WOLFE*, Don M., *Milton in the Puritan Revolution*, Thomas Nelson and Sons, New York, 1941, pág. 125.

132 Cfr. KRANIDAS, Thomas, “Polarity and Structure in Milton’s *Areopagítica*”, *English Literary Renaissance*, vol. 14, núm. 2, 1984, pág. 187.

133 Cfr. WHITAKER, J., “‘The Wars of Truth’: Wisdom and Strength in *Areopagítica*”, *Milton Studies*, vol. 9, 1976, pág. 199.

134 «Antójeseme ver una noble y poderosa nación despertando como recio varón después del sueño, y sacudiendo las invencibles guedejas. Antójeseme verla como un águila maullando su poderosa juventud, y prendiendo los no deslumbrados ojos en el pleno fulgor del mediodía, purgando y descostrando su vista, por tanto tiempo envilecida, en la fuente misma del resplandor celeste», MILTON, John, *Areopagítica*, *op. cit.*, pág. 87, para la versión inglesa, *vid. Complete Prose Works of John Milton*, *op. cit.*, vol. II, págs. 557-558.

que junto a las figuras de la fuente de la verdad y el mito de Osiris, revelan el enérgico dinamismo que caracteriza al ensayo areopagítico, dinamismo que, como sostiene Kranidas, informa a las esferas privada y pública¹³⁵. Porque, realmente, el concepto de progreso miltoniano se extiende a todos los ámbitos del saber, interconectados entre sí, como sostiene Charles R. Geisst, para alcanzar el ansiado dinamismo social, solamente logrado al amparo de la libertad¹³⁶. Realmente, el carácter dinámico y vibrante es connatural a la vitalidad que para Milton define a la comunidad política, y esta vitalidad no se puede mantener, el estancamiento se instalará inexorablemente, si las prescripciones de la costumbre y del poder no son desafiadas, de ahí que, como apunta D. M. Wolfe, el proyecto de reformas miltoniano pretenda abarcar todos los niveles del sistema social¹³⁷.

En definitiva, la visión que de la *Areopagítica* nos ofrece Blasi, quien identifica Milton más con Madison que con Mill, y más con el Juez Hugo L. Black que con el Juez Holmes, se reconduce a afirmar que sin un compromiso social robusto favorable a la libre discusión es imposible sostener una sociedad vibrante, energética y amoldable, de ahí que la enervación de la energía política y social constituya el mayor riesgo de la regulación de la libertad de expresión, argumentos areopagíticos que permanecen inalterables¹³⁸.

Sin embargo, objetamos a la interesante interpretación ofrecida por Blasi que aunque es cierto que la preocupación miltoniana por la energía política de la sociedad es bien patente, sin embargo, no podemos olvidar que ésta es su segunda preocupación, porque, como venimos defendiendo, la defensa miltoniana de la libertad de expresión se sitúa primeramente en el nivel individual, esto es, garantizar el carácter dinámico, abierto y dirigido a la autorrealización individual que para Milton persigue el reconocimiento de tal libertad de expresión, garantizado este

135 Vid. KRANIDAS, Thomas, "Polarity and Structure in Milton's *Areopagítica*", *op. cit.*, pág. 187.

136 Cfr. GEISST, Charles R., *The Political Thought of John Milton*, The Macmillan Press, London, 1984, pág. 55.

137 Vid. WOLFE, Don M., *Milton in the Puritan Revolution*, *op. cit.*, págs. 60 y 137.

138 Para un análisis más detallado de este nuclear aspecto en el escrito miltoniano, vid. SALDAÑA DÍAZ, M. N., "Libertad de prensa y energía política en la *Areopagítica* de John Milton", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 3, 2007, págs. 211-235.

primer estadio, el segundo deviene por su propio peso. De ahí quizás el mayor error de Blasi al concluir que Milton, después de todo, no fue un demócrata excepto en el sentido de que creyó que cada ciudadano debe ejercitar su soberanía sobre su propia mente, y que debe usar su conocimiento para potenciar la energía social y exigir responsabilidad al poder, afirmando que Milton no fue ni un escéptico ni un demócrata sino simplemente simpatizante de una aristocracia de méritos¹³⁹. Por nuestra parte, nos adherimos plenamente a la crítica ofrecida por Murray Dry al concluir sobre el trabajo de Blasi que esa descripción de Milton es plenamente consistente con una posición mucho menos liberal de la libertad de expresión que se refleja en el Derecho constitucional norteamericano del momento, esto es, que el intento de Blasi de realizar una interpretación más abierta y omnicompreensiva de la obra miltoniana cae en su último argumento¹⁴⁰.

En fin, la obra miltoniana es más complicada en su lectura e interpretación de lo que ha pretendido la doctrina norteamericana, aunque esperamos que esta aproximación a una línea interpretativa más “integradora” de las doctrinas miltonianas haya servido para alcanzar un mayor conocimiento de la *Areopagítica* y de su contexto, lo que permitirá al lector tener en cuenta determinados argumentos olvidados y, por otro lado, valorar en sus estrictos términos aquellos que han sido en demasía ensalzados, porque afirmar la dimensión abierta y dinámica de la conceptualización de la libertad miltoniana y, al mismo tiempo, negar su carácter democrático, supone desconocer en el fondo la grandiosidad de la aportación miltoniana al proceso de fundamentación y organización racional de la comunidad política, que no es otra que, como proclamase el conocido biógrafo miltoniano, John Aubrey, la defensa de la libertad¹⁴¹. Libertad sólo ejercitable en un Estado en el que el individuo puede optar racionalmente, ejercicio racional de la libertad individual presupuesto de su institucionalización colectiva, de ahí que aunque es cierto que los célebres pasajes areopagíticos han sido esgrimidos por la mayoría de la doctrina norteamericana para encontrar en ellos el origen fundador de la famosa teoría del *Mercado de las Ideas* tal como fuese formulada por el

139 *Ibidem*, pág. 19.

140 Cfr. DRY, Murray, “The First Amendment Freedoms, Civil Peace and the Quest for Truth”, *Constitutional Commentary*, vol. 15, núm. 2, 1998, pág. 330.

141 Vid. DARBISHIRE, Helen, *The Early Lives of John Milton*, Constable, London, 1932, págs. 13-14.

Juez Oliver W. Holmes a comienzos del siglo XX, sin embargo, aunque la concepción miltoniana tiene cierta semejanza con la teoría del *Mercado de las Ideas*, el concepto areopagítico responde a ese fundacional presupuesto de la libertad que difícilmente encontramos en nuestro tiempo, esto es, para Milton la verdad está basada en la fuerza de la razón y no en el ejercicio del poder.

Vidas por el Derecho

Edición de Esteban Conde Naranjo

Colaboraciones de

Clara Álvarez Alonso, Frédéric Audren,
Esteban Conde Naranjo, Catherine Fillon,
Sebastián Martín, Aldo Mazzacane,
Cristina Nogueira da Silva, Carlos Petit,
María Nieves Saldaña, José Subtil,
Jesús Vallejo, Cristina Vano

ISBN: 978-84-15455-27-1

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/13565>