



*Artículos
de investigación*



Dos caminos diferentes para arribar al mismo lugar. La libertad de expresión en Canadá y Estados Unidos



Mauricio Beltrán C.*

Recibido: julio de 2004

Aprobado: diciembre de 2004

INTRODUCCIÓN

El contexto político que respalda las relaciones económicas internacionales en el continente americano, desde el fin de la guerra fría, implica la existencia de sistemas democráticos liberales estables en cada uno de los países que aspiran a participar de la integración, y dentro de los valores básicos de esa democracia liberal se encuentra la posibilidad de que los miembros de la sociedad conozcan, opinen y controviertan las acciones de los gobiernos, para lo cual la libertad de expresión es considerada herramienta fundamental.

El objetivo primordial de este artículo es comparar los aspectos básicos del desarrollo histórico de esta libertad en Canadá y Estados Unidos, centrándose en explicar por qué, a pesar de las diferencias tan marcadas, ambos países coinciden en el tratamiento que sus cortes le han dado a esa libertad.

El primer aspecto que se debe comparar es el contexto histórico en el que surge la libertad de expresión en estos dos países. Como lo



* Profesor de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 93-116, enero-junio de 2005

plantea Karla Gower, una forma es estudiando cómo se resolvió la tensión entre libertad y autoridad en estas dos naciones. La autora argumenta que esa tensión se produjo no por un compromiso constitucional claro, o la existencia de una ley que regulara el tema, sino por la filosofía política que imperaba en un tiempo y espacio específico.¹ No controvierto este argumento, pues lo que pretendo es aplicar un método diferente para explicar la libertad de expresión. En este caso, me concentro en comparar algunas circunstancias económicas y políticas del siglo XIX para evidenciar la coincidencia en el tratamiento legal de esta libertad en ambos países en el siglo XX. Intentaré demostrar que es en este siglo cuando esta tensión aparece, pues sólo hasta entonces esta libertad empieza a ser reclamada por la sociedad en general y considerada por los gobiernos. Antes del siglo XX, la libertad de expresión como derecho individual fue entendida como disentimiento inadmisibles, peligroso tanto para el sistema político como para el desarrollo económico.

1. DOS CAMINOS DIFERENTES

A pesar de que actualmente ambas naciones comparten lenguas comunes, estilo y estándares de vida similares, y están integradas económicamente, los procesos históricos que antecedieron el siglo XX tienen importantes contrastes.

El mayor de ellos se da en el tiempo y la forma del proceso de construcción constitucional de cada Estado-nación. Canadá, mediante tratado firmado en París, estaba constituido por un grupo de dominios ingleses desde 1763 cuando Francia e Inglaterra pusieron fin oficialmente a la que se denominó la Guerra de los Siete Años, conflicto desarrollado en gran medida en tierras norteamericanas.²



¹ Véase Gower, Karla, "Introducción", en *Liberty and Authority in Free Expression Law. The United States and Canada*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2002.

² La historia constitucional canadiense coincide en señalar la Proclamación Real de 1763, emitida ocho meses después del tratado de París, y con el cual se le dio fin a la Guerra de los Siete Años, como el documento embrionario de la actual Canadá. El efecto práctico fue la cesión de los territorios franceses en Norteamérica a Inglaterra, y el inicio de una convivencia entre ingleses y franceses que, a pesar de las diferencias culturales, estaban unidos por los intereses económicos de sus elites, básicamente, la protección de los privilegios de los terratenientes y el clero francés, y por el lado inglés, la permanencia y el disfrute de posiciones burocráticas. La proclamación confirmó la soberanía inglesa, pero le otorgó cierta autonomía política y legal a los antiguos dominios franceses. A la provincia de Quebec, a pesar de convertirse en propiedad del imperio británico, se le respetó su tradición religiosa y legal francesa, y se recurrió a una ficción jurídica para identificarla. Al igual que todas las colonias inglesas en Norteamérica,

Luego vendrían otros instrumentos constitucionales que poco a poco le otorgarían más independencia a esos territorios, y en 1867 éstos se unirían, primordialmente, por las ventajas económicas que representaba competir con la ya próspera nación del sur y, adicionalmente, en razón del poderío militar mostrado por su vecino en la Guerra de Secesión (1861-1865). La condición de Confederación, subordinada al Parlamento inglés, se mantiene desde 1867 hasta 1982, cuando por norma de ese cuerpo colegiado se le traspasa a Canadá la posibilidad exclusiva de enmienda constitucional. En suma, si se acepta en la historia constitucional de Canadá la proclamación Real de 1763 y en la de Estados Unidos, la Declaración de Independencia de 1776, como los documentos fundadores de esa historia, se puede concluir que mientras que en Estados Unidos se necesitaron quince años para obtener una Carta que le diera el carácter de un Estado soberano, en Canadá ese proceso le tomó doscientos diez y nueve años.

En cuanto a la forma del proceso de construcción constitucional se debe mencionar otra diferencia y es que las trece colonias revolucionarias se ven compelidas a formar una débil confederación a finales del siglo XVIII para enfrentar militarmente a Inglaterra. Los habitantes de Canadá, para esa misma época, se consideraban ingleses o franceses respectivamente, y no creían necesitar de la otra cultura para seguir viviendo. Es más, los franceses vieron con sospecha la revolución en Estados Unidos, básicamente porque el modelo político y económico liberal reñía con la posición predominante del clero y los terratenientes. Los pocos ingleses, por el contrario, se opusieron a la guerra porque no percibían que la Corona estuviera afectando sus intereses fundamentales, en gran mayoría burocráticos, y así convirtieron su territorio en refugio para los leales a la Corona inglesa que empezaron a abandonar las co-

ella sería tratada como colonia establecida, es decir, como si hubiera sido fundada mediante acuerdo suscrito entre la Corona y un grupo de individuos. Pudo la Corona británica declararla colonia conquistada y así ser consecuente con la derrota militar francesa e imponer el sistema legal y cultural británico, pero prefirió mantener un ambiente propicio para preservar unas relaciones pacíficas. Naturalmente, no se trató de un acto de generoso desprendimiento por parte de la Corona inglesa, sino que obedecía a hechos absolutamente claros: ese territorio, por su ausencia de recursos naturales explotables para la época y su clima, muy poco le interesaba a los ingleses. En términos económicos y políticos, resultaba más eficiente permitirle un alto grado de autonomía que ocupar inmensos recursos económicos y humanos para mantener por la fuerza la estabilidad política en la colonia, especialmente en años en donde el descontento de otras colonias ya empezaba a causarle problemas a los ingleses. Como poco era lo que Canadá ofrecía, en comparación especialmente con las colonias del Caribe, absurdo resultaba una política de conquista. Reesor, Bayard, *The Canadian Constitution in Historical Perspective*, Canada, Prentice Hall, 1992, p. 2.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 93-116, enero-junio de 2005

lonias rebeldes en 1776. Esta dinámica haría que la historia constitucional estadounidense estuviera plagada de eventos y personajes legendarios, mientras que la canadiense apenas reseña algunos individuos que contribuyeron a mantener un ambiente de concordia entre franceses e ingleses. Guerras de independencia o de reivindicación por la libertad, son ajenas en la historia constitucional canadiense.

En contraste, en la segunda mitad del siglo XIX, mientras que Canadá se unía en confederación y reafirmaba su lealtad a Inglaterra, Estados Unidos consolidaba su Estado-nación con la sangrienta Guerra de Secesión (1861-1865). Así las cosas, se puede argumentar que Estados Unidos llega al siglo XX con un pasado revolucionario y liberal que lo enorgullece, mientras que Canadá trae consigo uno reaccionario y conservador, pero a pesar de ello, no menos inspirador para los miembros de esa nación.³ En términos constitucionales, ello implicó un sistema que hizo del *Bill of Rights* una forma de controlar el poder del gobierno central, mientras que en Canadá se apeló a la confianza de la dinámica parlamentaria como mecanismo para darle orientación al poder y ponerlo al servicio de los intereses comunes.

En los linderos políticos, ya a inicios del siglo XX, Estados Unidos no sólo era una nación próspera e independiente, sino además, gracias a una política exterior agresiva y alimentada por una ideología dominante de “destino manifiesto”, se colocaba como la segunda potencia imperial del mundo. Canadá, al iniciar el mismo siglo, no es aún una nación soberana y no manifestaba tener intenciones imperiales a pesar de una frase común, en sus manuales de historia, de uno de los personajes más sobresalientes de este país. El primer ministro sir Wilfrid Laurier había anunciado en su campaña electoral en 1904 que si el siglo XIX le había pertenecido a Estados Unidos, el siglo XX sería de Canadá. Desconociendo el contexto, podría pensarse que en las pala-



³ A quien visite Canadá le basta una lectura atenta de los periódicos o la interacción con sus ciudadanos para visualizar la distancia que en términos culturales se ha construido entre las dos naciones. En el escenario del derecho y las relaciones internacionales, Canadá está constantemente en la orilla opuesta de su vecino, y si los estadounidenses no lo perciben, para los canadienses ello es motivo de orgullo y de cohesión interna. Un muy interesante estudio sobre la brecha cultural de las dos naciones argumenta que las diferencias, a pesar de los aspectos comunes, son consistentes en asuntos como comportamiento, instituciones y valores. En resumen, lo que distingue a los dos pueblos sería sus principios organizativos. Véase Lipset, Seymour, *Continental divide. The values and institutions of United States and Canada*, Estados Unidos, Routledge, 1990.

bras del por entonces dos veces consecutivas primer ministro, había un tono de grandilocuencia comparable al usado por su similar estadounidense Teodoro Roosevelt por la misma época. Sin embargo, la interpretación válida moderna a este episodio es que el primer ministro estaba empeñado en unir, mediante el desarrollo económico, a los descendientes franceses e ingleses en una gran nación, pues para entonces ambos grupos manifestaban un disgusto compartido, que en algunos casos pasaba a una tensión preocupante.⁴ Por tanto, el interés de los gobernantes canadienses estaba dirigido exclusivamente a mantener a este territorio en la senda del desarrollo económico, senda ya mayoritariamente trajinada por Estados Unidos en el siglo XIX. Este hecho hizo que la convivencia pacífica entre franceses e ingleses tuviera un carácter operativo esencial en ese proceso de florecimiento económico y de consolidación de la nacionalidad.

De lo apenas dicho se puede insinuar que los contrastes en términos económicos, contrario a los constitucionales, no son tan evidentes. De hecho, habían más similitudes que diferencias: ambas naciones compartían en las primeras dos décadas del siglo XX los beneficios de un proceso de industrialización intenso, iniciado el siglo anterior y coadyuvado por el Estado, ya a través de los subsidios o de la aceptación de los monopolios y fusiones industriales; la construcción de infraestructura vial y el estímulo a la agricultura mediante la adjudicación de tierras a miles de emigrantes europeos seducidos por las campañas de los respectivos gobiernos o también, a través de los subsidios. La producción agrícola, además, contó con la ayuda de la invención que permitió que para 1850 los arados de hierro y las segadoras mecánicas diseñadas en Estados Unidos incrementaran la productividad.⁵

La diferencia era de tiempos y radicaba en que estos procesos económicos habían sido iniciados poco después del comienzo del siglo XIX en Estados Unidos, lo que le permite a este país pasar de una nación mayoritariamente agrícola a una industrial en menos de un siglo, y llegar al siglo XX convertida, en términos de cantidad y de valor, en la primera nación productora de manufacturas.⁶



⁴ Véase Bothwell y Granaststein, "Prologo", en *Our Century. The Canadian Journey*, Toronto, McArthur & Company, 2000.

⁵ Zinn, Howard, *A people's history of the United States. 1492 – present*, New York, Harper Perennial, 1995, p. 214.

⁶ Brinkley y otros, *American history. A survey since 1865*, vol. II, New York, McGraw-Hill. Inc., 1987, p. 513.

Este proceso se demoraría más en Canadá y ello se explica en gran medida por que desde que las compañías privadas inglesas iniciaron sus actividades de colonización agrícola en la década de 1600, fue claro que las tierras del norte, por su geografía y la severidad del clima, no ofrecían las mismas ventajas que Jamestown fundada en 1607.⁷ Pero esa brecha de productividad agrícola se empezaría a reducir cuando el canadiense Charles Saunders desarrolló, al final del siglo XIX, una variedad de trigo que maduraba más temprano que la tradicional, lo que permitió a los agricultores canadienses aprovechar la corta temporada de cultivo que el clima les ofrecía y empezar a seguir la trayectoria estadounidense.⁸ Adicionalmente, Canadá no pasó por la destrucción que produjo la guerra civil de Estados Unidos entre 1861 y 1865. La gran coincidencia entre ambos territorios estuvo en el método: ambas economías se dinamizaban por un Estado que procuraba no intervenir con la actividad privada y cuando lo hacía, buscaba fórmulas para estimular un mayor crecimiento económico. La iniciativa privada había sido la estrategia de colonización y explotación económica desde el siglo XVII, y continuaba siendo fundamental para el proceso de industrialización del siglo XIX y XX en ambos territorios.

De la misma manera, esto implicó compartir, aunque no con la misma intensidad, los problemas sociales que seguían a procesos de industrialización basados en el favorecimiento a los grandes conglomerados económicos; la explotación laboral de las mujeres, niños y emigrantes en general; las inmensas desigualdades sociales; las deficiencias y ausencia de los servicios públicos para un gran número de personas; las terribles condiciones de trabajo en las gran-



⁷ No es casual que todos los asentamientos británicos en las primeras colonias se consoliden por la fertilidad de las tierras, las fuentes hidrográficas, las bondades del clima y la proximidad a los puertos. Por ello, el florecimiento de la agricultura en Canadá se da a finales del siglo XIX e inicios del XX, y en gran medida el auge de la industria es un proceso necesariamente paralelo en el tiempo. En contraste, la industrialización en Estados Unidos llega después de la guerra civil de 1865 y alcanza sus picos a finales del siglo XIX cuando la agricultura está pasando por una gran crisis debido a la caída internacional de los precios de los cereales. Ver Tindall y Shi, *Historia de los Estados Unidos*, tomo I, Colombia, TM editores, 1995, capítulos 9 y 10.

⁸ De hecho, sólo cuando las tierras se agotan en Estados Unidos a finales del siglo XIX, Canadá tiene la oportunidad de atraer emigrantes. A partir de 1896 el Estado ejecuta una política agresiva para atraer inmigrantes que alcanzó su más alto volumen en 1813 cuando arribaron 400.870 personas. Esto coincidió entonces con el avance científico de Saunders, pero debido a que los emigrantes europeos seguían prefiriendo el país del sur, Canadá debió adoptar una legislación muy atractiva que garantizaba 160 acres de tierra para cada emigrante, pues la calidad de la tierra y los rigores del clima le daban muchas desventajas al territorio canadiense. Bothwell y Granaststein, *op. cit.*, pp. 36 a 38.

des fábricas; la miseria urbana; la criminalización de la protesta laboral; el odio hacia los emigrantes y la exclusión política y económica de diferentes minorías.

Desde otro punto de vista, el siglo XX permitió que ambas naciones compartieran los beneficios del desarrollo económico como la electricidad, el teléfono en las grandes ciudades, el tren, el bote de vapor, el telégrafo para unir a las diferentes regiones y ciudades, el uso del automóvil y un nuevo estilo de vida en donde el esparcimiento se hacía fundamental.

En resumen, el contraste en términos constitucionales, por lo expuesto arriba, era evidente en el siglo XX. Estados Unidos poseía una normatividad específica desde 1791 que mediante un sistema de balances y contrapesos para la acción de los poderes públicos, establecía un gobierno republicano y federal en una nación totalmente soberana. Adicionalmente, desde esa época, existía un *Bill of Rights* sin parangón en otra parte del mundo, el cual recogía la esencia de los hoy denominamos derechos fundamentales o de primera generación. Canadá, mientras tanto, era una confederación unida por un acto del Parlamento inglés de 1867, impulsado en ese entonces por las mismas colonias que por conveniencia económica, básicamente, habían promovido esa iniciativa,⁹ pero que en términos internacionales seguían siendo consideradas un dominio británico, sujeto legalmente a las decisiones del Parlamento de ese país. La supremacía parlamentaria que imperaba en Inglaterra se aceptaba sin límite alguno, y por ello renunciaban las colonias al poder de enmienda del Acta Británico-Norteamericana. Se establecía un sistema federal, pero a diferencia del estadounidense, el gobierno central quedaba sometido a la voluntad y el consentimiento



⁹ Cuando Inglaterra abandona el modelo mercantilista en la década de 1840, las colonias canadienses quedaron sometidas al rigor del libre mercado y para afrontarlo celebraron el Tratado de Reciprocidad con Estados Unidos, el cual aseguró por más de una década el aumento de las exportaciones. Cuando Estados Unidos abroga el tratado en 1866 se crea la necesidad de eliminar tarifas entre las diferentes regiones para aumentar el comercio entre ellas. Adicionalmente, se hizo prioritario para Montreal y Ontario construir la infraestructura ferroviaria y de canales para unir las dos regiones a través de sus ríos y lagos y así competir con las ya consolidadas ventajas del puerto de Nueva York. Ello implicaba abandonar el modelo de iniciativa individual de cada región que poco podía hacer ante un grupo de Estados que actuaban como una nación y que, conectando totalmente su territorio, le apostaban al comercio nacional e internacional. Como si fuera poco, la ya avanzada colonización del oeste en Estados Unidos hacía evidente que ese territorio en Canadá se perdería si no se concretaba una unión, pues la presión por más tierras tarde o temprano se desviaría hacia el norte. Véase Reesor, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

de las regiones, lo que lo hacía dependiente para solucionar cuestiones de dinero y ejército.

En últimas, las diferencias constitucionales explican en gran medida las diferencias en valores que identifican modernamente cada cultura. Mientras que en Estados Unidos el gobierno, corolario de la unión, se estatuyó para garantizar “la vida, la libertad y la obtención de la felicidad”, en Canadá ese gobierno debía garantizar “la paz, el orden y el buen gobierno”. De tal manera que el principio legal que se hizo trascendental en Estados Unidos fue el debido proceso para proteger, supuestamente, los derechos individuales, mientras que en su vecino del norte, la sociedad entendida como un todo armónico era el criterio para orientar las políticas gubernamentales y las decisiones de los funcionarios, las cuales debían enfatizar la protección de los derechos de los canadienses, comprendidos como un cuerpo homogéneo.

Para entenderlo de otra manera, el discurso constitucional estadounidense depositó la autoridad en el pueblo, lo cual inmortalizaría la Corte Suprema en *Marbury vs Madison* (1803) para dar paso a la consolidación de una nueva nación. En el caso canadiense, la autoridad se depositó en el gabinete de Westminster, constituido de acuerdo con las mayorías parlamentarias inglesas, lo que facilitó la unión de los dominios canadienses en una confederación. Esto haría del gobierno central una institución débil, mientras que en Estados Unidos, un Estado fuerte tendría poder para imponer impuestos, regular el comercio y dirigir las fuerzas armadas. En Canadá, el Parlamento inglés se encargaría de orientar la voluntad general, lo que implicaba que cualquier norma producida en el dominio de Canadá, si contravenía una estipulación del Parlamento imperial, sería considerada nula. Adicionalmente, conseguir un acuerdo entre las regiones para hacer una propuesta legislativa a Inglaterra se convirtió en un procedimiento muy complejo.

En cuanto a la libertad de expresión política, principal objeto de comparación de este escrito, se podría argumentar, primero, que ésta se circunscribía a la libertad de prensa, pues las diferentes formas de la misma eran casi los mecanismos exclusivos para difundir información. Las publicaciones eran parte de la tradición político-religiosa inglesa y, de acuerdo con Tom O'Malley, las primeras de orden periódico, llamadas *corantos*, datan de la década de 1620 y tomarían especial fuerza con los acontecimientos políticos que llevarían al triun-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 93-116, enero-junio de 2005

fo del parlamento sobre la monarquía durante todo el siglo XVII, lo que se conoce en la historia inglesa como la Revolución Gloriosa.¹⁰ Tal como lo reseña este autor, es en la década de 1620 cuando aparecen los primeros periódicos en Inglaterra, y para 1666 ya existía un periódico oficial, el *London Gazette*.¹¹

Las convulsiones políticas del siglo XVII tienen una explicación compleja en términos de las fuerzas que concurrieron, pero es claro que un factor importante fue el impacto que sobre la cultura generó la publicación en Inglaterra desde antes de la aparición de los periódicos. Cuando James I llega al poder en 1601 ya el *Libro de la Oración* y las ediciones inglesas de la *Biblia*, junto con textos épicos, algunas crónicas y la propaganda escrita de los súbditos para proponer sus agendas políticas y religiosas, habían, no sólo transformado la cultura inglesa dando un sentido de unidad a la unión de Inglaterra y Escocia,¹² sino que también facilitaron fracturar las estructuras religiosas y políticas que se oponían a cualquier cambio.¹³

Esto ayuda a explicar por qué ese siglo también puede ser etiquetado como el de los derechos en Inglaterra: la Ley de Hábeas Corpus de 1679, el *Bill of Rights* de 1689 y el *Toleration Act* del mismo año, se convirtieron en los instrumentos legales específicos del Parlamento para limitar la autoridad de la Corona. Sin embargo, se debe aclarar que el sólo interés por informarse de las convulsiones políticas y la derrota de los mecanismos de censura previa (1642) instaurados por los Tudor y heredados por los monarcas Stuart durante el siglo XVII, no son suficientes para explicar la cantidad de publicaciones que para finales de ese siglo florecían en Inglaterra. Ello ignoraría la otra gran fuerza revolucionaria de este siglo en dicho país: el protes-



¹⁰ Éste es el título con que los historiadores modernos conocen el proceso de transformación política que inicia Inglaterra en las primeras décadas del siglo XVII cuando se corona al primer rey de la dinastía Stuart, James I (1601). Bajo su reino se consolidó la unión entre Escocia e Inglaterra dando origen a lo que luego se denominó la Gran Bretaña, pero también se inicia la tensión entre la Corona y el Parlamento. Se consolida el sistema parlamentario dentro del marco de la monarquía constitucional donde "el rey reina pero no gobierna", lo hace el parlamento y el gabinete o grupo de ministros. En la práctica, se trató de la primera aplicación de la idea de Montesquieu de la separación de los tres poderes. En este periodo se vivió el derrocamiento de un rey (Carlos I), su ejecución, el establecimiento de la dictadura Cromwell, el derrocamiento de éste y la restitución de James I, para finalizar en 1688 cuando el Parlamento se hace dueño permanente del poder.

¹¹ O'Malley, Tom, *Regulating the press*, London, Pluto Press, 2000, p. 9.

¹² Clegg, Cyndia, *Press censorship in Jacobean England*, New York, Cambridge University Press, 2001, p. 1.

¹³ En 1642 la censura impuesta por los reyes Stuart termina y la dinámica de producción de los libros de noticias y los panfletos, que tendrían tanta importancia en términos de difusión de ideas políticas en el siguiente siglo, se instituyen definitivamente en la cultura inglesa. Véase O'Malley, *op. cit.*, p. 10.

tantismo. Una de las plataformas de esta nueva forma de entender la relación de Dios con el hombre era el contacto directo con la *Biblia*, pues esto era fundamental para satisfacer el mandato de instaurar un diálogo permanente y continuo, sin intermediación de institución o persona alguna con el Creador; el saber leer era entonces un requisito para todo aquel que ingresara a la nueva doctrina.

Todo esto hacía parte de la cultura que trajeron la mayoría de los colonos, que en el siglo XVII llegaron a Norteamérica. Desde la Revolución Gloriosa, el poder estaba depositado en el gabinete y el Parlamento, y en ese contexto, se instituyó la libertad de difundir el pensamiento como un derecho natural. En últimas, se adujo que los derechos naturales existían para protección del pueblo contra el poder de la Corona¹⁴ y la libertad de prensa era un derecho instrumental, es decir, uno de aquellos acordados después de constituir el Estado para darle dinamismo a la nueva estructura social y por ello, sujeto a límites.

En conclusión, la libertad de expresar sus propios pensamientos, de acuerdo con la tradición inglesa recogida por Thomas Hobbes y Jhon Locke estaba entre las que se aceptaban como derechos naturales, pues precedían a la creación del Estado. Pero la libertad de prensa era entendida como instrumental, producto de la vida en sociedad, instaurada para la protección del derecho natural de expresar el pensamiento y en el ejercicio de ese derecho se debía distinguir entre libertad y licencia. Esta última era concebida como el abuso de la libertad, la cual podía ser objeto de judicialización criminal. Era innegable el derecho de expresar el pensamiento a través de la prensa, pero el límite a ello lo daba el contenido impropio, dañino, malicioso o ilegal.¹⁵ Con el estallido de la primera guerra civil (1642-1646), dentro del contexto de la Revolución Gloriosa que enfrentó a los realistas (leales al rey) y los puritanos o *roundheads*



¹⁴ En 1689 la noción del poder divino como sustento de la autoridad de la Corona se derrumba definitivamente al aceptar la proclamación del *Bill of Rights* inglés. Los recién nombrados reyes (William de Orange y su esposa María) se comprometen a respetar las leyes del Parlamento y a reconocer que la imposición de impuestos era asunto exclusivo del mismo. Se crea así un importante antecedente para el *Bill of Rights* de los estadounidenses un siglo después, ya que esta clase de instrumento se entendió como una forma de limitar el poder. La tradición de filosofía política inglesa fundada en el siglo XVII reconocía los derechos naturales como aquellos que todo individuo poseía antes de entrar a vivir en sociedad, en el estado mítico de naturaleza previo a la creación del Estado. Se incluían en esa categoría la libertad, la vida, el de adquirir y disfrutar de la propiedad; el derecho a expresar sus propias ideas y el derecho a autogobernarse. Eastland, Terry (ed.), *Freedom of Expression in the Supreme Court. The Defining Cases*, Estados Unidos, Rowman & Littlefield Publisher, Inc., 2000, p. XIV.

¹⁵ *Ibid.*, p. XVIII.

que apoyaban al Parlamento, la censura previa establecida por Carlos I sobre toda publicación desapareció hasta 1660 cuando Carlos I fue reinstalado en el poder por otros 25 años. Sin embargo, y durante el mismo periodo, se consolidaría toda una infraestructura de publicaciones ilegales. Al final del siglo, era claro que el poder omnímodo del monarca había sido desterrado y reemplazado por la supremacía parlamentaria, que una vez consolidada, mal podía negar el derecho a expresar el pensamiento, pero sí podía aducir que la libertad de prensa, por ser un derecho instrumental y no natural, debía tener unos linderos.¹⁶

La segunda idea sobre la libertad de expresión es que en Estados Unidos estaba amparada constitucionalmente como un derecho individual, mientras que en Canadá no existía ninguna mención a ese derecho, ni a ningún otro, en el Acta Británico-Norteamericana de 1867. Es decir, que la existencia de una constitución y un *Bill of Rights* de una nación democrática y soberana, eran producto de su tradición libertaria en oposición de la conservadora de Canadá que nunca había respaldado, ni menos aceptado la revolución de las colonias del sur contra Inglaterra, al punto de mantenerse leal al *Commonwealth* por algo más de un siglo. Este contraste que resulta innegable en el plano formal, es sin embargo, en el plano material, inocuo, y la realidad práctica así lo demuestra.

La recepción de la doctrina en Canadá, que entendía la libertad de prensa como sujeta a estrictos controles por el Estado, por su condición de dominio inglés, era obvia.¹⁷ La paradoja fue que la calidad



¹⁶ En mayo de 1689, unos meses después de la última confrontación civil inglesa, en el marco de la Revolución Gloriosa, James Welwood, médico escocés, inauguró un magacín popular de opinión que denominó *Mercurius Reformatus* o el *New Observer*. Éste sólo era uno de las docenas de periódicos y publicaciones legales que aparecieron en Londres después de la revolución, cuando los reyes protestantes, William III y María II, traídos desde Holanda, se comprometieron a respetar el poder del Parlamento. Adicionalmente, la religión católica, defensora del modelo absolutista, quedaba desterrada de la nueva nación y una nueva cultura tomaba forma, en la cual, la publicación y divulgación de información se hacían esenciales. *Ibid.*, p. XIX.

¹⁷ El derrumbe de la monarquía como sistema de administración del Estado, y la explosión de periódicos y publicaciones varias, implicó que la censura previa ejercida por entes estatales específicos, desapareciera en Inglaterra. Sin embargo, otras formas de control surgieron con el establecimiento de la supremacía parlamentaria. Según O'Malley, eran mecanismos para establecer los límites dentro de los cuales la prensa podía trabajar y no para revisar al detalle el contenido de cada publicación. Se conocieron como impuestos sobre el conocimiento y el primero fue el de estampilla, pero adicionalmente, otros gravámenes a la circulación de cada publicación, a los avisos publicitarios se volvieron comunes desde 1712 y seguirían aumentando durante el siglo XVIII. Lo paradójico de esta política era que los periódicos tendían a ser muy conservadores al punto de influir para que políticas del Parlamento inglés fueran aceptadas por la comunidad, y sin embargo el Estado, a través de su servicio secreto, inicia la práctica de pagar sobornos a periodistas. O'Malley, *op. cit.*, p. 17.

de Estado revolucionario y soberano no cambiaba las cosas en Estados Unidos pues, como lo enseña la experiencia humana, una vez un grupo que aduce que no se le respetan sus derechos, conquista el poder por la fuerza, permanece constantemente tentado a restringir el uso de esos mismos derechos a sus opositores.

El límite, en la experiencia estadounidense y heredado de *common law*, estaba enmarcado dentro del concepto de “difamación sediciosa”, entendido como críticas que amenazaban con disminuir el respeto por el gobierno y sus leyes. Esta tendencia se había mantenido en cada colonia desde la mitad del siglo XVII, y así cuando se vota el *Bill of Rights* se estaban aceptando, aparentemente, dos ideas contradictorias: por una parte, tal como lo establece la primera enmienda, “El Congreso no podía hacer ninguna ley que restringiera... la libertad de pensamiento o de prensa...”, y por otra, los estados mantenían sus leyes de “difamación sediciosa”.

Howard Zinn argumenta que la Constitución de Estados Unidos fue el producto del consenso de elites integradas por hombres blancos de cada colonia unidos por intereses comerciales, políticos y hasta familiares. Así las cosas, el *Bill of Rights* fue el producto de un gran acuerdo de una mayoría de estos individuos para neutralizar a miembros minoritarios de esas mismas elites que desconfiaban de un gobierno central demasiado poderoso que pudiera, con su poder de regular el comercio e imponer impuestos, socavar los intereses de cada grupo dominante en su respectiva colonia. Sólo así se explicaría por qué las restricciones al voto fueron aumentadas en las constituciones de cada colonia durante y después de la guerra de independencia, pues de esa manera se garantizaba el control de las mayorías compuestas de mujeres, pequeños propietarios, arrendatarios campesinos, diversos artesanos, sirvientes blancos y esclavos.¹⁸

Entendido el *Bill of Rights* de 1791 de esta manera, se explica cómo las decisiones anteriores de las cortes poco podían hacer ante la decisión política de las elites de restringir la libertad de prensa después de la revolución, especialmente ante un esquema institucional que favorecía al Congreso federal y a los estatales sobre los respectivos ejecutivos, y en donde las cortes no eran consideradas protagonistas esenciales en el ejercicio de la autoridad política. Un



¹⁸ Véase Zinn, *op. cit.*, capítulos 4 y 5.

ejemplo de esta situación es el Principio Zengeriano (1735). Jhon Peter Zenger era el editor de *New York Weekly Journal*, periódico fundado por los más poderosos miembros de la sociedad para atacar al recién nombrado gobernador inglés que sostenía una controversia sobre dinero con uno de los miembros más prestantes de la elite neoyorquina de esa época. El Principio Zengeriano, de acuerdo al caso de difamación contra este editor, se configuraba cuando se alegaba estar publicando la verdad y la valoración de ello lo hacía un jurado.¹⁹ Zenger fue declarado inocente del cargo de difamación sediciosa y por ello ese evento se cita como la primera vez donde la libertad de prensa es amparada. Sin embargo, sistemáticamente, la legislación de cada colonia desconoció este precedente judicial y, conociendo las circunstancias que generaron el caso, ello resulta apenas obvio, pues en el mismo no se defendía la libertad de prensa como reivindicación democrática, sino como estrategia de la parte demandada para atacar al demandante, en el contexto de una mezquina disputa entre dos poderosos individuos de la sociedad.²⁰

La cúspide de esta decisión política se produjo en 1798 cuando el Congreso federal pasa la Ley de Sedición, la cual castigaba las expresiones que degradaran al gobierno o sus funcionarios. Y aunque la ley incorporaba el principio Zengeriano (decisión del jurado y el uso como defensa del argumento de estar publicando la verdad) lo cierto fue que todas las acusaciones del gobierno terminaron en condena y tres periódicos tuvieron que dejar de publicar.²¹

De tal suerte que cada uno de los Estados, ante la inseguridad propia de una nación recién creada y el miedo a las ideas radicales de la Revolución Francesa, pregonadas por jóvenes del partido republicano, permitieron que el gobierno federalista de Jhon Adams estableciera la Ley de Sedición, que se usaría básicamente para contrarrestar las críticas al gobierno de los federalistas. Se aplicaría, como la tradición inglesa lo enseñaba, para atacar las publicaciones supuestamente calumniosas que, en últimas, podían ser críticas o cuestionamientos a las políticas del partido en el poder o a los

¹⁹ Véase Levy, Leonard, *Origins of the Bill of Rights*, New Heaven and London, Yale University Press, 1999, capítulo V.

²⁰ Eastland, *op. cit.*, p. XVIII.

²¹ *Ibid.*, p. XIX.

altos dignatarios públicos. Es decir, lo que la tradición del *common law* transfería en términos de libertad de expresión, se imponía sobre la prohibición explícita de la primera enmienda a que se restringiera esta libertad.

La Corte estadounidense, en el primer caso que acepta conocer sobre el tema en 1812 (Estados Unidos vs. Hudson) declara, por un lado, no tener jurisdicción proveniente del *common law* para resolver asuntos criminales, y por el otro, que tal jurisdicción sólo podría venir por mandato expreso del Congreso. Así, la Corte no se entrometía con la larga tradición de cada Estado de castigar criminalmente la “difamación sediciosa”, al mismo tiempo que la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda era desplazada por los intereses de elites que mantenían un estrecho control sobre los gobiernos estatales y sobre los federales. Esto expone una paradoja: la lucha de independencia se había hecho con el objetivo de abolir esa supremacía parlamentaria, reemplazándola por la voluntad del pueblo, de acuerdo con la teoría del contrato social que ya medio siglo antes de Locke había sido expuesta por Thomas Hooker, un habitante de Connecticut.²² Sin embargo, la idea de pueblo, bajo el esquema de una revolución exitosa pero controlada, estaba reducida a un grupo de hombres blancos.

La paradoja se acentúa si se recuerda que la tradición de las colonias norteamericanas establecida desde 1606 con el charter de Virginia, había plasmado que los colonos y sus descendientes tenían los derechos e inmunidades como si hubieran nacido en Inglaterra. Uno de ellos, como se arguyó entonces, era la libertad de expresión, que junto con otros derechos, daría forma a una cultura de derechos común al momento de la revolución.²³ Cultura que facilitaría el uso del argumento que condicionaba la aprobación de la Constitución por los estados federados a la adopción del *Bill of Rights*, pero que no por ello significaría que todos y todas tendrían los mecanismos legales para hacer valer esos derechos. De hecho, esa



²² Levy, *op. cit.*, p. 3.

²³ Esto es claro cuando se explora el proceso que culminó con la elaboración, por parte del Congreso federal, de la libertad de expresión. Desde la fundación de las colonias, las estructuras de independencia administrativa, el establecimiento de cuerpos colegiados para discusión y monitoreo de políticas, y la protección de derechos individuales garantizados por procedimientos acordados previamente, eran una constante. Con el tiempo la proporción entre quienes tomaban las decisiones y los que debían acatarlas se fue ampliando, hasta llegar a la Revolución, cuando el modelo económico y político era altamente excluyente.

declaración de derechos era mucho más comprensiva que cualquiera de las declaraciones legales producto de la Revolución Gloriosa, pero su aplicación total contravenía las agendas políticas de quienes ostentaban el poder. Por ello el argumento de derechos naturales instrumentales limitados a las necesidades del nuevo Estado resultaba más conveniente.

Para inicios del siglo XIX los procesos penales por sedición criminal eran un arma política de los miembros de los dos partidos políticos. Con el tiempo, y tal vez ante el grado de cohesión que fueron ganando las elites de los dos partidos, e indudablemente ante la lenta apertura democrática, los procesos penales por difamación fueron menos frecuentes y pasaron a ser objeto de la jurisdicción civil, la cual, típicamente, en los Estados federados incluía la posibilidad de defensa con el alegato de estar publicando la verdad y, además, que la publicación se había hecho por “buenos motivos.”²⁴ Habría que esperar hasta 1964 (*New York Times vs Sullivan*) cuando la Corte declarararía la muerte jurídica de las leyes de difamación sediciosa que hasta entonces impedían las críticas a los dignatarios públicos y el ejercicio pleno de la libertad de prensa, pasando la carga de la prueba al Estado.

En Canadá, la tradición apoyada en el *common law*, como se explicó, en lo relativo a la difamación sediciosa persistió. Pero, por la oposición unánime de ingleses y franceses a la revolución de Estados Unidos y Francia, respectivamente, no tenía asidero la idea de unos derechos naturales, pues para los habitantes más influyentes de Canadá de ese tiempo, la revolución sólo era un factor de amenaza de sus privilegios y, así las cosas, el principio que le daba lógica a la existencia de Canadá era la supremacía parlamentaria. Por tanto, resulta obvio que las provincias que conformaron un único dominio en 1867 hubieran traído consigo la idea de castigar penalmente las afirmaciones sediciosas en contra del gobierno o sus dignatarios. Como se argumentó antes, la confederación formada en ese año, de acuerdo con el Acta Británico-Norteamericano (BNA), estaba animada por los valores de “paz, orden y buen gobierno”. En Estados Unidos, la Confederación de 1776 había avalado la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad como los

²⁴ *Ibid.*, p. XX.

valores de la misma. En Canadá, el argumento de unos derechos naturales instrumentales y otros absolutos (por ejemplo, creación de un Estado), no tenía ninguna utilidad política, pues no se pretendía crear un Estado. En cambio, la paz, el orden y el buen gobierno, sí representaban la intención de súbditos ingleses y de un grupo de franceses, a quienes la Corona inglesa les había dado autonomía administrativa y cultural, para continuar manteniendo unos derechos específicos.

Pero se debe insistir que esto, en últimas, no eran más que diferentes caminos que, a la postre, llegarían al mismo lugar. El primer caso sobre el tema en Canadá, *The King vs Hoaglin*, 1907, el cual nunca llegó a la Suprema Corte, también protegería los intereses de Estado. En ese caso, aunque el sindicato no usó un periódico, sí envuelve la aparente difusión de “palabras sediciosas”. Éstas implicaban, de acuerdo con el fallo, varias conductas punibles, pero para el caso (publicación de un aviso que decía que en Canadá no se deseaban emigrantes de Estados Unidos) se entendió como la transmisión de insatisfacción, odios o rabia hacia el rey, el gobierno o la Constitución.²⁵

En 1917, en *Rex vs Bainbridge*, los jueces canadienses recurrían a la supremacía parlamentaria para alegar que la persona tiene libertad de expresión y de prensa para oponerse a una medida legislativa, pero que una vez la norma esté en vigor, no existe ningún derecho a resistirla.²⁶

Es cierto que ambas decisiones son del siglo XX, pero su similitud con la de 1812 en Estados Unidos es evidente. Si se quiere, la argumentación canadiense es mucho más consecuente pues recurre al principio de la subordinación al Parlamento inglés, mientras que los estadounidenses ignoran abiertamente el *Bill of Rights* y prefirieron el mismo principio, pero aduciendo el respeto a la legislatura nacional, lo cual, como se insinuó, produjo una evidente paradoja.

2. ¿POR QUÉ EL LUGAR COMÚN?

Esto se explica porque ideológicamente, al finalizar el siglo XIX, ambos países seguían más preocupados por el desarrollo económico que por la manifestación del pensamiento individual. Desde

²⁵ Gower, *op. cit.*, p. 49.

²⁶ *Ibid.*, p. 50.

1840, cuando Inglaterra adoptó las ideas de Adam Smith, la libertad individual se convirtió en presupuesto básico para el modelo económico del libre mercado, pero esta libertad se entendió como la posibilidad de contratar y de disfrutar la propiedad.

Estados Unidos y Canadá comparten un elemento fundamental en su historia y es el hecho de que, a diferencia de Europa, el acceso a la propiedad privada, específicamente a la tierra, había sido una constante desde los primeros asentamientos. Estos territorios no pasaron por una etapa estrictamente feudal como los europeos. Esto hizo que las complicadas normas que regulaban la propiedad agraria en Inglaterra, poco interés y uso tuvieran en ambos lugares de Norteamérica, pues ellas estaban pensadas para sociedades aristocráticas donde la posesión de grandes cantidades de tierra por unas pocas familias era una constante. Como afirma Friedman, “era un derecho tan técnico que sólo podía servir a una sociedad de unos pocos terratenientes, ociosos y ricos; a una clase que pudiera permitirse abogados expertos que desenredasen los nudos de la ley.” El derecho idóneo para las colonias debía estar dirigido a millones de propietarios que sabían leer y escribir, y que además se dedicaban a trabajar porciones de tierra para luego venderlas, adquirir otras y seguir trabajando.²⁷ La guerra civil de Estados Unidos se encargaría de consolidar el modelo económico, lo que a la postre adicionó una característica común a las legislaciones del sur y del norte: los diferentes gobiernos debían dirigir sus esfuerzos a satisfacer las demandas de estos propietarios (en gran parte del territorio una minoría, pero nunca semejante al estándar latinoamericano) es decir, a legislar para mantener e incrementar la riqueza de los mismos, pues de ello dependía su permanencia en el poder en el momento de las elecciones.

En este contexto, no sorprende que el siglo XIX se haya caracterizado en ambos países –aunque con una ventaja de unos cincuenta años en Estados Unidos–, por la acción de los gobiernos federales y los estatales o provinciales, en la construcción de carreteras, canales, peajes, puentes, transportes fluviales y, finalmente, una explosión de ferrocarriles. Adicionalmente, se crearon los bancos y se utilizó la donación de tierras para impulsar a las empresas de transporte, en especial los ferrocarriles. Esto lo demandaron y lo agrade-

²⁷ Friedman, Lawrence, *Introducción al derecho norteamericano*, España, Cometa S.A., 1987, p. 58.

cieron los granjeros, pues ello implicaba vender a buen precio sus productos al oriente de su respectivo país.

Luego de la bonanza agrícola y de transporte vendría la industrialización. La era de las grandes fábricas, las ciudades, la tecnología y el consecuente declive del respectivo país rural.²⁸ Como se manifestó, en Estados Unidos este fenómeno se inició antes que en Canadá, pero seguramente la destrucción y el respectivo retraso que trajo la Guerra de Secesión (1861-1865) hizo que el proceso de industrialización estuviera alcanzando sus picos en ambos territorios al entrar el siglo XX, naturalmente con mayores ventajas para Estados Unidos, pues a sus atributos naturales se agregaron la explosión demográfica que produjo la emigración masiva de europeos y asiáticos. En resumen, esta presión de los votantes y propietarios lleva a que jurídicamente la protección de los derechos de los ciudadanos se interpretara como amparo al derecho de ejercer la propiedad y de establecer relaciones comerciales libres.

El argumento anterior explica por qué tanto la constitución de Estados Unidos ratificada en 1791, como el Acta Británico-Norteamericana de 1867 contienen una cláusula similar que autoriza a los respectivos congresos federales a regular el comercio de sus territorios. Es decir, el hecho de que Estados Unidos tuviera una declaración de derechos desde el siglo XVII, y la estructura de poder de una nación soberana, en contradicción con los dominios británicos del norte, simplemente trazó caminos diferentes, pero con arribo final al mismo lugar. Lo fundamental en ambos territorios, en una estructura de economía liberal, fue la satisfacción de las necesidades básicas de los propietarios y votantes de cada lugar. Por sustracción de materia, quienes no eran propietarios hasta el rango de no poder ser también votantes, no tenían mecanismos para hacer valer sus derechos individuales. Es entendible entonces que en la categoría de tales necesidades, la libertad de expresión no alcanzara el consenso necesario para ser proclamada como fundamental, frente a exigencias como escuelas, centros de salud, carreteras, ferrocarriles, transporte fluvial, crédito y, en general, todo lo que demandaba una población que vivía a partir de una economía eminentemente agrícola. Sólo con la industrialización, el crecimiento de la clase obrera y su concentra-



²⁸ Recuérdese que en Canadá, por la baja calidad de la tierra y el clima, el florecimiento de la agricultura se da a finales del siglo XIX y coincide con la industrialización.

ción caótica en grandes ciudades, se va generando un nuevo espacio para reclamar nuevos derechos económicos básicos. Esencialmente, se generó la posibilidad de expresar ideas u opiniones y el derecho a asociarse y a protestar.

En ese escenario, la desigualdad en el ingreso se contrapuso a cierta proporcionalidad en la distribución de la tierra con la que iniciaron la gran mayoría de las colonias en el siglo XVII, y que permitió el establecimiento de una clase media que amortiguaba las presiones entre ricos y desposeídos. Así, el gobierno de los grandes centros industriales, tuvo que decidir entre las demandas de los pocos dueños de las industrias y la masa de emigrantes europeos que se convirtió en sus obreros. En primera instancia, el derecho legitimaría el poder. Así, ampararía a los dueños de los medios de producción mediante la legislación, no sólo para restringir la expresión, la asociación y la protesta, sino para garantizar los privilegios de las grandes corporaciones.²⁹

El asunto llegaría a las cortes federales, básicamente porque la economía que trajo la industrialización dejó de ser agraria y local y pasó a ser nacional. Las cortes, entonces, acudieron a las respectivas cláusulas constitucionales que le daban potestad de regular el comercio al Congreso federal para amparar la legislación dirigida a proteger el modelo económico y, por tanto, la estabilidad política.

En Estados Unidos, el caso que ratificó el poder del Congreso Federal para regular negocios y comercio entre los Estados se resolvió por la Corte Suprema en 1824,³⁰ mientras que en Canadá esta ratificación del Consejo Privado de Inglaterra quedó en firme en 1881.³¹ Si se tienen en mente las fechas de 1791 y 1867 como los inicios de la vida republicana de Estados Unidos y de la unión de las provincias que dieron origen al dominio de Canadá, queda claro la importancia de



²⁹ Sólo hasta 1890 el Congreso federal de Estados Unidos aprobó una ley antimonopolios, pero para ese entonces el uno por ciento de las corporaciones controlaban el 33% de la manufactura, y personajes como Rockefeller y Morgan controlaban compañías que sumadas equivalían a 22 billones de dólares. Ver Brinkley y otros, *op. cit.*

³⁰ Se conoce como el caso del barco de vapor, *Gibson vs Ogden*, y lo más importante del mismo es el reconocimiento al Congreso del carácter ilimitado de ese poder regulatorio frente a cualquier actividad de los Estados que afectara los negocios o el comercio federal. Véase Thomas y Grier, *op. cit.*, p. 186.

³¹ *Citizens' Insurance Co vs Parson* es el caso donde queda establecido que en general todo comercio interestatal puede ser regulado por el legislador federal. Ver Hogg, Peter, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Professional Publishing, 1997, p. 468.

ese poder regulatorio para los gobiernos de ambos territorios, y la consecuente y pronta actitud ratificatoria de sus más altos tribunales.

Dicho lo anterior, es perfectamente lógico entender por qué los derechos fundamentales, tales como los entendemos hoy, no fueron objeto de mayor protección en uno u otro territorio, pues ellos no constituían prioridad en una sociedad masivamente inmersa en la economía liberal. El derecho fundamental era la propiedad privada y así fue registrado en las constituciones y en las sentencias de los tribunales superiores.

Por el lado canadiense, el Acta Británico-Norteamericana de 1867 le concedió a las provincias el poder de regular los derechos civiles y la propiedad, siempre que no interfiriera con el comercio entre estados, que como ya se dijo, es un poder de competencia federal. Esa prerrogativa de las provincias básicamente se ha entendido como el respeto a las normas que regulaban las relaciones entre los particulares –lo que para nosotros sería el derecho civil–, y ello en Canadá tiene una importancia inusual, pues garantiza que Québec mantenga su sistema continental de derecho privado, mientras que el resto de las provincias se regulan por el *common law*. Al igual que en Estados Unidos, los grupos a los que no se les otorgaron derechos políticos quedaron sometidos a las decisiones de las elites provinciales, pero una buena cantidad de propietarios demandaron gobiernos que protegieran sus derechos sobre la propiedad.

En Estados Unidos, a diferencia de Canadá, no existe norma que expresamente conceda a los estados el derecho a regular la propiedad privada. Sin embargo, en la convención federal de 1787 la percepción era que las leyes que regulaban la propiedad eran injustas y que un gobierno republicano era la garantía para la protección de ese derecho. Por tanto, en la Constitución sólo se estableció la prohibición para que ninguno de los estados estableciera normas que impidieran la libertad de contratar y, mediante sentencia de la Corte Suprema, que presidía el juez Marshall en 1810, se defendió la propiedad privada, amparándose en la prohibición mencionada, como un derecho adquirido y concordante con los principios que sostenían la sociedad y el gobierno (*Fletcher vs Peck*).³²



³² Thomas y Grier, *American Constitutional Law. Introductory Essays and Selected Cases*, New Jersey, Prentice Hall, 1993, p. 269.

De tal manera, las instituciones estatales de ambos territorios reconocieron a través de sus normas y fallos estos derechos e ignoraron, como ya lo vimos, otras libertades individuales. La industrialización desafiaría ese discurso en el siglo XX.

En Estados Unidos así lo prueba el famoso salvamento de voto del Juez Lois Brandeis en 1920 cuando en el caso *Gilbert vs Minnesota* se preguntaba, recordando varios casos en donde se citaba la Enmienda Catorce (los Estados deben respetar los derechos individuales reconocidos federalmente), si la libertad garantizada en esa enmienda incluía únicamente la de adquirir y disfrutar la propiedad privada.³³ Es decir, sólo hasta 1920 se inicia una ofensiva a favor de la nacionalización del *Bill of Rights*, pues hasta entonces todas esas normas tendieron a ser letra muerta.

En Canadá, sólo hasta 1949 existe la Suprema Corte, y no existe evidencia de que el Consejo Privado, órgano que operaba como corte de última instancia para resolver los problemas jurídicos que se suscitaban en los dominios, haya atendido hasta la creación de la Corte Suprema canadiense algún caso relacionado con la libertad de expresión.³⁴ Adicionalmente, se entendía que la discusión, crítica y oposición a las políticas adoptadas desde Inglaterra, era inaceptable ante cortes del dominio canadiense, y así lo prueban los casos *The King vs Hoaglin* (1907) y *Rex vs Bainbridge* (1917).

Se debe insistir en que dentro de la evolución constitucional canadiense estas decisiones aparecen como elementales, pues los canadienses, en el siglo XX, le atribuían valor de hecho fundador de su nación al Acta Británico-Norteamericana de 1867, que declaraba crear la confederación basada en los valores de la “paz, el orden y el buen gobierno”. En este sentido, el desconocimiento de la libertad de expresión en Canadá, como se explicó en páginas anteriores, era mucho más consecuente que en Estados Unidos, pues el disenso en esa nación no tenía respaldo formativo o político alguno. Ni la declaración de Independencia de 1776, ni la Constitución de 1789, ni menos aún el *Bill of Rights* de 1791 respaldaban el desconocimiento de un derecho entendido como natural a la democracia, empero bajo la tradición del *common law* que diferenciaba los dere-

³³ Hogg, *op. cit.*, p. 407.

³⁴ Véase Gower, *op. cit.*

chos naturales de aquellos que le daban operatividad a los primeros, una vez el gran pacto para la creación del Estado se había consolidado, la criminalización de los críticos contra el gobierno o sus funcionarios era perfectamente posible.

En resumen, las marcadas diferencias en el proceso de construcción de cada Estado-nación no hicieron que la libertad de expresión fuera tratada con singularidad. Ambas naciones, una desde una supuesta tradición liberal, y la otra desde una conservadora, llegan al siglo XX desconociendo protección jurídica a una libertad que necesariamente implica la existencia previa de una democracia liberal.

Esa supuesta paradoja se podría explicar aduciendo que la verdadera democracia no se había instalado en las dos naciones al iniciar el siglo XX. Que no sólo las mujeres sino otros grupos minoritarios quedaban por fuera del proceso de selección de sus representantes, y que únicamente cuando todos los sectores de la población estuvieron incluidos, se pudo pasar al reconocimiento de la libertad de expresión. Sin embargo, esta respuesta no sería del todo satisfactoria, pues sólo hasta 1970 Estados Unidos reconoció mediante la enmienda XXVI, la imposibilidad de que los Estados crearan alguna clase de limitación al voto a los ciudadanos de ese país. En Canadá, por su parte, sólo hasta 1982 se reconocerán constitucionalmente las libertades civiles y políticas. Anteriormente, las restricciones al voto por cuestiones raciales o religiosas se practicaban, no con proporcional intensidad en ambas naciones, pero eso sí, sin la herramienta legal para enfrentarlas. Sin embargo, en ambos países, años antes la libertad de expresión ya era entendida en muchos sectores de la sociedad como parte de la cultura jurídica de las dos naciones.

La explicación es de filosofía política. La nueva manera de entender las libertades individuales se cristalizó por un cambio que empezó a operar con la llegada del siglo XX, y éste se podría entender de diferentes formas. Una de ellas era el declive de la doctrina liberal que entendía al Estado como simple vigilante de la actividad comercial, al individuo como responsable único de su suerte, y a la sociedad como una suma de personas que luchan por sobrevivir individualmente. La ideología individualista cedía paso a la pragmática que abogaba por un Estado interventor que ideara políticas para solucionar las injusticias sociales, reconociendo la exclusión económica a la que estaban sometidos varios sectores de la sociedad. La propuesta pragmática planteaba que, tanto individuo como sociedad,

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 93-116, enero-junio de 2005

fueran percibidos como procesos interdependientes, pues los intereses tanto de uno como del otro debían ser considerados igualmente importantes en una democracia. Por ello, el Estado debía intervenir para que tanto la acción individual como la popular se convirtieran en interés público.³⁵ Brillante respuesta a la presión política que causaban, primero los anarquistas y, luego de la Primera Guerra Mundial, los comunistas, nutridos por una clase obrera golpeada por los privilegios ilimitados de las grandes corporaciones.

Se podría concluir argumentando que en el siglo XIX el discurso político en Estados Unidos estaba dominado por una especie de conservadores libertarios a quienes la idea de libertad como posibilidad de disentir no les gustaba, pero que sí respaldaban irrestrictamente el modelo económico de desarrollo. Que luego en el siglo XX, esta última idea se mantuvo incluso dentro del pensamiento progresista que surgía a inicios de este siglo en ambos territorios.³⁶ Para estos últimos, dicha libertad sólo podía concederse para aquellos que se expresaran responsablemente.³⁷ Los grandes periódicos sin duda así lo hacían, pues realizaban los valores del consumo a los que obreros y el inmenso número de empleados de cuello blanco debían aspirar. Pero luego vendría la imposibilidad de mantener indefinidamente un esquema de exclusión económica y política para la masa de obreros que vivía en los centros industriales y económicos de cada país, pues éstos no aceptaban la sociedad de consumo que se promocionaba, ante todo por que materialmente no podían participar de ella. Por último, sería en esa instancia donde se aceptó que los obreros, percibidos como potenciales votantes, tenían la posibilidad de disentir y oponerse a las políticas de sus respectivos gobiernos.

En Canadá así se explica el caso *Alberta Press* sobre la libertad de prensa en 1938 cuando la Corte Suprema del aún dominio de Cana-



³⁵ Karla Gower estudia a varios pensadores de la época que abogan por este nuevo modelo de sociedad. Menciona a William James, Jhon Dewey, Herbert Croly, y cómo la influencia de éstos está presente en los dos países. *Ibid.*, pp. 34 a 39.

³⁶ El movimiento progresista aparece en 1890 cuando se empieza a argumentar que la rápida urbanización e industrialización traía intolerables problemas sociales y políticos, y que se necesitaban nuevas estrategias para solucionar las crecientes injusticias. El papel de las mujeres, la pertinencia de la emigración, el poder de los monopolios y las fusiones empresariales, la corrupción política y financiera, el sindicalismo, el comunismo y las cruzadas por el orden y la moral en contra de la prostitución y el consumo de alcohol, hacían parte de los temas que empiezan a ser analizados por todo el territorio estadounidense y canadiense, y que se introducen dentro del discurso de los dos partidos tradicionales. Véase Brinkley y otros, *op. cit.*, pp. 615 a 636.

³⁷ Gower, *op. cit.*, p. 8.

dá, la cual tenía que someterse a la decisión final del Consejo Privado en Inglaterra, declaró inválida una ley de esa provincia que obligaba a los periódicos locales a permitir la réplica del gobierno provincial cuando las publicaciones se refirieran a las políticas que implementaba el mismo. La opinión mayoritaria estableció que la libre discusión política era tan importante para la nación como un todo, que no podía entenderse como un valor subordinado a otros objetivos legislativos, como asunto privado o como un derecho civil sólo en la provincia.³⁸

En Estados Unidos la presión por una nacionalización del *Bill of Rights* hizo que la Corte Suprema aceptara que la Enmienda Catorce protegiera la libertad de expresión y de prensa, establecida en la Primera. La explicación técnico-jurídica de cómo se alcanzó este criterio no es objeto de análisis en este artículo, pero debe concluirse que la libertad de expresión, en general, en ambas naciones, fue protegida, antes que los gobiernos reconocieran una participación democrática absoluta. Es decir, el motor de ese reconocimiento a la libertad de expresión no fue la consolidación democrática, sino las presiones de los grupos excluidos económicamente, pero muy influyentes en el ámbito político. Tales presiones afectarían la cultura jurídica de Canadá y Estados Unidos.

³⁸ Hogg, *op. cit.*, p. 815.