

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN ESTADOS UNIDOS: ¿UN MODELO PARA EUROPA? (1)

JORDI FREIXES MONTES
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EVOLUCION HISTORICA DEL CONTENIDO Y APLICABILIDAD DE LAS PROTECCIONES CONSTITUCIONALES FEDERAL Y ESTATAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN ESTADOS UNIDOS. III. CONJUNCION DE LAS PROTECCIONES CONSTITUCIONALES FEDERAL Y ESTATAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN ESTADOS UNIDOS. IV. LA SOBREPOTECCION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION NORTEAMERICANA. V. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION EN EUROPA. VI. PERSPECTIVAS DE EVOLUCION EN EUROPA.

I. INTRODUCCION

El objeto de este trabajo es examinar cómo se combinan en Estados Unidos las protecciones que otorgan a la libertad de expresión la Constitución federal y las Constituciones de los Estados miembros, para profundizar en la comprensión de dicha libertad en el ordenamiento norteamericano y para extraer elementos de juicio con los que examinar cómo pueden repercutir en ella los procesos de integración europea.

(1) Este trabajo se integra en el Proyecto de Investigación sobre Integración Europea y Derechos Fundamentales (DGICYT PB93-0851). Conste aquí mi agradecimiento a Alex

En primer lugar, se expone el contenido y la aplicabilidad de dichas regulaciones constitucionales de la libertad de expresión, especialmente la federal, dado su mayor conocimiento y repercusión, y se lleva a cabo este estudio desde una perspectiva evolutiva, puesto que el contenido y aplicabilidad de la protección constitucional federal de la libertad de expresión ha sufrido una importante transformación a lo largo de su historia—breve para una nación pero longeva para un precepto constitucional—.

Seguidamente, se entra en el que es el núcleo de este trabajo: la explicación de la imbricación que se produce en Estados Unidos entre los dos niveles de protección constitucional de la expresión. Esto es lo más exportable de este estudio, ya que los avatares propios del constitucionalismo estadounidense o la concreta jurisprudencia de cada uno de los tribunales supremos estatales tienen una importancia relativa frente a los fundamentos estructuradores de los sistemas jurídico y político norteamericanos.

Por ello, se procede después a un examen somero de la utilización por los Estados de su posibilidad de superar las exigencias federales en materia de libertad de expresión, para lo cual se ha contado con fuentes secundarias (artículos de revista y otros trabajos de investigación), que nos han permitido librarnos de la penosa tarea de recopilar la jurisprudencia interpretadora de la Constitución de cada uno de los Estados.

Y para finalizar, en los dos últimos epígrafes, pasamos a buscar en España o Europa un sistema equivalente de protección constitucional dual de la libertad de expresión, remarcando las diferencias existentes en la actualidad y valorando la probabilidad de una evolución futura en este sentido.

II. EVOLUCION HISTORICA DEL CONTENIDO Y APLICABILIDAD DE LAS PROTECCIONES CONSTITUCIONALES FEDERAL Y ESTATAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN ESTADOS UNIDOS

En los inicios de la Unión norteamericana, no se incluyó la protección de la libertad de expresión ni en 1777 en la redacción de los Artículos de Confederación y Unión Perpetua ni en 1787 en el texto original de la Constitución federal, a pesar de que en la Convención Constitucional de Filadelfia algunos *framers*, encabezados por Mason, defendieron el añadido de una declaración de derechos en general y de la libertad de prensa en particular (2). Esta ausencia no fue, por tanto, un fenómeno peculiar de la libertad de expresión, sino generalizable a prácticamente todos los dere-

Peñalver, Michael Jiménez y José Torres por el envío de ciertos materiales y al doctor Juan José Solozábal por invitarme a participar en este número monográfico dedicado a un tema que él conoce tan bien.

(2) Véase, por ejemplo, BERNARD SCHWARTZ, *The Roots of the Bill of Rights. An Illustrated Source Book of American Freedom*, Chelsea House Publishers, New York, 1980, vol. 2, pp. 437 a 439.

chos fundamentales, pues la regulación que de ellos se hizo en cada uno de estos dos textos fue escasísima, al parecer, principalmente (3), por la creencia de que no era necesario proteger los derechos fundamentales ante instituciones cuyo ámbito competencial previsiblemente no les permitiría afectarlos (4). No era éste el caso de los Estados, a quienes correspondía determinar los derechos de las personas que se encontraran bajo su jurisdicción, tarea que habían emprendido con el mantenimiento del *common law* inglés y la inclusión de declaraciones de derechos en sus respectivas Constituciones, en la mayoría de las cuales se encontraban ya preceptos reconocedores de la libertad de expresión o prensa (5).

La desconsideración de los *Founding Fathers* para con los derechos, que acabamos de exponer, estuvo a punto de frustrar la ratificación del proyecto de Constitución federal por las convenciones de los Estados miembros, y precisamente su promesa de solución intervino decisivamente en la aceptación de la nueva Constitución. Cuatro de estas convenciones estatales propusieron la inclusión de la libertad de expresión o prensa en la Constitución federal (6), tarea a la que se dedicó el primer congreso federal después de la insistencia de Madison (7). Es curioso que el proceso de elaboración y ratificación del *Bill of Rights* produjera de forma casual que la enmienda que recoge las libertades de expresión, religión, reunión y petición ocupara el primer lugar de la declaración de derechos (8), lo cual ha contribuido a la consideración de estos derechos como básicos en el constitucionalismo estadounidense. Su texto es famoso

(3) En el caso de la Constitución federal, otros motivos han sido también aducidos, entre los que destaca la preferencia de los federalistas por otro método de protección de la libertad: la separación de poderes funcional y territorial. Véanse los escritos núms. 28, 46 y 51 de *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

(4) Hamilton, en el escrito núm. 84 de *El Federalista*, *cit.*, precisamente arguye, como ejemplo, que no hace falta prohibir al Gobierno Federal la restricción de la libertad de prensa si no se le da poder para ello. RODNEY A. SMOLLA, *Smolla and Nimmer on Freedom of Speech: A Treatise on the First Amendment*, Matthew Bender, New York, 1994, en pp. 1-15, nota 21, informa que las únicas competencias relacionadas con la libertad de expresión que la Constitución de 1787 otorgó a la Federación son el sistema nacional de correos y la propiedad intelectual e industrial; pero en pp. 1-16, nota 23, afirma que la Federación puede utilizar otras competencias para coartar la libertad de expresión, como el comercio interestatal o el poder fiscal (por ejemplo, negando el acceso de determinadas publicaciones al comercio interestatal o imponiéndoles impuestos más elevados).

(5) Su texto puede verse en WILLIAM F. SWINDLER (ed.), *Sources and Documents of United States Constitutions*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, 1973.

(6) Véase, por ejemplo, SMOLLA, *cit.*, pp. 1-16, nota 25.

(7) Véase, por ejemplo, SCHWARTZ, *cit.*, vol. 5.

(8) Las enmiendas propuestas por el Congreso en 1789 no fueron diez, sino doce, y precisamente las dos que no recibieron una pronto apoyo por parte de los Estados fueron las que se encontraban en primer lugar, lo cual supone que el Congreso no buscó colocar la libertad de expresión y sus acompañantes al comienzo de la declaración de derechos. Aun-

en el mundo entero: “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press” (El Congreso no hará ninguna ley limitando la libertad de expresión o de prensa).

De esta manera se llega a la etapa siguiente, que llegará hasta comienzos del siglo XX, en la cual el ordenamiento estadounidense dispone ya de una protección constitucional federal de la libertad de expresión. Ahora bien, esta Primera Enmienda, como el resto del *Bill of Rights*, sólo se considerará aplicable a los órganos federales (9), puesto que aquel fue elaborado para que éstos estuvieran sujetos a alguna declaración constitucional de derechos, siguiendo los Estados vinculados al cumplimiento de sus respectivas Constituciones. De todas maneras, el Tribunal Supremo federal no dio apenas efectividad a la Primera Enmienda hasta comienzos del siglo XX (10), a diferencia de los tribunales estatales, que fueron aplicando los preceptos de libertad de expresión de sus Constituciones (11), frente a los Estados (12).

que la verdad es que las dos primeras no eran cláusulas reconocedoras de derechos, sino preceptos reguladores de las instituciones políticas: el número de miembros de la Cámara de Representantes que corresponderían a cada Estado y una prohibición a los parlamentarios de aumentarse el sueldo con efectos inmediatos (antes de que finalice la legislatura). Esta segunda, que vio cómo los Estados la desdeñaban, ha resurgido recientemente, y sumando ratificaciones pasadas y actuales ha pasado a convertirse en la Vigésimoséptima Enmienda de la Constitución.

(9) Así, lo estableció el Tribunal Supremo federal en su sentencia *Barron v. Baltimore*, 32 US (7 Pet.) 243 (1833): “The Constitution was ordained and established by the people of the United States for themselves, for their own government, and not for the government of the individual states” (La Constitución fue ordenada y establecida por el pueblo de los Estados Unidos para ellos mismos, para su propio gobierno, y no para el gobierno de los Estados) —p. 247—.

(10) Es expresivo el título del artículo de DAVID M. RABBAN, “The First Amendment in Its Forgotten [olvidados] Years”, 90 *Yale Law Journal* 514 (1980).

(11) Hay discrepancia en cuanto a la valoración de la actividad de los tribunales estatales en su protección de la libertad de expresión hasta comienzos del siglo XX, pues mientras PETER P. MILLER (note), “Freedom of Expression Under State Constitutions”, 20 *Stanford Law Review* 318 (1968), pp. 322 a 325; HARRY C. MARTIN, “Freedom of Speech in North Carolina Prior to *Gitlow v. New York*, with a Forward Glance Thereafter”, 4 *Campbell Law Review* 243 (1982); TODD F. SIMON, “Independent but Inadequate: State Constitutions and Protection of Freedom of Expression”, 33 *The University of Kansas Law Review* 305 (1985), pp. 311-312; y MARTIN SHAPIRO, “Freedom of Expression-Transnational and State Interactions in the American Experience”, en Mauro Cappelletti, Monica Seccombe y Joseph Weiler (editores), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, vol. 1, libro 3 (pp. 249 a 277), pp. 253 y 260-261, critican la escasa e inconsistente utilización que hicieron de los preceptos constitucionales estatales de libertad de expresión; MARGARET A. BLANCHARD, “Filling in the Void: Speech and Press in State Courts prior to *Gitlow*”, en Bill F. Chamberlin y Charlene J. Brown (eds.), *The First Amendment Reconsidered. New Perspectives on the Meaning of Freedom of Speech and Press*, Longman, New York, 1982 (pp. 14 a 59), el artículo más centrado en esta cuestión (teniendo en cuenta que el de Martin sólo se refiere a Carolina del Norte, cuya Constitución no contuvo una cláusula de libertad de

1925 marca el inicio de una nueva época, al afirmar (como *dictum*, y sin apenas razonamiento) el Tribunal Supremo federal, en el caso *Gitlow versus New York* (13), que la protección de la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda vinculaba también a los Estados. Estas fueron las palabras del Tribunal: "A los efectos de la resolución de este caso, podemos asumir y asumimos que las libertades de expresión y prensa —que están protegidas por la Primera Enmienda frente a su restricción por el Congreso— están entre los derechos y 'libertades' personales fundamentales protegidos por la cláusula del proceso debido de la Decimocuarta Enmienda (14) frente a su menoscabo por los Estados" (15). Rectificando el criterio mantenido todavía en la sentencia *Prudential Life Insurance Co. versus Cheek* (16), dictada tan sólo tres años antes, el tribunal juzgó adecuado por primera vez controlar la adecuación a la Constitución federal de las intervenciones estatales en materia de libertad de expresión (17), línea de

expresión hasta 1971, ante lo cual su Tribunal Supremo no aplicó la cláusula de libertad de prensa a supuestos ajenos a los medios de comunicación), defiende que los tribunales estatales crearon sólidas doctrinas sobre el ejercicio responsable de la expresión, su limitación por el bienestar general y la ausencia de privilegios de la prensa, mostrando, como prueba accesible, el uso que el propio Tribunal Supremo federal hizo de estas construcciones cuando empezó a definir el sentido de la Primera Enmienda en la primera mitad del siglo XX.

(12) Esta diferencia se explica en buena parte por la mayor incidencia que los Estados tenían en la libertad de expresión, en ejercicio de su "poder de policía" (poder de restringir la libertad personal y los derechos de propiedad de las personas para la protección de la seguridad pública, salud y moral, o la promoción del interés público y la prosperidad general) que les aseguraba la cláusula residual de la Décima Enmienda de la Constitución federal.

(13) 268 US 652 (1925).

(14) Dice así: "Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law" (Tampoco Estado alguno privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal).

(15) En el original: "For present purposes we may and do assume that freedom of speech and of the press —which are protected by the First Amendment from abridgement by Congress— are among the fundamental personal rights and 'liberties' protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States" —p. 666.

(16) 259 US 530 (1922). El Tribunal había sido muy claro en su conclusión: "Neither the Fourteenth Amendment nor any other provision of the Constitution of the United States imposes on the States any restrictions about 'freedom of speech...'" (Ni la Decimocuarta Enmienda ni ningún otro precepto de la Constitución de Estados Unidos impone a los Estados ninguna restricción sobre "libertad de expresión") —pp. 543.

(17) El primer comentario que hemos localizado sobre el caso *Gitlow*, publicado en enero de 1926 en el volumen 42 de *The Law Quarterly Review*, no acertó a descubrir su importancia para la "nacionalización" de la libertad de expresión. Un mes después, CHARLES WARREN, "The New 'Liberty' Under the Fourteenth Amendment", 39 *Harvard Law Review* 431 (1926), dedicaba todo un artículo a esta cuestión, vaticinando la futura nacionalización de otros derechos del *Bill of Rights*. Desde entonces, la doctrina ha debido referirse a este artículo de Warren, como hizo ya en 1926 otro comentario de la sentencia publicado en el volumen 20 de la *Illinois Law Review*.

actuación que, seis años después, le permitiría invalidar una ley estatal (18), afirmando seguidamente que dicha línea estaba ya “fuera de toda duda” (19), habiéndose mantenido posteriormente en la jurisprudencia del tribunal hasta la actualidad (20). No hay ni que decir que sorprende que un precepto que contiene en su texto una referencia expresa al Parlamento federal (21) y que fue aprobado por el mismo Congreso al tiempo que rechazaba otra propuesta de Madison que hubiera impuesto a los Estados el respeto de la libertad de prensa y otros dos derechos (22), haya sido con el tiempo declarado vinculante para los Estados, y que además lo haya sido antes que otros preceptos del *Bill of Rights* que no cuentan con estos inconvenientes para su aplicación a los Estados (23). Ahora bien, hay que

(18) *Stromberg v. California*, 283 US 359 (1931).

(19) *Near v. Minnesota*, 283 US 697 (1931), p. 707.

(20) En 1907, el primer juez Harlan, en su opinión discrepante de la sentencia *Patterson v. Colorado*, 205 US 454 (1907), ya se había adelantado a la mayoría del tribunal en su exigencia del respeto de la libertad de expresión a los Estados, apoyándose tanto en la cláusula del proceso debido como en la cláusula de privilegios o inmunidades de la Catorce Enmienda: “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States” (Ningún Estado aprobará o aplicará ninguna ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos).

Los abogados que pleiteaban contra los Estados ante el Tribunal Supremo federal llevaban más de cincuenta años intentando conducir al tribunal por este camino (WARREN, *cit.*, p. 432).

(21) JOSEPH M. SNEE, “Religious Disestablishment and the Fourteenth Amendment”, 1954, *Washington University Law Quarterly*, 371 (1954) y WILBER G. KATZ, *Religion and American Constitutions*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois, 1964, pp. 7 a 11, llegan a sugerir que la Primera enmienda no es un precepto reconocedor de derechos sino distribuidor de competencias, por lo que no protege derechos frente a la Federación sino que le impide a ésta actuar, sea para restringir o para fomentar derechos, ya que en su elaboración intervino el deseo de respetar los regímenes confesionables que en ese momento existían en varios Estados.

(22) Decía así: “No State shall violate the equal rights of conscience, or the freedom of the press, or the trial by jury in criminal cases” (Ningún Estado violará los derechos de conciencia, la libertad de prensa o el juicio por jurado en casos penales), y durante su tramitación sufrió la inclusión de la libertad de expresión y un cambio de ordenación de sus palabras —véase, por ejemplo, SCHWARTZ, *cit.*, vol. 5. BLANCHARD, *cit.*, pp. 17-18, apunta que debió de ser desestimado para mostrar que el nuevo régimen no pretendía privar a los Estados de su capacidad de autogobierno.

(23) El resto de derechos de la Primera Enmienda, que también vienen referidos al Congreso, se impuso a los Estados en los dos siguientes decenios, hasta la Segunda Guerra Mundial, mientras que las diferentes enmiendas relativas al proceso penal tuvieron que esperar hasta los años cincuenta y sesenta.

HERBERT WECHSLER, *The Nationalization of Civil Liberties and Civil Rights*, The University of Texas at Austin, Austin, Texas, 1970, p. 11, apunta que, en *Gitlow*, el Tribunal Supremo se manifestó favorable a amparar la libertad de expresión con la cláusula del proceso debido para contrarrestar los ataques que recibía por proteger únicamente libertades económicas por esta vía —recuérdese que en aquella época el Tribunal Supremo oponía estas libertades económicas a las medidas intervencionistas dictadas por los poderes públicos.

tener en cuenta que éste ha sido un fenómeno común a la mayoría de las cláusulas del *Bill of Rights* —conocido con el nombre de “la incorporación del *Bill of Rights* en la cláusula del proceso debido de la Decimocuarta Enmienda” — (24) y que la Primera Enmienda tiene una consideración tan fundamental en Estados Unidos —recuérdese la doctrina de las *preferred freedoms*— que se haría difícil justificar ante el pueblo americano contemporáneo que la Constitución y la judicatura federales deben consentir cualquier actuación de los Estados en materia de libertad de expresión, aunque sea contraria a los más elementales fundamentos de dicha libertad (25). Una vez “incorporada” la Primera Enmienda en la Decimocuarta, el Tribunal Supremo federal se dedicó a anular las sentencias de tribunales supremos estatales que otorgaban a la libertad de expresión, con base en sus propias Constituciones, una protección inferior a la que ésta recibía en la interpretación que de la Primera Enmienda hacía el Tribunal Supremo federal, ante lo cual los tribunales supremos estatales, en general, pasaron a aplicar directamente la Primera Enmienda, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal, y abandonaron las Constituciones y precedentes estatales como criterios de decisión (26). Esto provocó que por primera vez existiera en todo el territorio de Estados Unidos de América y frente a cualquier poder público un grado bastante elevado (27) de uniformidad en la protección constitucional de la libertad de expresión.

(24) Durante el siglo XX, el Tribunal Supremo ha ido imponiendo a los Estados el respeto de la mayoría de los derechos contenidos en el *Bill of Rights*, o bien incluyéndolos en el concepto de “libertad” protegido por la cláusula del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda (aplicable a los Estados), o bien estableciendo que esta cláusula los hace aplicables a los Estados. Esta doctrina, denominada “incorporación selectiva” ha sido criticada tanto por los partidarios de una “incorporación total” (encabezados por el juez Black), como por los contrarios a cualquier “incorporación”, entre los que destacan los originalistas, que critican la “incorporación” para combatir el activismo judicial, la limitación de la autonomía de los Estados y el mayor respeto de los derechos fundamentales.

(25) ISRAEL STOLPER, *First Amendment Freedoms (1812-1962) Applicable As a Restriction Upon the States by Way of the Fourteenth Amendment* (tesis doctoral no publicada, leída en Harvard University en 1962), p. 17, llega a afirmar que la exigencia federal a los Estados del respeto de la libertad de expresión era inevitable, y sólo cuestión de tiempo. MERLO J. PUSEY, “Free Speech in an Age of Violence”, en Bernard Schwartz (ed.), *The Fourteenth Amendment. Centennial Volume*, New York University Press, New York, 1970, p. 85, en el mismo sentido, califica de “sorprendente” el hecho de que la libertad de expresión haya sido tan recientemente aplicada a los Estados y las administraciones locales.

(26) Después de ver cómo los litigantes acudían directamente a los tribunales federales o recurrían las sentencias estatales ante el Tribunal Supremo federal, los tribunales estatales, como dice G. ALAN TARR, “State Constitutionalism and ‘First Amendment’ Rights”, en Stanley H. Friedelbaum (ed.), *Human Rights in the States. New Directions in Constitutional Policymaking*, Greenwood Press, New York, 1988 (pp. 21 a 48), p. 32, actuaron como si fueran tribunales federales inferiores. No siempre de buena gana, pues esto les suponía perder autonomía y adoptar una jurisprudencia progresista, como era la del Tribunal Supremo en aquella época.

(27) No hablamos de una *absoluta* uniformidad porque los tribunales federales inferiores

Con este estado de cosas se llegó al Tribunal Warren (28) (1953 a 1969), período en el cual la máxima magistratura de la nación amplió considerablemente la protección de la libertad de expresión (y, en general, de los derechos fundamentales) y procedió a considerar aplicable a los Estados la mayoría de los preceptos del *Bill of Rights*, que quedaban por “incorporar” en la Decimocuarta Enmienda. A la “era Warren” le siguió el Tribunal Burger (1969 a 1986), período en el cual el proceso de “incorporación” se detuvo (aunque no retrocedió) y la libertad de expresión y el resto de derechos vieron cómo su proceso de expansión jurisprudencial se estancaba y comenzaba a decaer, línea ésta última que se ha acentuado con el actual Tribunal Rehnquist.

A este relajamiento de las exigencias constitucionales federales se ha respondido, desde una corriente doctrinal (encabezada por William J. Brennan, Jr. (29), cuando formaba parte de la minoría liberal de los tribunales Burger y Rehnquist) y ciertos tribunales estatales (especialmente el de Oregón, a impulsos del juez Linde) (30), con la iniciación de un nuevo fenómeno, que perdura en la actualidad (31): el *New Judicial Federalism* (32). Este movimiento consiste en el “redescubrimiento” de las Cons-

y los tribunales estatales siempre podrán interpretar con sus propios criterios la Primera Enmienda en aquellas cuestiones aún no decididas por el Tribunal Supremo federal. Además, algunos tribunales estatales conservadores que rechazaban la protección de la libertad de expresión establecida por la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo federal, seguían aplicando sus propias Constituciones, o incluso precedentes anticuados —más restrictivos— del Tribunal Supremo (TARR, *cit.*, pp. 32-33). Por otro lado, como destaca MONRAD G. PAULSEN, “State Constitutions, State Courts and First Amendment Freedoms”, 4 *Vanderbilt Law Review* 620 (1951), algunos tribunales estatales consideraron que sus propias Constituciones protegían la libertad de expresión más ampliamente que la Constitución Federal, anticipando el fenómeno que tiene lugar en la actualidad.

(28) Esto es, la época en que el Tribunal Supremo de Estados Unidos fue presidido por el famoso magistrado Earl Warren.

(29) Con sus artículos “State Constitutions and the Protection of Individual Rights”, 90 *Harvard Law Review* 489 (1977); “The Bill of Rights and the States: The Revival of State Constitutions As Guardians of Individual Rights”, 61 *New York University Law Review* 535 (1986); y “Foreword to Symposium on the Revolution in State Constitutional Law”, 13 *Vermont Law Review* 11 (1988).

(30) El apoyo es mayor entre la doctrina que entre los tribunales, lo cual lleva a TARR, *cit.*, p. 40, a decir que los autores que defienden este proceso están ayudando a crear el fenómeno que dicen estar describiendo.

(31) Como confirma en materia de libertad de expresión, la doctrina más reciente: ROBERT D. RICHARDS y JANET H. KEEFER, “Awakenings: Using the State Constitution to Protect Free Expression”, 16 *Communications and the Law* 45 (1994); y CHARLES N. DAVIS y PAUL H. GATES, Jr., “Superseding the Federal Constitution: The ‘New Federalism’, State Constitutional Supremacy and First Amendment Jurisprudence”, 17 *Communications and the Law* 27 (1995).

(32) También recibe el nombre de “*New Federalism*”, pero como ésta es una denominación que ha servido para identificar diversos movimientos, prefiero añadir, como buena parte de la doctrina, el apelativo “judicial”, que lo distingue del resto.

tituciones estatales como fuente de protección de los derechos, protección que se añade a la —menguante— que pueda aportar el derecho constitucional federal. La posición del Tribunal Supremo federal en este asunto es compleja, pues, si bien el *New Judicial Federalism* nació y se ha desarrollado como un intento de mitigar el efecto de su jurisprudencia, él mismo lo ha impulsado conscientemente, puesto que en diversas sentencias ha sugerido a los Estados la posibilidad de aumentar la protección de determinados derechos (33). De esta manera ha descendido el alto grado de uniformidad que existía en la protección constitucional de la libertad de expresión desde 1925 (año en que se “incorporó” la Primera Enmienda en la Decimocuarta) hasta los años ochenta, en que ha comenzado de verdad la sobreprotección de la libertad de expresión mediante las Constituciones estatales. De ello resulta que el período de mayor uniformidad duró más de cincuenta años, a diferencia de lo ocurrido con el proceso penal (la otra pieza esencial del *Bill of Rights*), cuya “incorporación” se produjo en su mayor parte en los años sesenta y cuya sobreprotección estatal comenzó ya en los años setenta.

Como hemos podido observar, desde los inicios de la Unión norteamericana hasta el Tribunal Burger, la evolución de la regulación constitucional federal norteamericana de la libertad de expresión consistió, en líneas generales, en una tendencia hacia un aumento progresivo tanto de su contenido (en significativo —con la adición a la Constitución de la Primera Enmienda— y en significado —en función de la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal—) como de su aplicabilidad. Con los Tribunales Burger y Rehnquist, ambas expansiones se han detenido (en cuanto a la aplicabilidad, por no poder ir más allá; y en cuanto al contenido, llegando a retroceder, por la ideología conservadora que inspiran las últimas mayorías del tribunal). En cambio, la normación constitucional estatal, más que en la evolución de su contenido (que sí la ha habido) y su aplicabilidad, destaca en los altibajos de su aplicación efectiva.

III. CONJUNCION DE LAS PROTECCIONES CONSTITUCIONALES FEDERAL Y ESTATAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN ESTADOS UNIDOS

Como resultado de la evolución mostrada en el apartado anterior, existe en la actualidad una doble protección constitucional de la libertad de expresión: la proporcionada por la Primera Enmienda de la Constitu-

(33) Como veremos que ocurre en las sentencias *PruneYard* (expresión en lugares privados), *Gertz* (difamación) y *Branzburg* (secreto profesional).

ción federal y la atribuida por los preceptos relativos a la libertad de expresión contenidos en todas y cada una de las cincuenta Constituciones propias de los Estados miembros de la Unión (34).

Ambas protecciones deberán ser respetadas por los Estados (y las administraciones locales, cuyas actuaciones son atribuibles en definitiva a los Estados porque son consideradas subdivisiones políticas suyas, derivando su autoridad de los Estados, por haber sido creadas por ellos). Esto supone que Estados y administraciones locales deberán velar por que sus actuaciones que puedan incidir en la expresión respeten tanto lo establecido en la Constitución estatal propia como en la Constitución federal. No es ésta la posición jurídica de la Federación, que debe cumplir lo establecido en la Constitución federal, pero que no está sometida al cumplimiento de los respectivos ordenamientos estatales. Y diferente a unos y otra es, en fin, la posición de los particulares (personas físicas y jurídicas privadas), que, por efecto de la concepción mayoritaria de los derechos como defensas frente al poder público, en Estados Unidos no están vinculados, en general, al respeto de los derechos constitucionales, quedando entonces las relaciones privadas regidas por el derecho ordinario. En la Constitución federal, sólo la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre involuntaria de la Decimotercera Enmienda se señala como exigible a los particulares (no así, en cambio, la Primer Enmienda), elaborándose toda una doctrina de la *state action* para distinguir cuándo una determinada actuación se considera imputable o no al Estado. En el derecho constitucional estatal también se sigue en general este criterio, aunque son más abundantes los preceptos de los que se afirma su aplicabilidad a los particulares, como han hecho algunos tribunales estatales con las cláusulas que proclaman la libertad de expresión sin mencionar expresamente al Estado como destinatario de sus prescripciones, a diferencia de la Primera Enmienda federal (35).

(34) Pueden consultarse sus textos diferentes selecciones realizadas por BURT NEUBORNE, "State Constitutional Protection of Free Speech and Establishment Clause Values", en Phylis Skloot Bamberger, *Recent Developments in State Constitutional Law*, Practising Law Institute, New York, 1985 (pp. 205 a 229), pp. 217 a 229; KENNETH ALAN SCHIFFLER, *Fifty-One First Amendments: State Constitutions and Freedom of Expression* (tesis doctoral, no publicada, leída en la University of Washington en 1985), pp. 230 a 265; EMILE CONRAD NETZHAMMER, *State Constitutions as sources of expanded protection for freedom of expression*, University Microfilms International, Ann Arbor, Michigan, 1987, pp. 343 a 353; y JENNIFER FRIESEN, *State Constitutional Law: Litigating Individual Rights, Claims and Defenses*, Matthew Bender, New York, 1994, en el apéndice del capítulo 5, dedicado a la libertad de expresión. En general, son más extensas que la Primera Enmienda, suelen excluir el abuso del derecho, con indicaciones concretas sobre la difamación, y mientras unas impiden su restricción por el poder público, otras proclaman el derecho sin referirse a cuáles son los sujetos obligados a su respeto. Una descripción amplia de su contenido puede verse en Schiffer, *cit.*, pp. 8 a 31; ó en Friesen, *cit.*, pp. 5-3 a 5-10.

(35) Los tribunales de otros Estados que tienen preceptos similares han optado, en cambio, por liberar a los particulares de esta exigibilidad.

Es, pues, en el caso de los Estados (y sus subdivisiones políticas) donde se plantea la cuestión de la conjunción de la doble protección constitucional de la libertad de expresión. Y son éstas también las instituciones que inciden principalmente en la determinación de los contenidos que pueden lícitamente expresarse, y de su modo de ejercicio, con la excepción relevante del campo normativo de los medios de comunicación social, que ha sido ocupado por la Federación.

Entrando ya a exponer cómo se plantea esta conjunción de regulaciones constitucionales de la libertad de expresión, hay que afirmar que la protección constitucional federal de los derechos se plantea como un estándar mínimo que los Estados deben respetar debido a la primacía del derecho federal (36), pero que pueden superar, incrementando la protección de determinados derechos, como, en este caso, la libertad de expresión, mediante sus textos constitucionales, estatutos e interpretación judicial de su derecho escrito (especialmente la Constitución) y del *common law* (37). Esta relación entre la Constitución federal y las Constituciones estatales se ve facilitada por la doctrina tradicional del Tribunal Supremo consistente en no revisar las sentencias de tribunales estatales que estén basadas en *independent and adequate state grounds* (fundamentos estatales adecuados e independientes), esto es, sentencias que apoyen su fallo exclusiva o complementariamente en el derecho estatal y lo hagan sin contradecir el ordenamiento federal (38).

(36) Segunda sección del artículo sexto de la Constitución federal: "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding" (Esta Constitución, y las leyes federales hechas para su cumplimiento, y todos los tratados hechos o que se harán bajo la autoridad de Estados Unidos, serán el derecho supremo de la tierra; y los jueces de cada Estado estarán obligados por ésta, a pesar de cualquier cosa que se pueda decir en sentido contrario en la Constitución o las leyes de su Estado).

En "Developments in the Law- The Interpretation of State Constitutional Rights", 95, *Harvard Law Review*, 1324 (1982), p. 1406, nota 60, se nos proporcionan dos ilustrativos ejemplos en los cuales dos tribunales estatales invalidaron parcialmente sus propias Constituciones por considerarlas contrarias a la Primera Enmienda federal.

(37) En realidad, aunque no se diga, este estándar mínimo opera también para los órganos federales, que, en la medida en que tengan competencias, deberán respetar, pudiendo aumentar, pero no reducir, la protección del derecho exigida por la Constitución federal.

(38) Es decir, el Tribunal Supremo federal considera que no tiene sentido que entre a juzgar la adecuación a la Constitución federal de una actuación estatal si dicha actuación es inválida de todas maneras, por haber sido declarada contraria a la Constitución del Estado.

En nuestra opinión, esta doctrina motiva que los defensores de la libertad de expresión tengan, en la actualidad, un motivo añadido para acudir a las Constituciones estatales: no sólo deben hacerlo para buscar una protección suplementaria en el derecho estatal, sino también para evitar que lleguen casos al Tribunal Supremo federal que permitan a éste sustituir la anterior jurisprudencia por una nueva, más conservadora, que tendrían que aplicar los demás tribunales.

Para que los Estados puedan superar este listón federal de protección de los derechos, hace falta que sobre una determinada cuestión no haya jurisprudencia federal (al menos del Tribunal Supremo) o que la jurisprudencia federal haya resultado desprotectora de la libertad de expresión. Aquí hay que distinguir entre el hecho de que el Tribunal Supremo considere que la Primera Enmienda no protege, por ejemplo, a un particular frente a las intromisiones en su expresión realizadas por otro particular en cuya propiedad se ejercía dicha expresión (porque la Primera Enmienda no vincula a los particulares), que es lo que decidió el Tribunal Supremo en el caso *Lloyd Corp. versus Tanner* (39); y el hecho de que el Tribunal Supremo considere que la Primera Enmienda federal se ve violada si, por ejemplo, se impone a los medios de comunicación un derecho de acceso del público, posición que adoptó el Tribunal en el caso *Miami Herald versus Tornillo* (40). En el primer caso, no se otorga una determinada protección, pero tampoco se considera contraria al ordenamiento federal, por lo que los Estados serán libres de establecerla. En el segundo caso, en cambio, se considera que una determinada regulación es contraria al ordenamiento federal, por lo cual los Estados no podrán aprobarla válidamente.

Además, hay que tener en cuenta que hay derechos que están en permanente conflicto, como sucede con la libertad de información y el derecho a la intimidad, y que, en estos casos, incrementar la protección de uno de los derechos en juego puede suponer desproteger el otro. En el tema que estamos tratando, esto supone que las Constituciones estatales pueden sobrepasar el estándar federal de protección de la libertad de información con tal de que, al hacerlo, no disminuyan la protección del derecho a la intimidad hasta situarla por debajo del nivel exigido por la Constitución federal. El caso *PruneYard Shopping Center versus Robins* (41), expuesto más adelante, es un buen ejemplo en este sentido: el Tribunal Supremo acepta que California proteja el ejercicio de la libertad de expresión en propiedad ajena mientras ello no produzca la violación de derechos constitucionales federales (de propiedad o expresión) de la otra parte.

El conflicto de derechos nos ayuda a comprender mejor la construcción del estándar mínimo federal en otro sentido: así como la doctrina jurisprudencial estatal (válida) de cada derecho será siempre igual o más protectora que la federal, la resolución de un caso concreto puede ser más favorable a un derecho determinado aplicando el derecho federal que utilizando el derecho estatal como criterio de decisión. Así, en el caso de la expresión en locales privados abiertos al público, la aplicación del derecho

(39) 407 US 551 (1972).

(40) 418 US 241 (1974).

(41) 447 US 74 (1980).

californiano lleva a una restricción del derecho a la propiedad mayor de la que resulta con la utilización del derecho federal. Por tanto, el estándar federal mínimo no supone que la aplicación del derecho estatal sólo puede llevar a resultados igual o más protectores que el derecho federal, sino que el derecho federal establece un mínimo de protección de cada derecho, que no puede vulnerarse por la aplicación del derecho estatal.

IV. LA SOBREPOTECCION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION NORTEAMERICANA

Ante esta posibilidad de complementar la protección federal de los derechos, la respuesta de los tribunales estatales ha sido dispar, tanto en cuanto a la metodología empleada como en cuanto a los resultados conseguidos. No debería extrañarnos esto, que no es más que una consecuencia de la autonomía estatal, sino el caso contrario, en el que, como a veces ocurre (por ejemplo, en el tema del salario social en el Estado español de las Autonomías), la uniformidad en un Estado compuesto se alcanza mediante la actuación autónoma pero similar de sus unidades descentralizadas, en ocasiones por mera imitación.

Pasando ya a la primera de estas dos cuestiones, resultan ser dos, principalmente, los enfoques que los tribunales estatales han utilizado para resolver la duplicidad de protecciones constitucionales: el *interstitial or supplemental approach* (enfoque intersticial o suplementario) y el *State primacy approach* (enfoque de la primacía estatal). Estos dos modelos se diferencian en el texto constitucional cuya aplicación consideran en primer lugar, que es el federal en el caso del *interstitial approach* y el estatal en el caso del *State primacy approach*, resultando entonces que cuando hay coincidencia entre la Constitución federal y la Constitución estatal de que se trate, se están aplicando diferentes normas según el enfoque elegido, con el mismo resultado. Si se sigue el modelo "intersticial", se acude en primer lugar a la Primera Enmienda para ver si ampara la expresión realizada, y, en caso de que esto no sea así, se examina si la Constitución estatal le otorga una protección suplementaria, con lo que resulta que la doctrina sobre libertad de expresión se forma cubriendo la Constitución estatal los "intersticios" (espacios) que deja huecos la Primera Enmienda. Por su parte, el modelo de "primacía estatal", no niega, como es evidente, la superioridad jerárquica del derecho federal, sino que otorga al derecho estatal una prioridad tan sólo cronológica en cuanto a su consideración en el proceso de decisión judicial, por cuanto establece que debe resolverse el caso en función del derecho estatal, que es el que debe aplicarse a menos que con ello se viole el derecho federal. De entre estas dos metodologías,

la de la “primacía estatal” es la más propugnada por los autores y jueces impulsores del *New Judicial Federalism*, pero el resto de tribunales utiliza más el enfoque “intersticial”, que les provoca una menor ruptura con el derecho sustantivo que tenían en cuenta con anterioridad, cuando aplicaban casi exclusivamente la Constitución federal.

Junto a estos dos enfoques principales, se sitúa en ocasiones otro, minoritario: el *coequal but separate model* (modelo de iguales pero separados), que consiste en que el juez estatal ha de dictar su sentencia basándose a la vez en diferentes argumentos con base en la Constitución federal y en la Constitución estatal, que llevan al mismo resultado (constitucionalidad o inconstitucionalidad). Para defender este enfoque, Bamberger (42) explica que el argumento federal libraré la decisión de una posible reforma de la Constitución estatal (43); y el argumento estatal libraré la decisión de una revisión por el Tribunal Supremo federal, ya que estará basada en un “fundamento estatal adecuado e independiente”. Parte de la doctrina incluye aún otro modelo: el *reactive approach* (enfoque reactivo), pero, como afirma Netzhammer (44), éste no es un modelo, una metodología para afrontar la dualidad constitucional, sino el criterio impulsor del *New Judicial Federalism*: la voluntad de *reaccionar* contra la jurisprudencia conservadora que el Tribunal Supremo ha venido dictando desde los años setenta.

Y en referencia a la segunda de las cuestiones (los resultados obtenidos por los tribunales estatales ampliando la protección de la libertad de expresión con base en sus propias Constituciones), es difícil generalizar puesto que, aparte de la metodología escogida por cada tribunal, inciden factores específicos de cada Estado que permiten interpretar la propia Constitución con resultados diferentes a los de otras Constituciones estatales y la Constitución federal. Los autores señalan diversos elementos a tener en cuenta, como el texto (45) y la historia legislativa de cada pre-

(42) PHYLIS SKLOOT BAMBERGER, “Methodology for Raising State Constitutional Issues”, en el libro que también edita: *Recent Developments in State Constitutional Law*, Practising Law Institute, New York, 1985 (pp. 287 a 320), pp. 304-305.

(43) Ha habido casos en que Constituciones estatales han sido revisadas para precisar que de ellas no puede deducirse algún derecho, impopular para la mayoría (como son, en ocasiones, los derechos de los acusados en los procesos penales) que había sido descubierto en ellas por la judicatura estatal. En materia de libertad de expresión, Schiffer, *cit.*, p. 180, recoge la campaña de un grupo de ciudadanos de Oregón en defensa de la reforma de su Constitución, para no proteger la expresión obscena o indecente más allá de lo exigido por la Primer Enmienda.

(44) *Cit.*, p. 322.

(45) RONALD K. L. COLLINS, “Bills and Declarations of Rights Digest”, en Sarah Livermore (ed.), *The American Bench: judges of the nation*, Reginald Bishop Forster & Associates, Sacramento, California, 1985 —3.ª ed.— (pp. 2483 a 2655), pp. 2504-2505, nos brinda un cuadro en el que presenta las diferencias existentes entre los contenidos de los preceptos constitucionales estatales de libertad de expresión.

cepto constitucional y de cada Constitución en su conjunto; las circunstancias e intereses culturales, regionales e históricos peculiares de cada Estado; y las diferencias doctrinales dominantes en sus respectivos tribunales. De entre todos estos factores, el texto y la historia legislativa de cada precepto y, en menor grado, la elaboración doctrinal, son los que la tesis doctoral de Netzhammer (46) concluye que han sido más utilizados por los tribunales estatales en materia de libertad de expresión.

Aplicando una de las metodologías expuestas y teniendo en cuenta los factores específicos de cada Estado, cuatro han sido los temas en los que, de manera sustancial, los tribunales estatales han considerado que su ordenamiento superaba el nivel federal de protección del derecho a la libertad de expresión: la expresión en lugares privados, la expresión pretendidamente difamatoria, el secreto profesional de los periodistas y el derecho a acceder a la información judicial.

— En cuanto a la expresión en lugares privados ajenos, ya hemos mencionado en alguna ocasión el caso *PruneYard Shopping Center versus Robins* (47), en el cual el Tribunal Supremo federal convalidó una sentencia del Tribunal Supremo de California que había considerado que la cláusula de libertad de expresión de su Constitución podía aplicarse a un centro comercial privado y que por tanto éste no podía negarse a que en sus instalaciones se repartieran folletos y se recogieran firmas opuestas a una resolución de la Organización de las Naciones Unidas contra el sionismo. El Tribunal Supremo federal no se apartó de su jurisprudencia anterior, en la que se oponía a exigir a centros comerciales privados el respeto de la Primera Enmienda (48), por ser este precepto, como hemos visto anteriormente, aplicable sólo a poderes públicos, pero admitió que hubiera preceptos constitucionales estatales de la libertad de expresión que fueran declarados vinculantes para los particulares. Como con ello no se violaba ningún derecho constitucional federal, el tribunal reconoció a los Estados el “*sovereign right to adopt in its own Constitution individual liberties more*

(46) *Cit.*, pp. 304 a 315.

(47) 447 US 74 (1980).

(48) *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 US 551 (1972). En esta sentencia, el Tribunal Burger restringió la libertad de expresión que había heredado del Tribunal Warren, que, tan sólo cuatro años antes, había considerado que los centros comerciales privados eran “foros públicos”, por lo que cabía aplicarles la Primera Enmienda —*Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 US 308 (1968).

Hasta su sentencia en el caso *PruneYard*, el Tribunal Supremo de California había seguido estos precedentes federales, en un sentido y en otro. Ya en 1974, el estudiante LAWRENCE M. NEWMAN (Note), “Rediscovering the California Declaration of Rights”, 26 *Hastings Law Journal* 481 (1974), p. 498, predecía que todavía no había llegado el momento de que un tribunal estatal utilizara su propia Constitución para proteger las expresiones no amparadas por la Primera Enmienda, en el sentido que a ésta le daba el Tribunal Supremo federal.

expansive than those conferred by the Federal Constitution" (derecho soberano a adoptar en su propia Constitución libertades individuales más extensas que las conferidas por la Constitución Federal) —página 81—. Otras sentencias posteriores de diferentes Estados han seguido esta jurisprudencia californiana, sometiendo a los centros comerciales privados al respeto de la libertad de expresión, y han llegado incluso a trasladarla a otros lugares privados de utilización pública, como los *campus* de los centros educativos o las calles de las urbanizaciones privadas (49).

— En cuanto a la protección de la libertad de expresión frente a las acusaciones de difamación, hay que partir de *New York Times Co. versus Sullivan* (50), la famosa sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 1964, que instauró un control constitucional federal de las normas (legislativas y de *common law*) estatales sobre difamación, que solían regirse por la regla de la responsabilidad estricta (irrelevancia de la veracidad de los hechos o de la intención o cuidado del demandado). Hasta entonces, el Tribunal Supremo consideraba que la represión de la difamación no encontraba límite alguno en la protección constitucional federal de la libertad de expresión (51), estableciendo a partir de entonces, en sentencias en ocasiones parcialmente contradictorias, diferentes exigencias para poder castigar la difamación, dependiendo del carácter público o privado del ofendido y del tema. El *New Judicial Federalism* apareció en este tema cuando una de estas sentencias, la que resolvió el caso *Gertz versus Robert Welch, Inc.* (52), invitó a los Estados a superar la protección constitucional federal de la expresión frente a las acciones por difamación: "Mientras no impongan responsabilidad sin culpa, los Estados pueden definir por sí mismos el estándar apropiado de responsabilidad para un editor o emisor de falsedad difamatoria perjudicial para un individuo privado" (53). Esta invitación ha sido acogida tan sólo por una doce de Estados, cuyos tribunales han dificultado todavía más la exigencia de responsabilidades por difamación, aunque sin llegar a una inmunidad absoluta del ofensor (54).

(49) *PruneYard* y estas otras sentencias han provocado numerosos comentarios doctrinales, no sólo por el impulso que han dado al *New Judicial Federalism*, sino también por centrar la atención en la *drittwirkung* de los derechos constitucionales estatales.

(50) 376 US 254 (1964).

(51) Ilustrativo de esta posición es su sentencia *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942).

(52) 418 US 323 (1974).

(53) En el original: "So long as they do not impose liability without fault, the States may define for themselves the appropriate standard of liability for a publisher or broadcaster of defamatory falsehood injurious to a private individual" (pp. 346-347).

(54) Véase NETZHAMMER, *cit.*, pp. 206 a 230.

— En cuanto al secreto profesional de los periodistas, también disponemos aquí de una sentencia del Tribunal Supremo que sugiere a los Estados la posibilidad de superar la protección federal, que en este caso es escasa y confusa. En *Branzburg versus Hayes* (55), el Tribunal Supremo se dividió en cuatro posturas, constituyendo las dos primeras la mayoría en cuanto al fallo, al negar a los periodistas implicados la protección de la Primera Enmienda. En primer lugar, cuatro magistrados consideraron que la Constitución no incluía ninguna garantía del secreto profesional para no tener que declarar en procesos penales. Algo más matizada fue en cambio la postura del voto concurrente del juez Powell, quien se sumó a la mayoría en el fallo, pero opinó que había que considerar las circunstancias de cada caso (56). Tampoco fue tajante el razonamiento del voto disidente de tres magistrados, que crearon un test para ver cuándo debía primar el secreto profesional y cuándo el interés de la justicia, pero su conclusión fue, en cambio, que en este caso se había violado la Primera Enmienda. Finalmente, la opinión discrepante del juez Douglas optó por una protección absoluta del secreto profesional. Esta diversidad de opiniones ha provocado cierta confusión en cuanto a la jurisprudencia establecida, pero se puede concluir que cinco magistrados de nueve (las tres últimas opiniones) coincidieron en que la Primera Enmienda ampara en cierto grado el secreto profesional en casos penales, doctrina que es la que ha extraído de esta sentencia la mayoría de tribunales federales inferiores (57). Además, hay que tener en cuenta que *Branzburg* no se refirió a los efectos del secreto profesional en los casos civiles, que cabría suponer mayores, a excepción de los juicios por difamación, en los que el Tribunal Supremo, posteriormente (58), estableció que no cabía el secreto profesional. Sea uno u otro el estándar federal en materia de secreto profesional, el Tribunal, como ya hemos avanzado, afirmó: “No tenemos poder para prohibir a los tribunales estatales que respondan a su manera y construyan sus propias constituciones para reconocer un privilegio del periodista, sea cualificado o absoluto” (59). Ahora bien, esta protección constitucional estatal del secreto profesional está resultando poco relevante, pues, si bien el secreto profesional está recogido en bastantes ordenamien-

(55) 408 US 665 (1972).

(56) En esta sentencia, más que un caso se resolvían tres, que no hacían referencia al ocultamiento de fuentes de información sino de información en sí misma, referida a la identidad y/o actividades de presuntos delincuentes, información conseguida por el periodista con el consentimiento de dichos presuntos delincuentes.

(57) Véase NETZHAMMER, *cit.*, pp. 246-247.

(58) *Herbert v. Lando*, 441 US 153 (1979).

(59) En el original: “[We] are powerless to bar state courts from responding in their own way and construing their own constitutions so as to recognize a newsman’s privilege, either qualified or absolute” (p. 706).

tos estatales [alguno desde finales del siglo pasado, y cada vez más en los últimos decenios (60)], en la mayoría de ellos es con rango legal, siendo sólo unos cuantos los que han interpretado su propia Constitución para acoger el secreto profesional (en conflicto con los derechos procesales de la otra parte), aparte de California, que recientemente lo ha incluido de manera expresa en su Constitución (61). Además, los tribunales estatales que han considerado protegido el secreto profesional en sus Constituciones (incluyendo a California) lo han interpretado siguiendo la jurisprudencia federal, por lo que en este tema se puede decir que apenas se ha superado el listón federal (62).

— En cuanto al derecho a acceder a la información judicial, el Tribunal Supremo federal ha establecido que la Primera Enmienda requiere el acceso de la prensa y el público a los juicios penales (63), incluso durante las declaraciones de menores que han sido víctimas de agresiones sexuales (64), y también a la selección de jurados (65), y a audiencias preliminares sobre la procedencia de la apertura del juicio oral (66), aplicando, en general, el siguiente test: si el acceso público ha sido tradicional y es positivo en un determinado tipo de proceso, existe un derecho cualificado para ello, que sólo será superado si con ello se produce una probabilidad sustancial de dañar otros intereses, como el derecho a un juicio justo o el derecho a la intimidad. Algunos tribunales estatales han completado esta lista con la inclusión de los procesos de justicia juvenil, el acceso de cámaras a los procesos judiciales y la grabación fotográfica, televisiva o radiofónica de un juicio penal con jurado, sin apoyarse para ello exclusivamente en sus preceptos constitucionales de libertad de expresión, sino basándose especialmente también en cláusulas de *open courts* (tribunales abiertos), que en general son interpretadas como manifestación de un derecho a la jurisdicción, de acceso a la justicia por parte de los perjudicados por algún acto de un poder público o un particular, pero que algunos tribunales estatales construyen como reconocedoras de un derecho a la información (67).

(60) Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *State Constitutions in the Federal System. Selected Issues and Opportunities for State Initiatives*, A.C.I.R., Washington, D.C., 1989, p. 53.

(61) Véase SIMON, *cit.*, pp. 328 a 332.

(62) Véase NETZHAMMER, *cit.*, p. 254.

(63) *Richmond Newspapers v. Virginia*, 448 US 555 (1980).

(64) *Globe Newspaper v. Superior Court*, 457 US 596 (1982).

(65) *Press-Enterprise Co. v. Superior Court for the County of Riverside* (Press-Enterprise I), 464 US 501 (1984).

(66) *Press-Enterprise Co. v. Superior Court for the County of Riverside* (Press-Enterprise II), 478 US 1 (1986).

(67) Véase NETZHAMMER, *cit.*, pp. 5 a 7, 111 a 150 y 291 a 294.

Como vemos, en la mayoría de los temas en que los tribunales estatales han superado las exigencias federales de protección de la libertad de expresión (todos menos el derecho a acceder a la información judicial), éstos han contado previamente con una decisión del Tribunal Supremo federal en la que ha insinuado expresamente a los Estados esta posibilidad.

En general, se puede decir que los tribunales estatales han tomado nota de la posibilidad que tienen de examinar su ordenamiento propio para complementar la protección constitucional de la libertad de expresión, pero que no todos han vuelto a aplicar sus propias Constituciones. Este apego de los tribunales estatales a la Primera Enmienda y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede deberse al alto grado de protección otorgado por la jurisprudencia federal a esta libertad y a cuatro motivos que apunta Tarr (68): economía de esfuerzos, ausencia de confianza en sí mismos, hábito y falta de predisposición a la expansión de las libertades, especialmente cuando esto último lleva a la invalidación de programas gubernamentales en vigor. Además, como señala la tesis doctoral de Netzhammer (69), no siempre la aplicación de las Constituciones estatales ha llevado a una protección de la libertad de expresión mayor de la que se hubiera conseguido aplicando la Primera Enmienda, lo cual se debe, en nuestra opinión, a la utilización del modelo de primacía estatal, puesto que con este enfoque se suele aplicar la Constitución estatal, aunque no sea necesario para superar el listón federal de protección; mientras que si únicamente se empleara el enfoque intersticial coincidirían los casos de aplicación de la Constitución estatal con los de sobreprotección estatal de la libertad de expresión.

V. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION EN EUROPA

Después de examinar el funcionamiento del modelo dualista estadounidense de protección constitucional de la libertad de expresión, hemos de plantearnos la utilidad que este estudio puede tener para nosotros, aparte de la proporcionada de ordinario por el conocimiento del derecho extranjero, para lo cual hemos de intentar descifrar los paralelismos que puedan darse en esta cuestión entre nuestro ordenamiento y el estadounidense.

Dirigiendo entonces nuestra atención al sistema jurídico español, observamos que el Estado de las Autonomías sólo contempla una única protección constitucional de la libertad de expresión: la de la Constitución

(68) *Cit.*, p. 39.

(69) *Cit.*, por ejemplo, en pp. 34-35.

española, contenida principalmente en su art. 20. Las normas básicas de las Comunidades Autónomas, los Estatutos de Autonomía, no son Constituciones aprobadas con la única anuencia de la Comunidad Autónoma y no contienen declaraciones de derechos que puedan incluir la libertad de expresión (70), por lo que la atención que dedican los Estatutos de Autonomía a la libertad de expresión se centra en precisar las competencias en materia de medios de comunicación social (71). Aparte de éstas, las referencias más directas a la libertad de expresión consisten en la previsión de la posibilidad de crear medios de comunicación propios de las instituciones autonómicas y de gestionar un tercer canal de televisión de titularidad estatal, el control parlamentario de estos medios de comunicación y, en el caso de Asturias, la difusión en ellos de la lengua propia. En conjunto, esto supone una posibilidad de incidencia de las Comunidades Autónomas en la libertad de expresión más bien reducida, pues sólo tendrán a su alcance las competencias mencionadas y las que posean sobre materias que puedan incidir en dicha libertad, siempre de carácter legislativo o ejecutivo, nunca de carácter constitucional. No hay, como vemos un esquema dual de protección constitucional de la libertad de expresión, aunque la Constitución española desempeña en esta cuestión un papel semejante al de la estadounidense: es el texto normativo supremo del ordenamiento, vincula a todos los poderes públicos y establece un mínimo de protección que puede ser superado por cada uno de los legisladores y ejecutores autonómicos (72), al igual que por los estatales

(70) La mayor parte de los Estatutos de Autonomía sustituye esta declaración por una remisión a los derechos proclamados en la Constitución.

(71) Competencias posibilitadas por el art. 149.1.27.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia "exclusiva" (*sic*) sobre "[n]ormas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas". En un primer momento, se asignaron a las Comunidades Autónomas de vía rápida las competencias de desarrollo legislativo y ejecución, y a las Comunidades Autónomas de vía lenta únicamente las de ejecución, pero con la Ley Orgánica 9/1992 de transferencia y la reforma de los Estatutos de Autonomía de 1994, la competencia de desarrollo legislativo se ha extendido a las Comunidades de vía lenta, que han visto cómo en 1995 su anterior posición (competencia meramente ejecutiva) era atribuida a las ciudades de Ceuta y Melilla en sus respectivos Estatutos de Autonomía. No se acaban aquí las posibles fuentes de competencia estatal en esta materia, pues, aparte de las —dudosas— cláusulas generales de habilitación en cuanto a los derechos constitucionales, contenidas en los arts. 81 y 149.1.1.^a, hay que tener en cuenta que el art. 149.2 y las cláusulas 6.^a, 7.^a, 8.^a, 9.^a, 15.^a, 21.^a, 28.^a y 29.^a del art. 149.1 asignan al Estado competencia en diversas materias desde las cuales puede incidirse en la libertad de expresión, a todo lo cual hay que sumarle el segundo efecto de la cláusula residual del art. 149.3.

(72) Con el límite de la razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias entre la legislación de una Comunidad Autónoma y la aplicable en otras partes del territorio estatal, límite que el Tribunal Constitucional encuentra en los arts. 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitu-

(73). Ante este primer fracaso, y manteniendo la perspectiva de buscar en nuestro ordenamiento un sistema dual de protección constitucional de la libertad de expresión, hemos de dirigir nuestra atención a los ámbitos europeos en los que nos integramos, esto es, el Consejo de Europa y la Unión Europea. No pretendemos con ello atribuir el carácter de "Constituciones" a una serie de tratados internacionales como son el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los que componen el derecho comunitario originario (aunque en ocasiones la doctrina los denomine así); pero, a los efectos de este artículo, estos conjuntos normativos, supremos en sus respectivos ordenamientos supranacionales, ocuparán la posición que le correspondería a una Constitución federal, con el fin de poderlos comparar con el modelo estadounidense (asumiendo entonces los Estados parte en estos tratados la condición de Estados federados, con la misma finalidad). Realizaremos este análisis de manera que pueda ser útil a cualquiera de los Estados miembros de estas dos instituciones europeas, por lo que no incluiremos datos específicos del ordenamiento español, como son la integración normativa del Convenio europeo y los tratados comunitarios decretada por el art. 96 de la Constitución, y el efecto interpretativo en materia de derechos humanos de la normativa y jurisprudencia europeas, acogido en el art. 10.2 de la Constitución.

Pasando, pues, a examinar la protección dual de la libertad de expresión en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, observa-

ción (véase, por ejemplo, la Sentencia 87/1985, de 16 de julio, FJ 8), y que no existe en el ordenamiento estadounidense.

(73) Al explicar cómo operaba en Estados Unidos la técnica del estándar mínimo, hemos afirmado que funcionaba también con respecto a los órganos centrales. Lo mismo podemos hacer en el caso español. Desde esta perspectiva, podría interpretarse la garantía del contenido esencial del derecho del art. 53.1 de la Constitución como la exigencia del respeto de ese estándar mínimo, que puede ser superado, pero no vulnerado, por los poderes públicos competentes. El incremento de protección no exigido constitucionalmente constituiría el contenido "accesorio" del derecho.

(74) Antes de plantear sus posibles límites, el art. 10 reconoce así la libertad de expresión: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras."

La interpretación de este precepto, así como otras actuaciones del Consejo de Europa en el campo de la libertad de expresión se encuentran recogidas en JORDI BONET I PÉREZ, *El derecho a la información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, PPU, Barcelona, 1994; SANTIAGO RIPOL CARULLA, *Las libertades de información y de comunicación en Europa. La actividad del Consejo de Europa*, Tecnos, Madrid, 1995; y TERESA FREIXES SANJUAN, *Libertades informativas e integración europea*, Colex, Madrid, 1996. Reciente y autoritativo es el informe "The case-law of the European Court of Human Rights on the freedom of expression guaranteed under the European Convention on Human Rights" presentado por Rolv Ryssdal, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Xª Conferencia de los Tribunales Constitucionales Europeos, que ha tenido lugar en Budapest del 6 al 10 de mayo de 1996 (impreso por el Consejo de Europa para su distribución gratuita).

mos que ésta se encuentra recogida en el art. 10 del Convenio (74) y en la generalidad de las Constituciones de los Estados que son parte en el tratado. Ahora bien, la relación que se plantea entre el Convenio y las Constituciones estatales presenta importantes diferencias respecto de la vigente en Estados Unidos. Sí opera aquí la técnica del estándar federal mínimo, en cuanto que hay un nivel de protección de derechos que los Estados pueden incrementar (75) y no disminuir, pero su violación no acarrea directamente la anulación o inaplicación de la norma constitucional estatal enjuiciada. Por un lado, el Tribunal de Estrasburgo no tiene reconocida esta competencia, y por otro el Convenio, como tal, no tiene efecto normativo directo en los Estados parte, de manera que tendrá sólo aquel que le reconozca cada Estado, resultando que en ningún ordenamiento de los Estados parte se le ha dado al Convenio un valor superior al de la propia Constitución (76). Como vemos, el Convenio, en sí mismo, no goza ni de efecto normativo directo en los Estados, ni de supremacía normativa sobre las Constituciones de los Estados miembros, pero sí de aplicabilidad con respecto a los órganos estatales, con lo que éstos contarán con dos órdenes "constitucionales" por respetar. No resulta, en cambio, el Convenio aplicable a las instituciones del Consejo de Europa en tanto que éste no es parte del Convenio, por resultar difícil la posibilidad de que produzca violaciones de derechos por su mermado aparato competencial.

(75) El mismo art. 60 del Convenio prevé y protege esta posibilidad: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte."

El art. 10, después de proclamar la libertad de expresión, admite que los Estados pueden limitarla, con sujeción a determinadas condiciones, pero no impone que estas limitaciones deban hacerse, con un redactado presente en otros artículos del Convenio: "El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."

(76) Véase JOCHEN ABR. FROWEIN, STEPHEN SCHULHOFER y MARTIN SHAPIRO, "The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration" en Mauro Cappelletti, Monica Secombe y Joseph Weiler (eds.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, vol. 1, libro 3 (pp. 231 a 344), p. 234. ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, 1983, nos señala tres ordenamientos: el austriaco, el suizo y el italiano, que dan al Convenio rango constitucional, mientras otros le dan rango legal o intermedio entre la ley y la Constitución, y otros no llegan ni a integrarlo en el ordenamiento interno, pero no aparece ninguno que supedite su Constitución al Convenio.

Nuestro otro referente continental, la Unión Europea, presenta características radicalmente opuestas a las del Consejo de Europa. Aparte del estándar mínimo, que aparece en los tres ordenamientos (aunque en este caso con matizaciones, como veremos), allí donde el Convenio Europeo desempeña un papel semejante al de la Constitución estadounidense (la aplicabilidad a los Estados miembros) se distingue el derecho comunitario de los derechos humanos; y, a la inversa, en los temas en que el Convenio Europeo no sigue el modelo norteamericano (efecto normativo directo y supremo), el derecho comunitario lo ha adoptado con bastante fidelidad, o pretende hacerlo.

Esta última matización está justificada, en nuestra opinión, por no ser el efecto directo una característica común a todas las normas de los tratados comunitarios (a diferencia de los reglamentos) (77), y por las reticencias a aceptar la subordinación, por "invención" judicial, de las Constituciones de los Estados miembros a cualquier otra norma. Pero aun aceptando sin reservas el efecto directo y supremo de los tratados que constituyen el derecho comunitario primario, el ordenamiento comunitario de los derechos humanos se distancia del ejemplo norteamericano en cuanto a su aplicabilidad a los Estados miembros. Y es que sólo una parte de los derechos reconocidos en el ordenamiento comunitario se encuentra en los tratados, siendo el resto, entre los que se encuentra la libertad de expresión (78), extraído por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados miembros, entre los que destaca el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A estos nuevos derechos, el Tribunal (y posteriormente el Tratado de la Unión Europea) les otorga la naturaleza de principios generales del derecho, que no son oponibles a los Estados (79) si no es mediante su

(77) Véase, por ejemplo, LUCIA MILLAN MORO, "'Aplicabilidad directa' y 'efecto directo' en derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", 11 *Revista de Instituciones Europeas* 445 (1984).

(78) La jurisprudencia de Luxemburgo sobre libertad de expresión y la normativa comunitaria relacionada pueden consultarse en JEAN-PAUL JACQUÉ, "Liberté d'information", en Antonio Cassese, Andrew Clapham y Joseph Weiler (eds.), *Human Rights and the European Community: The Substantive Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991 (pp. 309 a 363); y FREIXES, *cit.*

(79) Tajantemente, lo afirman FROWEIN, SCHULHOFER y SHAPIRO, *cit.*, p. 235: "The fundamental rights jurisprudence of the European Court of Justice at Luxembourg can be expected to have no direct impact on European integration, as these human rights restrictions apply only to the organs of the European Communities, and not to individual Member States" (No puede esperarse que la jurisprudencia de derechos fundamentales del Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo tenga un impacto directo en la integración europea, pues estas restricciones en materia de derechos humanos son aplicables sólo a los órganos de las Comunidades Europeas, y no a cada uno de los Estados miembros).

intervención en la interpretación de los tratados comunitarios, que sí imponen obligaciones a los Estados parte (80). Consciente de este problema, el art. F del Tratado de la Unión Europea no ha pretendido imponer a los Estados el respeto de estos derechos, limitándose a designar a la Unión como única destinataria del precepto (81). Procesalmente, también se parte de esta imposibilidad de exigencia de responsabilidad a un Estado miembro por violación de un principio general del derecho comunitario sin conexión con ningún precepto de los tratados comunitarios, pues mientras el art. 172 del Tratado de la Comunidad Europea atribuye al tribunal competencia para juzgar de la *legalidad* de los actos comunitarios, los arts. 169 a 171 sólo prevén el enjuiciamiento de los Estados en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por los tratados. Por tanto, los Estados sólo están vinculados a respetar la libertad de expresión como principio general del derecho comunitario en los temas regidos por los tratados comunitarios (82), siendo irrelevante a los órga-

(80) En función del principio fundamental de la soberanía, los compromisos de los Estados deben interpretarse restrictivamente, como precisa PAUL REUTER, "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit", en Jean Bagniet y otros (dirs.), *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Editions A. Pedone, Paris, 1964.

MAURO CAPPELLETTI y DAVID GOLAY, "The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration", en Mauro Cappelletti, Monica Seccombe y Joseph Weiler (eds.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, vol. 1, libro 2 (pp. 261 a 351), abordan la cuestión directamente en la p. 344: "The use of fundamental principles of Community law as a means of strictly scrutinizing Member States legislation [...] is obviously somewhat limited because it is, as it were, essentially parasitic. Before it can operate, it requires a specific Treaty provision or piece of Community legislation on which the fundamental principle may be hung" (El uso de principios fundamentales del derecho comunitario como medio para someter a un control estricto la legislación de los Estados miembros es, obviamente, de alguna manera limitado, porque es, tal como era, esencialmente parasitario. Antes de que pueda operar, requiere un precepto de tratado o legislación comunitaria del cual colgarse).

(81) Dice así: "*La Unión* respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario." —la cursiva en nuestra—.

(82) Véase CAPPELLETTI y GOLAY, *cit.*, p. 344: "As a result, this type of judicial review of Member State legislation is effectively limited to the areas of the Community's own competence, and Community fundamental rights would have no general binding effect upon Member State action" (Como resultado, este tipo de control judicial de la legislación de los Estados miembros está efectivamente limitado a las áreas de competencia de la Comunidad, y los derechos fundamentales de la Comunidad no tendrían efecto obligatorio *general* sobre la acción de los Estados miembros).

En esta línea iba el proyecto de Constitución de la Unión Europea de la Comisión de Asuntos Institucionales del Parlamento Europeo, del cual fue ponente Marcelino Oreja, que

nos comunitarios la represión estatal de la libertad de expresión que no afecte a una política comunitaria (como la libertad de establecimiento de las sociedades propietarias de medios de comunicación, por ejemplo). Así lo reconoce, en fin, el propio Tribunal de Luxemburgo, precisamente en un caso de libertad de expresión: "Si bien es cierto que incumbe al tribunal asegurar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito propio del derecho comunitario, no le corresponde, sin embargo, examinar la compatibilidad, con la convención europea, de una ley nacional que se sitúa, como en este caso, en un ámbito que depende de la apreciación del legislador nacional" (83). De otro modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea operaría como un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que conocería de cualquier violación de la libertad de expresión en asuntos no contemplados por los tratados comunitarios y que siguen siendo competencia de los Estados miembros. Es solamente, pues, en estas materias comunitarias donde tiene su papel la técnica del estándar mínimo (84), resultando inoperativa frente al resto de actuaciones

contenía una declaración de derechos (en su título VIII) que sólo era vinculante para los Estados miembros en las materias regidas por el derecho comunitario, según establecía el art. 7: "*En los ámbitos en los que se aplique el Derecho de la Unión, ésta y los Estados miembros garantizan el respeto de los derechos enunciados en el título VIII. La Unión respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en los demás instrumentos internacionales aplicables y tal y como resultan de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros*" [texto publicado en Marcelino Oreja (dir.), *La Constitución europea*, Actas de El Escorial, Madrid, 1994 —la cursiva en nuestra—].

En el mismo sentido, véase el artículo 25.1 de la resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989, por la que se aprueba la Declaración de los derechos y libertades fundamentales: "La presente Declaración protege a todos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario."

(83) Sentencia *Cinéthèque v. Fédération Nationale des Cinémas Français*, de 11 de julio de 1985: "S'il est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité, avec la convention européenne, d'une loi nationale qui se situe, comme en l'occurrence, dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national" (párrafo 26).

(84) No debe confundirse esta técnica del estándar mínimo, presente, como hemos visto, en otros ordenamientos federales o supranacionales, con el principio de "estándar máximo" utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de formular los principios generales del derecho comunitario con base en los derechos presentes en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y que consiste en que el tribunal no debe limitarse a recoger los derechos presentes en todas las Constituciones estatales y asumiendo el nivel de protección del Estado menos respetuoso con el derecho, para que ninguno de los Estados viole de entrada el estándar comunitario, sino que ha de seleccionar el ordenamiento estatal con el nivel más alto de protección para convertirlo en principio comunitario. Este no es el criterio seguido habitualmente en la elaboración de normativas internacionales en materia de derechos humanos, pero la técnica del estándar mínimo, tal como ha sido expuesta aquí, no tiene su centro de atención principal en la formulación del estándar,

estatales, que no tienen que respetar ningún mínimo de protección comunitaria de la libertad de expresión (85).

VI. PERSPECTIVAS DE EVOLUCION EN EUROPA

En este trabajo hemos expuesto el sistema dual de protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos y las dificultades que a su traslado a nuestras coordenadas ponen las diferencias presentes entre los sistemas jurídicos estudiados.

Procedemos ahora, para concluir, a plantearnos la probabilidad de una evolución de alguno de nuestros sistemas hacia el modelo dual norteamericano de protección de los derechos, lo cual permitiría recoger las técnicas allí utilizadas para enfrentarse a la doble protección constitucional de la libertad de expresión.

Comenzando por el sistema jurídico español, no es esperable una pronta conversión de los Estatutos de Autonomía en Constituciones con declaraciones de derechos (como sí ocurría en diversos proyectos de Constituciones federales españolas redactados durante la Primera República), por lo que no creemos que la recepción del modelo estadounidense vaya a producirse por esta vía.

Tampoco parece previsible una evolución en el marco del Consejo de Europa orientada a la dotación a sus instituciones de competencias que hicieran necesario obligarles al respeto de un listado de derechos, o hacia la conversión del Convenio Europeo de Derechos Humanos en un conjunto normativo supremo y de efecto directo en cualquier Estado, sin necesidad de que así lo dispongan los ordenamientos de cada uno de los Estados miembros.

En cambio, sí se detectan perspectivas de cambio en el sistema de la Unión Europea, que vive un constante proceso de evolución centralizadora desde sus inicios en los años cincuenta. En el marco de nuestra cues-

sino en sus efectos. Y en cuanto a sus efectos, la protección comunitaria de los derechos sigue, en las materias en las que obliga a los Estados, la técnica del estándar mínimo, pues éstos pueden siempre incrementar y nunca reducir el nivel de protección del derecho. Si un principio de "estándar máximo" comunitario fuera tenido en cuenta en la aplicación efectiva de las protecciones comunitaria y estatal de los derechos, los Estados no podrían superar el nivel comunitario de protección, pudiendo en cambio quedarse por debajo, lo cual supondría un sistema bastante extraño y de efectos probablemente perniciosos.

(85) La no aplicación del estándar comunitario de los derechos fundamentales a los Estados fuera de las materias de integración económica reguladas en los tratados no es sino otra señal de que en la Unión Europea sigue primando el carácter de comunidad económica por encima del de comunidad política, que suele ir acompañada de una mayor integración en lo que a derechos fundamentales se refiere.

ción, dos son las opciones básicas que se plantean a la hora de estudiar la posible vinculación de la Unión Europea a una declaración de derechos: por un lado, la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por otro, la elaboración de una declaración de derechos propia.

La primera de las opciones, que ha recibido un nuevo jarro de agua fría con el dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996 (86), supondría un acercamiento al modelo norteamericano en cuanto a que una misma declaración de derechos (el Convenio Europeo) vincularía a los órganos supranacionales y a los estatales, aunque esto no fuera producto del sistema jurídico comunitario, sino de la adhesión independiente de cada uno de ellos a un tratado internacional como es el Convenio. Ahora bien, esta fórmula no resolvería las dudas sobre el efecto directo y supremo del derecho comunitario de los derechos humanos.

La segunda de las opciones, la elaboración de una declaración de derechos propia, ya sea incluida en los actuales tratados comunitarios, o bien en una nueva Constitución federal, sí podría asegurar su efecto directo, pero tendría diferentes consecuencias según cuál fuera la fórmula adoptada. Si esta declaración de derechos fuera incluida en los actuales tratados comunitarios, no se eliminarían los recelos hacia su supuesto carácter supremo ni se solucionaría el problema de la no sujeción de los Estados a un estándar comunitario de los derechos en los temas que no son objeto de las competencias de la Unión. En cambio, si esta declaración de derechos fuera incluida en una nueva Constitución federal, su supremacía quedaría asegurada y sería posible (aunque no técnicamente imprescindible, como muestra el ejemplo norteamericano) la vinculación a los Estados en las materias que son objeto de su propia competencia.

Ahora bien, la adopción de una Constitución federal europea originaría una estructura triple de descentralización política, pues varios de los integrantes de la Unión Europea son Estados compuestos, produciéndose entonces una triple protección constitucional de la libertad de expresión en aquellos Estados, como Alemania, en los que las Constituciones federal y regionales incluyeran dicha libertad. Ello podría encauzarse mediante una doble operación de la técnica del estándar mínimo (del nivel europeo al nacional y del nivel nacional al regional), al igual que ocurre en la actualidad, por ejemplo, en el caso alemán, respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, también podría ocurrir que esta triple estructura de descentralización política fuera disuelta con la desapa-

(86) Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, del Tribunal de Justicia ("Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales"), que niega a la Comunidad, en el estado actual del derecho comunitario, competencia (ya sea expresa, implícita, o necesaria según el art. 235 del Tratado de la Comunidad Europea) para ratificar el Convenio.

rición de uno de los niveles de actuación, sea el estatal o el regional, aunque los efectos políticos de cualquiera de las dos opciones las hacen difícilmente imaginables en un futuro próximo. Si la disyuntiva se resolviera en favor de la Europa de los Estados-nación, seguiría existiendo un sistema dual de protección constitucional de la libertad de expresión, pues ésta se encontraría recogida en la Constitución europea y en las Constituciones estatales, si permanecieran inalteradas en este punto. Si, en cambio, fuera la Europa de los pueblos o de las regiones la que se impusiera, habría que configurar normas básicas para estas regiones, existiendo entonces la posibilidad de que se originase nuevamente un sistema dual de protección constitucional de la libertad de expresión en Europa.