

Libertad de expresión y estructura social*

Owen Fiss

La libertad de expresión es uno de los aspectos más notables y famosos del derecho constitucional estadounidense. Contribuye a definir quiénes somos como nación. El principio está arraigado en el texto de la propia Constitución, pero han sido las decisiones de la Suprema Corte en el último medio siglo aproximadamente las que, en mi opinión, le han nutrido, otorgándole gran parte de su configuración actual, y las que han sido responsables de gran parte de su energía y envergadura. Estas decisiones han dado lugar a lo que Harry Kalven denominó una “Tradición de la libertad de expresión”.

Al hablar de una Tradición, Kalven, y antes que él Llewellyn¹ y T. S. Eliot² (hablando de las espaldas de los gigantes), aspiran a una perspectiva omnicomprendiva. Todo está incluido, nada queda fuera, ni los votos disidentes, ni siquiera las decisiones anuladas. Se incluye todo contacto entre la Corte y la Primera Enmienda. La Tradición, sin embargo, tiene una forma, una dirección o un punto. No es una enciclopedia ni un diccionario, sino que tiene más bien la naturaleza de una concepción compartida. Quienes hablan de una Tradición de la libertad de expresión tratan de analizar todas las decisiones y de abstraer de ellas una concepción de lo que significa la libertad de expresión; qué es lo central y qué lo periférico, qué se encuentra más allá de la protección de la Primera Enmienda y qué queda incluido, hacia dónde se dirige el derecho, etcétera. El conjunto tiene una forma. La forma no se establece de una vez para siempre, ya que cada nueva decisión u opinión es incluida en la Tradición y contribuye, por tanto, a reconfigurar el significado del todo; pero la Tradición también actúa como una fuerza que limita las decisiones presentes y futuras. La Tradición es el trasfondo que está detrás de lo que todo juez escribe. Define la cuestión, ofrece las fuentes con las cuales el juez puede enfrentar aquellas cuestiones, y crea también los obstáculos que deben ser superados. Orienta al juez.

* Traducción de Pablo Larrañaga. Artículo publicado en *Problemas Contemporáneos de la Libertad de Expresión*, Miguel Carbonell (ed), México, Porrúa, CNDH, 2004.

1 Llewellyn, K., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, 1960.

2 T. S. Eliot, “Tradition and the Individual Talent”, en *Selected Prose of T. S. Eliot* 37 (1975) (publicado primero en 1919).

Creo que es útil considerar las decisiones de la Suprema Corte sobre la libertad de expresión como una Tradición, y estoy tentado también a ensalzar esta Tradición de manera muy similar a como lo hace Kalven. El título de su manuscrito es *A Worthy Tradition*³ —*Una tradición respetable*—. Pero, en lo que a mí respecta, ésta es sólo la mitad de la historia. También me parece que la Tradición es defectuosa respecto de algunos aspectos importantes, tanto que puede ser necesario comenzar de nuevo (si eso es posible).

Mi preocupación surgió primeramente en los años setenta, es decir, en uno de los pocos períodos en los que Estados Unidos se preguntó en voz alta si capitalismo y democracia eran compatibles. En el mundo político, estas dudas estaban vinculadas con el Watergate y con la posterior dimisión del presidente Richard Nixon. El hecho que lo precipitó fue el allanamiento de la sede central del Partido Demócrata, pero cuando el proceso de acusación llegó a su fin, comprendimos cuán cabalmente el poder económico había empezado a corromper nuestra política. El Congreso respondió con la *Campaign Reform Act de 1974*⁴, imponiendo límites a las contribuciones y a los gastos de las campañas electorales, y estableciendo un esquema para la financiación pública de las elecciones. La tensión entre capitalismo y democracia fue también una cuestión de especial interés para la academia, como se puso de manifiesto en la excitación y controversia generadas por la publicación, en 1977, del libro de Charles Edward Lindblom *Politics and Markets*⁵. Lindblom trató de mostrar que, contrariamente a lo sostenido por la teoría democrática clásica, la política no era una esfera de actividad autónoma, sino que estaba efectivamente configurada y controlada por los intereses económicos dominantes. Como una consecuencia de esta “circularidad”, las cuestiones más importantes de la estructura económica y social —las que Lindblom llamó las “grandes cuestiones”— permanecían al margen de la política. Los votantes, en realidad, no tomaban en cuenta la viabilidad futura del capitalismo, la justicia de la distribución del mercado o la estructura dentro de la cual se les permitía actuar a los sindicatos, debido, según la hipótesis de Lindblom, al control ejercido por los intereses corporativos sobre la agenda política⁶.

Mientras los técnicos estaban leyendo y discutiendo el libro de Lindblom, y los políticos trataban de darle sentido al Watergate, la Suprema Corte se enfrentó con varios casos que la obligaron a examinar la relación entre los poderes político y económico. La Corte fue interrogada acerca de si le estaba permitido a un Estado extender la doctrina de la equidad a los medios de comunicación escritos⁷, y si la FCC estaba obligada a ofrecer a los críticos de

3 Kalven, Harry, Jr., *A Worthy Tradition*, Harper & Row Pub, Nueva York, 1988. Al momento de escribir estas páginas, el manuscrito está en posesión tanto de Jamie Kalven como mía.

4 Ley de Reforma de las campañas electorales federales de 1974, Pub. L. N°. 93-443, 88 Stat. 1263 (codificado en 2 U. S. C. p/431-434, 437-439, 453, 455; 5 U. S. C. p/1501-1503; 26 U. S. C. p/2766, 6012, 9001-9012, 9031-9042 (1982).

5 Lindblom, C. E., *Politics and Markets: The World's Political Economic Systems*, 1977.

6 *Ibid.*, pp. 201-202.

7 Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241 (1974).

nuestras luchas en Vietnam el ingreso a las redes de televisión⁸. En otro caso, se atacó la *Campaign Reform Act* de 1974⁹; y en otro más, se objetó una ley de Massachusetts que limitaba los gastos de las sociedades mercantiles en un referéndum sobre el impuesto sobre la renta¹⁰. Los activistas políticos, careciendo de fondos para conseguir espacio o tiempo en los medios de comunicación, buscaron acceder a los centros comerciales para hacer llegar su mensaje al público, y también acudieron a los tribunales con ese propósito¹¹. Es verdad que cuestiones de este tipo habían sido presentadas ante la Corte con anterioridad, pero en los años setenta aparecieron con mayor frecuencia y apremio, y parecieron dominar la lista de los procesos en la Corte sobre la Primera Enmienda.

Estos casos presentaron ante la Corte cuestiones extremadamente difíciles, quizá las más difíciles de todas las cuestiones de la Primera Enmienda; y, por tanto, se podía predecir, sensatamente, que habría divisiones. También se podía predecir algún giro en falso. Lo que me sorprendió, sin embargo, fue el modelo de las decisiones: el capitalismo casi siempre ganaba. La Corte decidió que una ley que concedía el ingreso a los medios de comunicación escritos a quienes deseaban presentar diferentes puntos de vista era inválida; que la FCC (Federal Communications Commission) no tenía que garantizar el acceso a los medios de comunicación electrónicos de anuncios de opinión; que los gastos políticos de los ricos no podían ser limitados, y que los propietarios de los grandes centros comerciales y de los grandes supermercados que constituían los centros municipales de los barrios estadounidenses no tenían que permitir el ingreso de quienes distribuían folletos de propaganda. La democracia promete la autodeterminación colectiva —una libertad para que las personas decidan sus propios destinos— y supone un debate sobre los asuntos públicos que es (para usar la fórmula ya clásica del juez Brennan) “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”¹². Las decisiones sobre la libertad de expresión de los años setenta, sin embargo, parecieron empobrecer más que enriquecer el debate público, y, por tanto, pusieron en peligro una de las precondiciones esenciales para una democracia efectiva, y parecieron hacerlo de una manera bastante sistemática.

Mi primera inclinación fue considerar estas decisiones como si encarnaran un conflicto entre libertad e igualdad, como otra fase de la batalla entre la Corte Warren y la Corte Burger. Consideraba a las decisiones de los años setenta como parte del programa de la Corte constituida en gran medida (y parece, ahora, irónicamente) por Nixon para dar una nueva prioridad a la libertad y poner punto final a la cruzada igualitaria de la Corte Warren. La idea era que en los casos de libertad de expresión como, por ejemplo, en el caso Rodríguez¹³,

8 *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.*, 412 U. S. 94 (1973).

9 *Buckley v. Valeo*, 424 U. S. 1 (1976).

10 *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U. S. 765 (1978).

11 *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U. S. 551 (1972).

12 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270 (1964).

13 *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U. S. 1 (1973).

la Corte Burger no estaba dispuesta a conferir poderes a los pobres o menos aventajados si esto significaba sacrificar la libertad de otra persona. Después de reflexionar, sin embargo, el problema parecía más profundo y complicado. Vi que la cuestión no era simplemente un conflicto entre igualdad y libertad, sino que también y de un modo más fundamental, era un conflicto entre dos concepciones de libertad. La batalla que se estaba librando no era simplemente una batalla Libertad contra Igualdad, sino Libertad contra Libertad o, para decirlo de otra manera, no tanto entre la Primera Enmienda y la cláusula de igual protección ante la ley, sino una batalla *dentro* de la propia Primera Enmienda. Llegué a comprender también que la Corte no estaba fomentando una concepción idiosincrásica o perversa de la libertad, sino que de hecho estaba trabajando perfectamente dentro de la Tradición de la libertad de expresión. La Corte no estaba sustituyendo, de una manera tosca, la libertad empresarial (o la propiedad) por la libertad política¹⁴; los ricos o propietarios de capital ganaban, pero sólo porque habían formulado demandas de libertad política que se adaptaban fácilmente a la Tradición recibida. El dinero constituye una expresión de opinión, tanto como lo es formar parte de un piquete de huelga.

Con el tiempo, llegué a convencerme de que las dificultades con que se tropezaba la Corte en los casos de libertad de expresión de los años setenta podrían, en última instancia, atribuirse a insuficiencias propias de la Tradición de la libertad de expresión. El problema era la Tradición, no la Corte. La Tradición no *implicaba necesariamente* los resultados, como tampoco lo haría ningún cuerpo de precedentes. Es perfectamente sostenible que había lugar para que un diestro y decidido artesano trabajando dentro de la Tradición llegara a una decisión diferente en uno o dos de estos casos, o quizá hasta en todos ellos. Pero, pensándolo bien, parecía que la Tradición orientaba a los jueces en una dirección equivocada y ofrecía un abundante fundamento a quienes formaban la mayoría para sostener, de una manera completamente genuina, que estaban protegiendo la libertad de expresión, cuando, de hecho, estaban haciendo algo de un carácter diferente, mucho más ambiguo. Eso significaba que la crítica tendría que ser dirigida no simplemente a la Corte Burger, sino hacia algo más amplio: hacia un cuerpo de doctrina fuertemente atrincherado aunque, en última instancia, inadecuado.

I

Básicamente, la Tradición de la libertad de expresión puede entenderse como una protección del orador de la esquina de una calle. Un individuo se sube a una caja vacía en una esquina de alguna gran ciudad, comienza a criticar las medidas políticas del gobierno y es detenido entonces por quebrantar la paz. En este contexto, la Primera Enmienda se concibe como

14 Pero véase, Dorsen & Gora, "Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances", *Sup. Ct. Rev.* 195, 1982.

una coraza, como un medio para proteger al orador individual de la posibilidad de ser silenciado por el Estado.

Los pleitos vinculados con la Primera Enmienda comenzaron a ocupar la atención de la Corte Suprema en primer lugar durante la Primera Guerra Mundial, una época en la que la coraza constitucional era más bien débil. El orador de la esquina de la calle podía ser arrestado por la más mínima provocación. Aquellas primeras decisiones fueron abiertamente criticadas, de la manera más notable en los disensos de Brandeis y de Holmes; pero esa crítica —elocuente y a veces heroica— quedaba dentro del marco establecido y sólo buscaba expandir poco a poco las fronteras de la libertad, buscaba poner más restricciones a la policía y dar cada vez más protección al orador de la esquina de la calle. Con este aspecto de avances paulatinos, la crítica asumió el carácter del movimiento progresista en general, y también compartió su destino. La crítica progresista alcanzó sus primeros éxitos durante los años treinta, de la mano de la Corte Hughes, pero para su justificación definitiva hubo de esperar a la Corte Warren: sólo entonces la coraza alrededor del orador llegó a ser digna de una democracia.

Lo que básicamente surgió de este proceso histórico es una regla contra la reglamentación de los contenidos que ahora se presenta como la piedra angular de la Tradición de la libertad de expresión. La policía no puede arrestar al orador sólo porque le disgusta lo que dice. Se permiten ordenanzas que regulen el tiempo, el lugar y los modos —el orador no puede pararse en medio de la carretera—, pero la regulación no se debe basar en el contenido de la opinión, ni en el deseo de favorecer un conjunto de ideas en perjuicio de otro. Por cierto, la Corte ha permitido a la policía intervenir en ciertas circunstancias en virtud del contenido de la expresión, como en el caso del orador que incita al crimen. Pero aún así la Corte ha tratado de asegurar que la policía intervenga sólo en el último momento posible, esto es, antes de que el crimen se desencadene. En efecto, durante la mayor parte de este siglo, el tratamiento científico de la Primera Enmienda consistió en un debate sobre la prueba del peligro claro e inminente y la así llamada prueba de la inducción, en un esfuerzo por encontrar una fórmula verbal que identifique mejor el último momento posible¹⁵. El supuesto común de todos aquellos que participaron en el debate —hecho explícito finalmente en 1969, en la sentencia de *Brandenburg v. Ohio*¹⁶, que es, quizá, la culminación de estos debates y en muchos aspectos la declaración final de la Corte Warren sobre esta materia— es que la policía no debe intervenir cuando el orador se dedica sólo a expresar ideas en general, no obstante lo impopular es que éstas pudieran ser¹⁷.

Yo sería el primero en reconocer que ha habido algo noble e inspirador en los cincuenta años de trayectoria que van de *Schneck*¹⁸ en 1919 a *Brandenburg* en 1969. Un cuerpo de

15 Véase, por ejemplo, Gunther, Gerald, "Learned hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History", 27 Stan. L. Rev. 719 (1975); "Kalven, Professor Ernst Freund and Debs v. United States", 40 U. Chi. L. Rev. 235 (1973).

16 395 U. S. 444 (1969).

17 *Ibid.*, pp. 447-49.

18 *Schneck v. United States*. 249 U. S. 47 (1919).

doctrina que proteja por completo al orador de la esquina de la calle es, por supuesto, un logro de cierta importancia; las batallas para asegurar esa protección fueron duramente peleadas y su resultado estaba lejos de ser asegurado. *Brandenburg* es una de las bendiciones de nuestra libertad. El problema es, sin embargo, que en la actualidad no hay oradores en las esquinas de las calles y que el edificio doctrinal que, a alguien como Kalven, le parece algo tan glorioso cuando se piensa en el orador de la esquina de la calle resulta en gran parte inadecuado para las condiciones de la sociedad moderna.

En la Tradición ensalzada por Kalven, la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda equivale a la protección de la autonomía, es la coraza alrededor del orador. La teoría que alienta esta protección, y que inspiró a Kalven¹⁹ y con anterioridad a Meiklejohn²⁰, y que es ahora dominante²¹, formula el propósito subyacente a la Primera Enmienda en términos políticos o sociales: el propósito de la libertad de expresión no es la autorrealización individual sino más bien la preservación de la democracia y del derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decidir qué tipo de vida quiere vivir. La autonomía es protegida, no por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva. Permitimos a las personas que hablen para que otras puedan votar. La expresión de opiniones permite a las personas votar inteligente y libremente, conociendo todas las opciones y poseyendo toda la información relevante.

El supuesto crucial en esta teoría es que la protección de la autonomía producirá un debate público que será, para usar una vez más la frase talismán, “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”. La Tradición supone que si se deja a los individuos en paz, libres del brazo amenazador de la policía, surgirá una reflexión completa y equitativa de todas las cuestiones. La premisa es que la autonomía conducirá al enriquecimiento del debate público. Desde la perspectiva del orador de la esquina de la calle, ese supuesto puede parecer lo suficientemente plausible. Pero cuando nuestra perspectiva se traslada, como insisto que se debe hacer, de la esquina de la calle a, por ejemplo, la CBS, este supuesto se vuelve sumamente problemático. La autonomía y el debate público rico —los dos valores de la libertad de expresión— pueden divergir y llegar a ser antagónicos²². Bajo la CBS, la autonomía

19 Kalven, Harry, Jr., “The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment”, *Sup. Ct. Rev.* 191, 1964.

20 Véase Meiklejohn, Alexander, “The First Amendment is an Absolute”, 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245; también Brennan, William, “The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment”, 79 *Harv. L. Rev.* 1 (1965).

21 Véase, por ejemplo, Bollinger, “Free Speech and Intellectual Values”, 92 *Yale L. R.* 438 (1983). La extensión del apoyo está dado por partidarios tan diversos como Kalven y Bork. Véase Bork, Robert, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Ind. L. J.* 1 (1971).

22 Sobre los dos valores de la libertad de expresión, véanse los comentarios del juez Brennan en “Address”, 32 *Rutgers L. Rev.* 173 (1979). Para una opinión influenciada por esta perspectiva, véase *Richmond Newspapers v. Virginia*, 448 U. S. 555, 584-89 (1980) (Brennan, J., concurrente en el fallo). Véase también Blum, Jeffrey M., “The Divisible First Amendment: A Critical Functionalist Approach to Freedom of Speech and Electoral Campaign Spending”, 58 *N. Y. U. L. Rev.* 1273 (1983).

puede ser *insuficiente* para asegurar un debate público rico. Aunque parezca mentira, puede llegar a ser incluso *destructora* de ese objetivo.

Algunos reconocen el cambio de paradigmas, y la obsolescencia de la esquina de la calle, pero no obstante consideran a la CBS como un foro: una esquina de la calle electrónica²³. Ellos demandarían el ingreso a la red como si fuera simplemente otro foro más, e insistirían en que el derecho de ingreso no debería guiarse por la distribución casual de la propiedad. Esta opinión nos acerca más a una comprensión correcta del problema de la libertad de expresión en la sociedad moderna, porque revela cómo la libertad de hablar depende de los recursos de los que uno dispone, y nos recuerda que en estos días se necesita más que una caja vacía, una buena voz y el talento para atraer a una audiencia. Por otro lado, esta opinión es incompleta: ignora el hecho de que la CBS no es sólo un foro, sino también un orador, y por tanto subestima el desafío que el cambio de paradigmas significa para la Tradición recibida. En mi opinión, la CBS es un orador, y en tanto tal, vuelve a la Tradición más problemática. Como orador, la CBS puede reclamar la protección de la autonomía ofrecida por la Tradición, y sin embargo, el ejercicio de esta autonomía puede no enriquecer, sino más bien empobrecer, el debate público y, por consiguiente, frustrar las aspiraciones democráticas de la Tradición.

Al pensar en la CBS como un orador y reclamar para ella el beneficio de la Tradición, presumo que la autonomía protegida por la Tradición no necesita ser confinada a los individuos. Se puede extender a las instituciones. Para Meiklejohn y sus seguidores, la autonomía no es valiosa por lo que significa para el desarrollo (la autorrealización) de una persona, sino más bien por la contribución que hace a nuestra vida política, y esa contribución puede ser hecha tanto por individuos como por organizaciones. El NAACP, el Partido Nazi, la CBS y el First National Bank de Boston tienen el mismo derecho a la autonomía garantizada por la Tradición como un individuo, y no serviría a ningún propósito útil reducir esta idea de la autonomía institucional a la autonomía de los diversos individuos que (en cualquier momento determinado) dirigen, o trabajan dentro de la organización.

Implícita en este compromiso para proteger la autonomía institucional está la idea de que las organizaciones tienen puntos de vista, y que éstos no merecen menos protección de la Primera Enmienda que los puntos de vista de los individuos. El punto de vista de una organización no es reducible a las opiniones de algún individuo particular, sino que es el producto de una compleja interacción entre personalidades individuales, estructuras organizativas internas, el medioambiente en el cual opera la organización, etcétera. El punto de vista de una organización como la CBS o el First National Bank de Boston, puede no tener un perfil tan definido como el de la NAACP o el Partido Nazi (esa es probablemente una de las razones por las cuales pensamos de una red de emisoras como un foro), pero este punto de vista es, sin embargo, real, penetrante, y comunicado casi interminablemente. No

23 Véase, por ejemplo, Barron, Jerome A., *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media*, 1973.

se limita al “Mensaje editorial” anunciado, sino que se extiende también a la emisión de *Love Boat*. En cualquier película o emisión publicitaria común se proyecta una visión del mundo que, a su vez, tiende a definir y a ordenar nuestras opciones y elecciones.

Desde esta perspectiva, la protección de la autonomía de la CBS mediante la regla que prohíba la reglamentación del contenido aparece como algo bueno. La libertad de la CBS para decir lo que quiera puede enriquecer el debate público (entendido de una manera generosa) y, por tanto, contribuir a la satisfacción de las aspiraciones democráticas de la Primera Enmienda. Sin embargo, el problema es que puede funcionar también al revés, porque cuando la CBS añade algo al debate público, también le quita algo. Lo que se dice determina lo que no se dice. La decisión de cubrir la hora de máxima audiencia de la televisión con *Love Boat* implica necesariamente la decisión de no emitir una crítica de la política internacional de Reagan a un documental sobre una de “las grandes cuestiones” de Lindblom en la misma hora. Podemos ver, entonces, que el núcleo para satisfacer los propósitos últimos de la Primera Enmienda no es la autonomía, que tiene una relación sumamente incierta o de doble filo con el debate público, sino más bien el efecto real de una emisión, es decir: ¿Enriquece el debate público en su conjunto? La expresión de opinión se protege cuando (y sólo cuando) así lo hace, y precisamente porque así lo hace, y no porque sea un ejercicio de la autonomía. En efecto, la autonomía no agrega nada, y eventualmente, hasta podría ser sacrificada para asegurar que el debate público sea lo suficientemente rico como para permitir la verdadera autodeterminación colectiva. A lo que se refiere la frase “la libertad de expresión” en la Primera Enmienda es a un estado de cosas social, no a la acción de un individuo o institución.

El peligro en que la autonomía sitúa a la libertad de expresión no se limita a situaciones en que es ejercida por la CBS, o por los otros medios de comunicación, sino que ocurre siempre que la expresión de opiniones se lleva a cabo en condiciones de escasez, es decir, siempre que la oportunidad para la comunicación es limitada. En tales situaciones, una declaración desplazaría necesariamente a otra. En la esquina de la calle, el elemento de escasez tiende a ser enmascarado; cuando pensamos en la esquina de la calle suponemos, por lo general, que cualquier orador tendrá su turno y que la atención de la audiencia es virtualmente ilimitada. Por eso, efectivamente, la historia es tan atractiva. Pero en política, la escasez es la regla y no la excepción. Las oportunidades para hablar tienden a ser limitadas, ya sea por el tiempo o el espacio disponibles para la comunicación, o por nuestra capacidad para asimilar o procesar la información. Esto es claro y obvio en el caso de los medios de comunicación, que juegan un papel decisivo al determinar qué cuestiones son debatidas y cómo son debatidas; pero es verdad también respecto de otros contextos. En un referéndum o en una elección, por ejemplo, tenemos toda la razón para estar preocupados por las campañas publicitarias montadas por los ricos o poderosos porque los recursos a su disposición les capacitan para llenar todo el espacio disponible para el discurso público con sus mensajes. Ejecutar *muzak* por medio de un sistema de amplificación en el paseo de un área comercial llena las mentes de quienes allí se congregan. O piénsese en la compra de libros por una bi-

biblioteca o el diseño de un plan de estudios de una escuela. La decisión de adquirir un libro o de incluir una asignatura supone necesariamente la exclusión de otro.

Por supuesto, si uno tiene una opinión clara acerca de lo que debería incluirse en el debate público, como en el caso de Marcuse²⁴, se tiene una base para determinar si el debate público que resultará del ejercicio de la autonomía permitirá la verdadera autodeterminación colectiva. Una tal línea de partida hace la vida más fácil, pero no es esencial. Aun sin ella, hay razones para estar preocupados por la calidad del discurso público bajo un régimen de autonomía. Porque la protección de la autonomía producirá un debate que tendrá la impronta de aquellas fuerzas que dominan la estructura social. En el mundo de Thomas Jefferson, compuesto por individuos que están en un mismo pie de igualdad, puede no ser ésta una cuestión muy preocupante, porque puede decirse que la estructura social, tanto como el proceso político formal, es en sí misma democrática. Pero hoy tenemos toda la razón para estar preocupados, porque vivimos en un mundo más alejado de la democracia contemplada por Jefferson que del mundo del orador de la esquina de la calle.

El temor que siento con respecto a la distorsión del debate público bajo un régimen de autonomía no está en modo alguno ligado al capitalismo. Surge siempre que el poder social está distribuido desigualmente. El capitalismo es sólo uno de entre muchos sistemas sociales que distribuyen el poder de una manera desigual. Pienso también que es equivocado, aun en un contexto capitalista, reducir el poder social al poder económico y atribuir la distorsión del debate público exclusivamente a factores económicos; las estructuras burocráticas, las personalidades, las divisiones sociales y las normas culturales, todas desempeñan un papel en la configuración del carácter del debate público. Pero pienso que es correcto decir que en una sociedad capitalista la protección de la autonomía producirá, en general, un debate público que es denominado por quienes son económicamente poderosos. El mercado — aun el que opera de un modo suave y eficiente— no asegura que todas las opiniones relevantes serán oídas, sino sólo aquellas que son defendidas por los ricos, por quienes pueden pedir préstamos de otros o por quienes pueden confeccionar un producto que atraerá suficientes anunciantes o suscriptores para mantener la empresa.

La CBS no es un monopolio, y compite con algunas otras redes de emisoras (y medios de comunicación menos poderosos) por atraer la atención del público. El hecho de que los administradores de la CBS se rijan (en algún grado indeterminado) por consideraciones de mercado, en modo alguno reduce el riesgo de que la protección de la autonomía —restringiendo la mano de la policía— pueda impedir el tipo de debate supuesto por la teoría democrática. El mercado mismo es una estructura de restricción que tiende a encauzar, guiar y configurar cómo será ejercida la autonomía. Desde la perspectiva de un debate abierto y libre, la elección entre *Lave Baat* y *Fantasy Island* es trivial. En este aspecto, la CBS y el resto de las emisoras de los medios de comunicación ilustran como ejemplo, no como la excepción, la condición de todos los medios de comunicación en una sociedad capitalista. Es ver-

24 Marcuse, Herbert, "Repressive Tolerance", en *A Critique of Pure Tolerance* 81, 1969.

dad que la CBS y las otras redes informativas operan bajo una autorización del gobierno o en condiciones de una escasez del espectro. Pero los peligros de los que hablo no se limitan a tales casos, porque las distorsiones del debate público surgen de factores sociales antes que de factores legales o técnicos.

Puede ser que los individuos sean más “libres” para poner en marcha un periódico que una emisora de televisión, porque en el último caso necesitan tanto el capital como la autorización del gobierno, mientras que para el primero sólo necesitan el capital. Pero ese hecho no cerrará el vacío entre la autonomía y el debate público, no garantizará que bajo los principios de la autonomía el público escuchará todo lo que debe. Las autorizaciones pueden distorsionar el mercado de un modo especial; pero aun el mercado soñado por los economistas dejará sus improntas en el debate público, y no sólo en las cuestiones que afectan directamente a la existencia continuada del mercado, sino en un campo mucho más amplio de cuestiones (aunque en ellas a menudo es difícil predecir el alcance y la dirección de la desviación). No es sorprendente que tendamos a identificar la Tradición de la libertad de expresión con la protección del “mercado de las ideas”²⁵.

II

El liberalismo clásico supone una dicotomía radical entre Estado y ciudadano. Nos enseña a ser recelosos del Estado e identifica la libertad con un gobierno limitado. La Tradición de la libertad de expresión construye sobre esta visión del mundo cuando reduce la libertad de expresión a la autonomía, y define la autonomía para significar la ausencia de interferencia gubernamental. La desconfianza del liberalismo hacia el Estado está representada por el antagonismo entre la policía y el orador de pie sobre la caja vacía, y por el supuesto de que la policía es el enemigo de la libertad de expresión. Bajo la Tradición recibida, la libertad de expresión se transforma en una de las líneas argumentativas —quizá la única que queda²⁶—

- 25 La metáfora procede del famoso voto particular de Holmes en *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., voto disidente) (“Pero cuando los hombres hayan comprendido que el tiempo ha perturbado muchas creencias militantes, podrán llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos de su propia conducta, que el bien supremo deseado se alcanza mejor a través del libre intercambio de ideas; que la mejor prueba de verdad es el poder del pensamiento para hacerse aceptar en la competencia del mercado...”). Curiosamente, la propia expresión “el mercado de las ideas” es de Brennan. Véase *Lamont v. Postmaster General*, 381 U. S. 301, 308 (1965) (Brennan, J., concurrente). El elemento deliberativo en el pensamiento de Brennan acerca de la Primera Enmienda puede remontarse, en última instancia, a Brandeis quien a menudo se vincula a Holmes, con su uso del test del peligro claro y eminente, pero que de hecho no tenía ninguna simpatía por la metáfora del mercado. Sobre la poética de la Tradición, véase el inspirado ensayo de David Cole, “*Agon at Agora: Creative Misreading in the First Amendment Tradition*”, 95 *Yale L. J.* 857 (1986).
- 26 Véase Coase, Ronald, “*The Market for Goods and the Market for Ideas*”, 64 *Am. Econ. Rev. Proc.* 384 (1974); Director, “*The Parity of the Economic Market Place*”, 7 *J. Law and Econ.* 1 (1964).

de un alegato más general a favor del gobierno limitado. Su atractivo ha sido enormemente realizado por nuestro compromiso histórico con el liberalismo.

Nada de lo dicho pretende destruir la distinción supuesta por el liberalismo clásico entre Estado y ciudadano, o entre lo público y lo privado. En su lugar, al proponer que traslademos nuestra atención de la esquina de la calle a la CBS, quiero sugerir que no estamos tratando con esferas herméticamente cerradas. La CBS no es un actor estatal ni es un ciudadano privado, tiene algo de ambos. La CBS es de propiedad privada y sus empleados no reciben sus sueldos directamente del tesoro público. También es verdad, sin embargo, que la propiedad central de la CBS —la autorización— ha sido creada y conferida por el gobierno. Otorga a la CBS el derecho de excluir a otros de su segmento de ondas. Además, la CBS se beneficia de las ventajas conferidas por el Estado de una manera más general, por ejemplo, a través de las leyes de constitución de sociedades y de tributación. También se puede afirmar que la CBS desempeña una función pública: la educación. La CBS es, pues, un compuesto de lo público y de lo privado. Lo mismo es verdad respecto de los medios de comunicación escritos, como lo es de todas las sociedades, sindicatos, universidades y organizaciones políticas. Hoy, el mundo social está constituido en su mayor parte por entidades que participan tanto de lo público como de lo privado.

El cambio de la esquina de la calle a la CBS nos obliga a reconocer el carácter híbrido de las principales instituciones sociales, y comienza a romper algunas de las dicotomías entre lo público y lo privado presupuestas por el liberalismo clásico. También vuelve inútil el juego clasificatorio de decidir si la CBS es “realmente” privada o “realmente” pública, porque el cambio invita a la reevaluación de los papeles estereotipados representados en el pequeño drama de la Tradición. Ya no se puede identificar al policía con el mal y al ciudadano con el bien. El estado de cosas protegido por la Primera Enmienda puede ser amenazado tan fácilmente por un ciudadano privado como por un organismo del Estado. Una sociedad que opera con capital privado puede constituir una amenaza a la riqueza del debate público tanto como un organismo gubernamental, porque cada uno de ellos está sujeto a restricciones que limitan lo que dice o lo que permitirá decir a los demás. El Estado tiene el monopolio del uso legítimo de la violencia, pero este particular tipo de poder no es necesario para controlar y restringir el debate público. El director de un programa no necesita detener a alguien (legítimamente o no) para tener este efecto, sino tan sólo elegir un programa en lugar de otro; y aunque esta elección no sea completamente libre sino que esté restringida por el mercado, ello no limita la amenaza que supone a la integridad del debate público. Es más bien, la fuente del problema. Todos los así llamados medios de comunicación privados operan dentro de la misma estructura de restricciones, es decir, el mercado, que tiende a restringir y limitar las materias que son aireadas públicamente.

Así como ya no es posible suponer que el sector privado es todo libertad, tampoco podemos seguir suponiendo que el Estado es todo censura. También ésta es una de las lecciones del cambio del orador de la esquina de la calle a la CBS. Nos recuerda que en mundo moderno el Estado puede tanto enriquecer, como empobrecer, el debate público. Puede hacerlo,

en parte, mediante la concesión de subsidios y de otros beneficios. Estoy pensando aquí no tanto en el papel del gobierno al autorizar a la CBS, sino también, y de una manera más significativa, en las asignaciones gubernamentales a la radio y televisión públicas, a las universidades públicas y privadas, a las bibliotecas públicas y a los sistemas educativos públicos. Estas instituciones presentan al público cuestiones y perspectivas que, de otra manera, probablemente serían ignoradas o menospreciadas por las instituciones de propiedad privada y que están restringidas por el mercado. Prestan una enorme contribución al discurso público, y deberían disfrutar de los mismos privilegios que ofrecemos a las instituciones que se asientan en el capital privado (y, por supuesto, deberían estar sujetas a las mismas limitaciones).

También podemos mirar más allá de la concesión de subsidios y considerar si el Estado podría enriquecer el debate público actuando de una manera similar a la policía. La CBS enseña que este tipo de acción gubernamental —una vez más, basada en el contenido— podría ser necesaria para proteger nuestra libertad. El poder de los medios de comunicación para decidir qué se emite debe ser regulado porque, tal como vimos por medio de la comprensión de la dinámica del desplazamiento, este poder tiene siempre un doble canto: sustrae algo del debate público al mismo tiempo que le agrega otra cosa. De un modo similar, los gastos de los actores políticos podrían ser limitados para asegurar que todas las opiniones sean oídas. Hasta la fecha, hemos reconocido, de una manera ambivalente, el valor de este tipo de reglamentación estatal en nombre de la libertad de expresión; tenemos una doctrina de la equidad para los medios radiofónicos y leyes que limitan la financiación de las campañas electorales. Pero estas medidas regulativas son atacadas actualmente, y, en cualquier caso, necesitamos más, y no menos. También debería haber leyes que obligasen a los propietarios de los nuevos foros públicos —los centros comerciales— a permitir el ingreso de quienes distribuyen propaganda política. Un compromiso para enriquecer el debate público permitirá, y a veces incluso requerirá, que el Estado actúe de esta manera, a pesar de lo elemental y represivo que pudiera parecer a primera vista. La autonomía será sacrificada, y en ocasiones se permitirá la reglamentación del contenido, pero sólo bajo el supuesto de que el debate público podría enriquecer e incrementar nuestra capacidad de autodeterminación colectiva. Los riesgos de este enfoque no pueden ser ignorados, y por momentos pueden parecer alarmantes, pero sólo podemos comenzar a evaluarlos cuando pongamos en la balanza el coste oculto de un régimen ilimitado de autonomía.

En el núcleo de mi enfoque está la creencia de que la estructura social contemporánea es tan enemiga de la libertad de expresión como lo es el policía. Alguien podría pasar de esta premisa a un ataque sobre la estructura social misma: las concentraciones de poder deberían ser atomizadas y esparcidas de una manera que le habría gustado a Jefferson. Un enfoque tal propone un remedio que va directamente a las fuentes del problema, pero como una cuestión social o legal y quizás incluso como una cuestión ética, seguramente está más allá de nuestro alcance. La Primera Enmienda no requiere una revolución. Puede exigir, sin embargo, un cambio de nuestra actitud acerca del Estado. Deberíamos aprender a ver en el Estado no sólo a un enemigo, sino también a un amigo de la libertad de expresión; como

cualquier actor social tiene el potencial para actuar en ambas direcciones, usando el enriquecimiento del debate público como una piedra de toque, debemos comenzar a discriminar entre ellas. Cuando el Estado actúa para mejorar la calidad del debate público deberíamos admitir que sus acciones son consistentes con la Primera Enmienda. Además, cuando en ocasiones no lo hace, podemos pedir con confianza al Estado que actúe de aquel modo. El deber del Estado es preservar la integridad del debate público —básicamente de la misma manera que un gran profesor—, sin inculcar, sin fomentar la “Verdad”, sino salvaguardando las condiciones para una verdadera y libre autodeterminación colectiva. Debería actuar constantemente para corregir las distorsiones de la estructura social, aunque sólo sea para garantizar que el *statu quo* se acepta porque creemos que es el mejor, no porque es lo único que conocemos o que nos está permitido conocer.

Se podría preguntar si el (vacilante) enfoque estructural que defiende representa realmente una ruptura con la Tradición de la libertad de expresión, dado que también dentro de la Tradición pueden encontrarse algunos vestigios de una actitud cordial hacia el Estado. Uno es *Red Lion* que mantuvo la doctrina de la equidad y la reglamentación del contenido para un orador como la CBS²⁷. Esta decisión no se ajusta al conjunto de la estructura de la Tradición tomada como un todo y nunca ha sido suficientemente racionalizada. Ha sido algo curioso, excusada, pero nunca justificada, sobre la base de que las emisoras están autorizadas por el gobierno. Nunca se desarrolló, como lo podría haber hecho un precedente adecuadamente justificado, para permitir al Estado imponer una obligación de equidad similar a los periódicos, o permitir que la doctrina de la equidad y todo lo que ello implica se vuelva obligatorio en lugar de meramente permitido. No carece de importancia para mí que Kalven (y un cierto número de los otros investigadores de la Primera Enmienda que trabajan dentro de la Tradición) firmaran escritos en *Red Lion* a favor de los medios de comunicación²⁸. Hay, sin embargo, otro aspecto de la doctrina de la Primera Enmienda que muestra una actitud cordial hacia el Estado y que está más firmemente atrincherado, y más adecuadamente justificado. Me estoy refiriendo ahora a lo que Kalven llamó el “veto del reventador de mítines” (*heckler’s veto*)²⁹.

Esta doctrina tiene sus raíces en el voto disidente del juez Black en *Feiner v. New York*³⁰, pero ahora es una parte aceptada de la Tradición. Reconoce que cuando una muchedumbre es provocada por un orador y pone en peligro el orden público amenazando al orador, la policía debe actuar para preservar la oportunidad de hablar de ese individuo. El deber del policía es reprimir a la muchedumbre. En esos casos, se aprueba una decidida acción del Estado, y la doctrina del veto del reventador de mítines podría aparecer entonces como una

27 *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U. S. 367 (1969).

28 Entre ellos, Archibald Cox y Herbert Wechsler (el abogado de la *New York Times* en *New York Times Co. v. Sullivan*). Véase Brief for Respondents Radio Television News Directors Ass’n y Brief for Respondent Columbia Broadcasting System, en *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U. S. 367 (1967).

29 Kalven, Harry, Jr., *The Negro and the First Amendment*, 140-145 (1965).

30 340 U. S. 315 (1951).

cuña abierta a favor de mi demanda de una inversión de nuestras suposiciones comunes acerca del Estado, pero una que permitiera a la Corte funcionar dentro de la Tradición. Viendo las cosas más de cerca, sin embargo, me parece que esto es un espejismo y que se requiere una ruptura más radical con el pasado.

Primero, el veto del reventador de mítines no requiere un abandono del punto de vista de que la libertad de expresión es autonomía, pero explica que la intervención del Estado es necesaria para hacer que la autonomía del orador sea “real” o “efectiva”. A la persona de pie sobre la caja vacía se le debería dar una oportunidad real de hablar. Por el contrario, el enfoque que estoy defendiendo no se preocupa por la autonomía del orador, real o efectiva, sino por la calidad del debate público. Se orienta hacia los oyentes. La intervención se basa en un deseo de enriquecer el debate público, y aunque el concepto de autonomía “real” o “efectiva” puede ampliarse tanto como para abrazar toda la extensión de las intervenciones necesarias para enriquecer el debate público, la calidad manipuladora de una estrategia tal pronto llegará a ser aparente, una vez que la extensión y la penetración de la intervención sea conocida. También resulta difícil ver qué se gana con una estrategia semejante: la autonomía, en su versión exagerada, se mantendría como un valor central, pero hay que señalar que mientras en la Tradición aceptada operaba como una respuesta a la intervención del gobierno, bajo esta estrategia serviría como una justificación de una tal intervención. La autonomía se salvaría, pero se le daría un uso diferente.

Segundo, aunque la doctrina del veto del reventador de mítines aprueba el fuerte brazo de la ley, lo hace tan sólo en raras ocasiones, cuando la violencia está a punto de estallar, y sólo para alejar la acción de la policía del orador y dirigirla hacia la muchedumbre. La regla general es que el Estado no debería intervenir; y cuando tiene que hacerlo, la intervención debe estar dirigida a alguien que no sea el orador. Por el contrario, la perspectiva estructural contempla la intervención del Estado sobre una base más regular y sistemática. Un ejemplo central de tal intervención es, una vez más, la doctrina de la equidad, un conjunto variado y elaborado de reglamentos y arreglos institucionales que se han desarrollado durante décadas. Otras instancias de este tipo de intervención pueden encontrarse en las leyes federales y estatales que regulan los gastos y las contribuciones a las campañas electorales, o en las leyes de algunos Estados que establecen el ingreso a los centros comerciales de propiedad privada para actividades políticas. Estas leyes suponen una forma de intervención estatal que es más regular y más penetrante que la contemplada por la detención ocasional del reventador de mítines.

Tercero, cuando el policía detiene a los reventadores de un mitin, parece que no se pone en peligro ningún interés significativo. Por cierto, el gobierno está interfiriendo con la libertad de los reventadores del mitin, pero ellos no son objeto de mucha simpatía. Los reventadores de mítines son obstruccionistas que no están transmitiendo una idea sino más

bien impidiendo que otro lo haga. Son definidos, bidimensionalmente, como personas que se niegan a respetar los derechos de otros. Sí, tendrán su oportunidad de hablar de pie sobre la caja vacía, si eso es lo que quieren; pero deben esperar su turno. Parece ser una cuestión de tiempo. Pero las leyes que han dividido a la Suprema Corte en la pasada década y que la perspectiva estructural busca defender, ponen en peligro intereses más sustanciales que aquellos representados por los reventadores de mítines.

Por lo menos, las leyes en cuestión suponen comprometer los derechos que a menudo creemos que van juntos con la propiedad privada; es decir, el derecho a excluir a otros de un predio que es suyo o de usar el dinero que gana de la manera que considera adecuada. En algunos casos, está en juego aún más: la libertad de expresión misma. Las leyes en cuestión amenazan la libertad de un individuo o de una institución de decir lo que quiera, y de hacerlo precisamente debido al contenido de lo que se está diciendo. Una rama de la doctrina de la equidad requiere de una red informativa que cubra las “cuestiones públicas”, otra exige una “presentación equilibrada”. En ambos casos, se requiere de un juicio de un organismo gubernamental acerca de lo que constituye una “cuestión pública” y de si la presentación es “equilibrada”. Se debe prestar atención, necesariamente, a lo que se está diciendo y a lo que no se dice. De una manera similar, las leyes que regulan los gastos políticos para impedir que los ricos dominen completamente el debate también requieren de algún juicio acerca de qué opiniones deben ser oídas. Lo mismo es verdad incluso si el Estado actúa mediante estrategias positivas, como cuando concede subsidios a los candidatos, compra libros o diseña un currículum.

Desde la perspectiva de la autonomía, estos peligros son especialmente preocupantes y presentan lo que quizá sea una razón decisiva contra la intervención. Sin embargo, aun si cambiamos la perspectiva y sustituimos el debate público fecundo por la autonomía como el valor decisivo de la Primera Enmienda, hay buenas razones para estar preocupados, y ello en un grado mayor de lo que lo estamos cuando el reventador de un mitin es silenciado. El propósito explícito que persigue la intervención del gobierno y la reglamentación del contenido podría ser enriquecer el debate, pero podría tener precisamente el efecto contrario. Podría tender a reducir las alternativas y la información disponibles al público y agravar, por tanto, la distorsión del debate causado por la estructura social. En efecto, hay buenas razones para sospechar que esto podría ocurrir, porque, como sugiere la idea de la circularidad de Lindblom, es tan probable que la estructura social deje su impronta sobre la acción del gobierno (especialmente la de carácter administrativo o legislativo) como deja su marca sobre la calidad del debate público.

La presencia de estos peligros es suficiente para distinguir el enfoque que estoy defendiendo, del veto de reventador de mítines y de la Tradición general de la que forma parte, pero todavía queda la pregunta —quizá la última— de si estos peligros son suficientes para rechazar la perspectiva estructural en su conjunto y volver a la Tradición aceptada y a la protección de la autonomía. ¿Son peligros simplemente demasiado grandes? Cuando la inter-

vención gubernamental amenaza lo que puede ser considerado un valor común, ejemplificado por la interferencia con los derechos de propiedad, la respuesta parece ser claramente “no”. La libertad de expresión no es un lujo. Se requieren sacrificios, y aunque hay límites al sacrificio (como afirmó el juez Jackson, la Constitución no es “un pacto suicida”)³¹, la libertad de expresión está vinculada tan estrechamente al núcleo de nuestra estructura constitucional que justifica inclinar la balanza a su favor. Desde esta perspectiva, el estructuralista puede adoptar confiadamente el proceso de equilibrio ponderado usado por los progresistas para proteger la expresión de opiniones en aras de la autonomía. Tradicionalmente, una expresión de opinión es protegida incluso si causa inconvenientes, una aglomeración, etcétera; y no veo la razón de por qué la misma regla no podría ser aplicada para fomentar el debate público, donde el Estado aparece como un amigo en lugar de cómo un enemigo de la libertad de expresión.

Esta perspectiva podría ser útil en una serie de casos que paralizaron a la Corte en los años setenta. Una ley que establece el ingreso a un centro comercial puede interferir con los derechos de propiedad de los dueños y causar una pérdida de ventas (alejando a quienes no les gusta ser molestados por cuestiones políticas), pero puede ser que aquellos intereses tengan que ser sacrificados para poder satisfacer las aspiraciones democráticas que subyacen a la Primera Enmienda. Para usar una de las expresiones que inspiraron a los progresistas de las décadas de los cincuenta y sesenta y que dieron a la Tradición mucha de su vitalidad, la libertad de expresión es una “libertad preferente”³². La única diferencia es que bajo la perspectiva estructural, el enriquecimiento del debate público es sustituido por la protección de la autonomía, y la libertad de expresión opera más como una justificación que como un límite a la acción del Estado. Se usa el mismo proceso de equilibrio ponderado, con la jerarquía de valores que ello implica, aunque la concepción tradicional de las relaciones entre el Estado y la libertad se invierte. Sin embargo, la noción de “libertades preferentes” o de equilibrio ponderado es de poca ayuda cuando los intereses sacrificados o amenazados por la acción del gobierno no son “comunes”, como la oportunidad o los costes, sino que también están basados en la Primera Enmienda. En este caso, para decirlo de alguna manera, la Primera Enmienda aparece en ambos lados de la ecuación. El Estado puede estar buscando enriquecer el debate público, pero de hecho puede estar empobreciéndolo.

Este peligro está presente en la doctrina de la equidad y eso es —y no el discurso acerca de la violación de la autonomía institucional— lo que la vuelve tan problemática. Esa doctrina busca aumentar el debate público obligando a las emisoras a cubrir los acontecimientos públicos y a presentar todos los aspectos de una cuestión, pero simultáneamente restringe el debate impidiendo a los medios de comunicación decir lo que de otra manera podrían

31 *Terminiello v. Chicago*, 337 U. S. L. 37 (1949) (Jackson, J., voto disidente), (“[S]i la Corte no mitiga su lógica doctrinaria con un poco de sabiduría práctica, convertirá el *Bill of Rights* constitucional en un pacto suicida”).

32 Véase McKay, Robert, “The Preference for Freedom”, 34 N. Y. U. L. Rev. 1182 (1959).

decir (en respuesta a las presiones del mercado o para apoyar las opiniones políticas de sus administradores o patrocinadores financieros, etcétera). La esperanza es que así se enriquecerá el debate público, pero se teme que podría funcionar en la dirección opuesta, sea directamente, al obligar a las redes informativas a cubrir cuestiones que no son importantes, o indirectamente, disuadiéndolas de tomar riesgos y socavando las normas de la independencia profesional. También las leyes federales y estatales que restringen los gastos políticos de los ricos y de las grandes empresas podrían ser contraproducentes. Estas leyes buscan aumentar el debate público permitiendo que todo ese espectro de voces sea oído, asegurando que también las ideas de los menos ricos sean oídas. Pero, al mismo tiempo, estas leyes pueden ser la causa de una corrección excesiva, distorsionando el debate a favor de una opinión o posición determinada, y de esta manera violar las aspiraciones democráticas de la Primera Enmienda.

No creo que este peligro de efectos contraproducentes de la Primera Enmienda surja en cada caso concreto de intervención estatal para aumentar el debate público, como resulta evidente de mi discusión de los casos de los centros comerciales (dejo aquí de lado el desplazamiento de *muzak* por las canciones de protesta). Sin embargo, dado que creo que la escasez no es la excepción, sino la regla en el discurso político, y que en tales situaciones cada acto comunicativo desplaza a otro, debo reconocer que este peligro del efecto contraproducente está casi siempre presente. Reconozco también que es verdaderamente un peligro muy real porque, como nos enseña Lindblom, el Estado no es autónomo. Nos dirigimos a él porque es la única esperanza, el único medio para corregir la influencia distorsionadora de la estructura social sobre el debate público; y, sin embargo, hay muchas razones para temer que el Estado no sea tan “público” como aparenta, sino que de hecho esté bajo el control de las mismas fuerzas que dominan la estructura social. En verdad, elegí la CBS (en vez de, digamos, el centro comercial) como el nuevo paradigma, e insistí que fuera considerado como un orador (en lugar de un foro) con el objeto de subrayar, en vez de minimizar, el carácter problemático de la intervención estatal. El ejemplo de la CBS vuelve dudosa la Tradición recibida, pero actúa también como un recordatorio doloroso para el estructuralista de que cada vez que el Estado agrega algo al debate público también está sacando algo. La esperanza contra toda esperanza es que, en última instancia, el resultado final sea mejor que bajo un régimen de autonomía.

La carga de la defensa contra el peligro de los efectos contraproducentes de la Primera Enmienda recaerá en gran parte en la judicatura. Los jueces son los últimos custodios de los valores constitucionales y, debido a los arreglos institucionales que gobiernan su mandato y sus sueldos y a las normas profesionales que los aíslan de la política probablemente son más independientes de las fuerzas que dominan la estructura social contemporánea (el mercado) que cualquier otro funcionario público. La carga de proteger la Primera Enmienda es suya, y bajo la perspectiva estructural es probable que sea una carga acuciante. Los jueces están acostumbrados a sopesar valores en conflicto, pero aquí el conflicto es especialmente difícil porque los valores parecen ser de similar importancia y carácter. No podemos insistir ca-

sualmente en que los tribunales permitan a los organismos políticos experimentar a arriesgarse, como lo hacemos cuando está en juego algo como la eficiencia productiva o la oportunidad administrativa, porque los daños que se sufrirán son cualitativamente iguales a los beneficios que se obtendrán. Ni podemos consolarnos con las doctrinas de deferencia que generalmente piden que los tribunales respeten las prerrogativas de los organismos legislativos o administrativos. Estos organismos pueden estar tan cautivos de las fuerzas que dominan la estructura social como el discurso público mismo. Y no veo más razones en este contexto que en el área de la discriminación³³ para volver a una tesis que subraye los motivos o la “buena fe” de los organismos estatales involucrados. Desde el punto de vista de la democracia, lo que importa no es lo que el organismo está tratando de hacer sino lo que de *facto* ha hecho. Para valorar la validez de la intervención estatal, el tribunal fiscalizador debe preguntarse, directa e inequívocamente, si la intervención de hecho enriquece en lugar de empobrecer el debate público.

Esta no es una cuestión fácil, especialmente cuando tenemos que actuar sin la guía de Marcuse con respecto a los tipos de opiniones que deben ser permitidas en una democracia. Las aspiraciones democráticas de la Primera Enmienda requieren debates vigorosos acerca de cuestiones de importancia pública, y en tanto que, demandan normas de procedimiento, que son traicionadas tanto por la imposición de resultados particulares como por el fracaso para asegurar las condiciones que dan sentido al debate. Sin embargo, al elaborar las normas necesarias, podemos encontrar ayuda en la vieja idea de que es más fácil identificar una injusticia que explicar qué es la justicia. En el ámbito racial³⁴, hemos procedido de esta forma negativa, tratando de identificar efectos no permisibles (“poner grupos en desventaja”, “impacto desproporcionado”, etcétera), sin un compromiso hacia un estado resultante particular. Supongo que así es como debemos proceder también en el dominio de la Primera Enmienda. En efecto, las nociones de “ahogo”³⁵ o “dominación”³⁶ usadas por el juez White en diversas ocasiones para explicar cómo el poder económico o social, en un régimen de autonomía, puede distorsionar el debate público me parecen ser gestos en esa misma dirección. Son, por supuesto, sólo un comienzo, y quizá uno pequeño, y no deberíamos tener ninguna ilusión acerca de cuán grande y cuán difícil será el camino.

Sin embargo, ser realista no es lo mismo que ser pesimista, y en estas cuestiones tiendo a ser optimista. Creo en la razón, y en los métodos deliberados y paulatinos del derecho. Los tribunales no están más incapacitados para darle contenido a la idea de enriquecimiento del debate público que a cualquier otra (incluida la autonomía). Me apoya también mi creencia en la importancia —no, en la urgencia— del viaje que el estructuralista nos invita a

33 Véase Fiss, Owen, “Inappropriateness of the Intent Test in Equal Protection Cases”, 74 F. R. D. 276 (1977) (comentario presentado en la Annual Judicial Conference, Second Judicial Circuit, de los Estados Unidos, 11 de septiembre, 1976).

34 Véase Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976).

35 *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U. S. 367, 387 (1969).

36 *First Nat’l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U. S. 765, 809-12 (1978) (White, J., voto disidente).

realizar. A menos que detengamos la evocación ya bastante fastidiosa de la fórmula de Brennan, y comencemos a explicar precisamente qué queremos decir cuando hablamos de un debate que es “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”, y a valorar diversas intervenciones y estrategias a la luz de su contribución a ese fin, nunca estableceremos la precondición efectiva de una verdadera democracia.

III

No espero que todos compartan mi optimismo. Puedo entender a quien reconozca que la estructura social y la protección de la autonomía pueden distorsionar el debate público, pero cree (por alguna razón) que las indagaciones reclamadas por otro enfoque son demasiado difíciles o demasiado peligrosas. Discutiría esa posición, pero la entendería. Sería un reconocimiento de la condición trágica en la que vivimos: sabemos qué exige la libertad, pero nos parece demasiado difícil o demasiado peligroso actuar en su favor. Pero esa no ha sido la posición del bloque mayoritario de la Corte Burger en los casos de libertad de expresión en la década de los setenta, y por eso creo que conviene una reacción más enérgica que el mero disenso. Por ejemplo, la Corte no presentó su decisión para invalidar la ley de Massachusetts que limitaba los gastos políticos societarios como una tragedia, donde, por un lado, reconocía que la “dominación” descrita por White puede interferir con los valores de la Primera Enmienda pero, por el otro, explicaba que puede ser demasiado peligroso o demasiado difícil aun considerar la posibilidad de medidas correctivas por parte del Estado. En su lugar, el juez Powell anunció la decisión de la Corte como una reivindicación completa y triunfante de los valores de la Primera Enmienda. Es esta actitud, sobre todo, la que me parece más preocupante y me ha llevado a sospechar que la fuente real del problema no son los jueces, sino la Tradición.

Algunos de los jueces han reconocido la divergencia entre autonomía y debate público y estuvieron dispuestos a honrar y aumentar el valor del debate público a expensas de la autonomía. De vez en cuando, están dispuestos a trabajar de una manera paciente y disciplinada para asegurar que la intervención en cuestión efectivamente enriquecerá, y no empobrecerá, el debate. En sus mejores momentos, prestan atención a cuestiones de diseño institucional y al peligro de los efectos contraproducentes de la Primera Enmienda. Estoy pensando aquí especialmente en los jueces White y Brennan, aunque a veces también ellos tropiezan bajo el peso de la Tradición. El método de la mayoría dominante, mejor tipificado quizás en el trabajo del juez Powell, pero de ninguna manera limitado a él, sin embargo, es de un carácter absolutamente diferente. Para ellos, está en juego únicamente la autonomía, como si estuviéramos de vuelta en la esquina de la calle, y la función de la Primera Enmienda simplemente fuera detener al policía. Su método es la Tradición.

Una parte de este método consiste en ver una amenaza a la autonomía cada vez que el Estado actúa de una manera reglamentista. Por ejemplo, Powell temía que una ley que per-

mitiera el ingreso a un centro comercial pudiera comprometer el derecho a la libertad de expresión de los propietarios³⁷; si la Enmienda Decimocuarta no establece los *Social Statics* del señor Herbert Spencer, quizá lo haga la Primera Enmienda. La autonomía de los propietarios se verá comprometida, argumentó el juez Powell, porque hay un riesgo de que las opiniones de los activistas políticos les sean atribuidas a ellos. Enfrentado con el hecho de que los activistas obtuvieron el derecho de ingreso por la fuerza de la ley y bajo condiciones que ofrecen el ingreso a todos, y que, en cualquier caso, los propietarios podrían protegerse contra el riesgo de esa atribución poniendo carteles negando su apoyo a las opiniones expuestas, el juez Powell llevó su búsqueda de la autonomía a un nivel aún más absurdo. Insistió que estar obligado a oponerse podría ser en sí mismo una violación de la autonomía garantizada por la Primera Enmienda³⁸. (Por alguna extraña razón, el juez White se adhirió a esta opinión).

Otra parte del método de la mayoría prevalente consiste en tratar la autonomía como un valor casi absoluto y como el único valor de la Primera Enmienda. El enriquecimiento del debate público sería un deseable efecto secundario de un régimen de autonomía (también citan la fórmula de Brennan), pero lo que la Primera Enmienda ordena es la protección de la autonomía —individual o institucional—, y si esa protección no enriquece el debate público, o lo distorsiona de alguna manera, así tiene que ser. Por cierto, la doctrina de la equidad es tolerada, pero principalmente debido al respeto por el precedente o a una deferencia frente a la voluntad legislativa o administrativa, y se la distingue por razones bastante fatuas. La Corte ha dejado claro que la FCC es libre para abandonarla, y, en cualquier caso, la doctrina y la reglamentación del contenido implicada por ella no deben ser extendidas a los medios impresos (y presumiblemente tampoco a otros medios electrónicos que no requieran una asignación del espectro electromagnético escaso). Las limitaciones sobre las contribuciones financieras a los candidatos se permiten, una vez más, por deferencia frente al precedente, y como un medio para limitar la corrupción; pero la limitación sobre los gastos es invalidada, en tanto interferencia con la autonomía supuestamente garantizada por la Primera Enmienda. Estas son las decisiones que otorgaron a los años setenta su carácter especial. Reflejando el pleno poder de la Tradición recibida, una y otra vez, la Corte declaró: “[E]l concepto de que el gobierno puede restringir la libertad de expresión de algunos elementos de nuestra sociedad con el objeto de realizar la voz relativa de otros es completamente ajena a la Primera Enmienda...”³⁹

La autonomía es una idea que está especialmente dirigida contra la actuación estatal reglamentista; es la coraza contra la policía: Cuando el Estado actúa de una manera positiva, por ejemplo, a través de la concesión de subsidios o beneficios, la Tradición no tiene mucho

37 *Prune Yard Shopping Center v. Robins*, 447 U. S. 74, 96-101 (1980) (Powell, J., concurrente en parte y en el fallo).

38 *Ibid.*, p. 99.

39 Véase, por ejemplo, *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U. S. 765, 790-91 (1978) (citando *Buckley v. Valeo*, 424 U. S. 1, 48-49 (1976)).

que decir. Consiguientemente, durante el mismo período, la Corte Burger —en mi opinión, afortunadamente— ha sido más tolerante respecto de tales intervenciones estatales, pero esa tolerancia fue obtenida pagando el precio de la coherencia. La Corte no tiene pautas que guíen sus decisiones. En lugar de preguntar si la acción en cuestión enriquece el debate, los jueces trataron de reformular la cuestión en términos de la Tradición recibida. En un caso sobre la biblioteca de una escuela, el juez Brennan se vio obligado a transformar la censura —un intento transparente por reducir el debate— en una restricción de la autonomía y una violación de la regla contra la reglamentación del contenido⁴⁰. Esto le llevó a realizar una distinción insostenible entre la remoción y la adquisición de libros, y a considerar los motivos de la dirección de la escuela; un tipo de indagación que, como demostró en otros contextos, no le gusta. Aún así, no logró conseguir una mayoría.

En este caso, y en otros que involucraron al Estado en alguna de sus funciones diferentes a la de policía, Brennan y sus aliados se enfrentaron al diseño estridente del juez Rehnquist, quien distinguió explícitamente cuando el Estado actúa como soberano (policía) y cuando actúa en otras funciones (por ejemplo, como educador, empleador, financiero)⁴¹. Para esta última categoría, Rehnquist argumentó a favor de una pauta que deja al Estado con una discreción casi total. En este sentido, habla también en nombre de otros; y en un caso⁴², se aseguró una mayoría y escribió la opinión prevalente (a la que adhirió Brennan, hecho que más tarde lamentó⁴³). Sin embargo, me parece que lo que la Primera Enmienda requiere en estos casos no es la indiferencia, sino un compromiso por parte de la Corte de hacer todo lo que le sea posible hacer para apoyar y alentar al Estado en sus esfuerzos por enriquecer el debate público, y por eliminar aquellas restricciones a sus programas de subsidios que restringirían y estrecharían el debate público, y si es necesario, hasta obligar al Estado a continuar y a emprender programas que enriquecen el debate⁴⁴. El problema de los remedios, y los límites de la competencia institucional pueden, en última instancia, motivar a los jueces —incluso a uno tan fuerte en su concepción del cargo como Brennan— a retroceder ante una tarea tan ambiciosa, pero esta falta de coraje, o ejercicio de prudencia, debe ser reconocido por lo que es: un compromiso, y no una reivindicación de la Primera Enmienda y de sus aspiraciones democráticas más profundas.

Cuando se trata de subsidios, la Corte permite al Estado actuar; la Corte si divide, y las opiniones son incoherentes, pero no se considera a la Primera Enmienda como obstáculo para la acción del Estado. Pero cuando se enfrenta a medidas reglamentistas, tales como topes o límites a los gastos políticos, la Corte ve una amenaza a la autonomía tal como es definida por la Tradición y reacciona de una manera mucho más directa y mucho más res-

40 Board of Educ. v. Pico, 457 U. S. 853 (1982).

41 *Ibid.*, en 908-910 (Rehnquist, J., voto disidente).

42 Regan v. Taxation Whith Representation of Washington, 461 U. S. 540 (1983).

43 Véase FCC v. League of Women Voters, 104 S. Ct. 3106, 3128 (1984).

44 Véase Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm, 412 U. S. 94, 170-204 (1973) (Brennan, J., voto disidente).

tringida: el Estado es detenido. Al reaccionar de ese modo, los jueces expresan la Tradición, a nuestro antiguo compromiso con los principios del liberalismo clásico y a su alegato a favor de un gobierno limitado. También expresan la atmósfera política actual que se define por su hostilidad hacia el Estado activista. Hoy, la abolición de la doctrina de la equidad puede ser disimulada tan sólo como un caso más de “desregulación”⁴⁵. Me parece, sin embargo, que hay mucho que lamentar en esta posición de la Corte y en la Tradición sobre la que se apoya.

La Tradición recibida presupone un mundo que ya no existe y que ya no podemos resucitar: un mundo donde el principal foro político es la esquina de la calle. La Tradición ignora las múltiples maneras sobre cómo el Estado participa en la construcción de todo lo social y cómo la estructura social contemporánea sesgará, si se la deja librada a sí misma, el debate público. También hace que las elecciones a las que nos enfrentamos parezcan demasiado fáciles. La Tradición recibida no tiene en cuenta el hecho de que para servir al propósito último de la Primera Enmienda, a veces nos puede parecer necesario “restringir la libertad de expresión de algunos elementos de nuestra sociedad con el objeto de realzar la voz relativa de otros”, y, que, a menos que la Corte permita y a veces incluso exija, que el Estado así lo haga, nosotros como pueblo nunca seremos verdaderamente libres.

Bibliografía

- Abrams v. United States. 250 U. S. 616, 630 (1919).
- Barron, Jerome A., *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media*, 1973.
- Blum, Jeffrey M., “The Divisible First Amendment: A Critical Functionalist Approach to Freedom of Speech and Electoral Campaign Spending”, 58 N. Y. U. L. Rev. 1273 (1983).
- Board of Educ. v. Pico, 457 U. S. 853 (1982).
- Bollinger, “Free Speech and Intellectual Values”, 92 Yale L. R. 438 (1983).
- Bork, Robert, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 Ind. L. J. 1 (1971).
- Buckley v. Valeo, 424 U. S. 1 (1976).
- Coase, Ronald, “The Market for Goods and the Market for Ideas”, 64 Am. Econ. Rev. Proc. 384 (1974); Director, “The Parity of the Economic Market Place”, 7 J. Law and Econ. 1 (1964).

45 Para la crítica actual a la doctrina de la equidad, véase In re Inquiry into Section 73-1910 of the Commission’s Rules and Regulations Concerning the General Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees, 102 FCC 2d 143 (1985), *apelación pendiente en la Court of Appeals for the District of Columbia sub nom.* Radio-Television News Directors Ass’n v. FCC, n° 85-1691.

- Cole, David, "Agon at Agora: Creative Misreading in the First Amendment Tradition", 95 Yale L. J. 857 (1986).
- Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm., 412 U. S. 94 (1973).
- Dorsen & Gora, "Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances", Sup. Ct. Rev. 195, 1982.
- Eliot, Thomas Stearns, "Tradition and the Individual Talent", en *Selected Prose of T. S. Eliot* 37 (1975) (publicado primero en 1919).
- FCC v. League of Women Voters, 104 S. Ct. 3106, 3128 (1984).
- First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 765 (1978).
- Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", 5 Phil. & Pub. Aff. 107 (1976).
- , "Inappropriateness of the Intent Test in Equal Protection Cases", 74 F. R. D. 276 (1977).
- Gunther, Gerald, "Learned hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History", 27 Stan. L. Rev. 719 (1975); "Kalven, Professor Ernst Freund and Debs v. United States", 40 U. Chi. L. Rev. 235 (1973).
- Kalven, Harry, Jr., *A Worthy Tradition*, Harper & Row Pub, Nueva York, 1988. Al momento de escribir estas páginas, el manuscrito está en posesión tanto de Jamie Kalven como mía.
- , "The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment", Sup. Ct. Rev. 191, 1964.
- , *The Negro and the First Amendment*, 140-145 (1965).
- Lamont v. Postmaster General, 381 U. S. 301, 308 (1965)
- Ley de Reforma de las campañas electorales federales de 1974, Pub. L. N°. 93-443, 88 Stat. 1263 (codificado en 2 U. S. C. p/431-434, 437-439, 453, 455; 5 U. S. C. p/1501-1503; 26 U. S. C. p/2766, 6012, 9001-9012, 9031-9042 (1982).
- Lindblom, C. E., *Politics and Markets: The World's Political Economic Systems*, 1977.
- Llewellyn, K., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, 1960.
- Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U. S. 551 (1972).
- Marcuse, Herbert, "Repressive Tolerance", en *A Critique of Pure Tolerance* 81, 1969.
- McKay, Robert, "The Preference for Freedom", 34 N. Y. U. L. Rev. 1182 (1959).
- Meiklejohn, Alexander, "The First Amendment is an Absolute", 1961.
- Brennan, William, "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment", 79 Harv. L. Rev. 1 (1965).
- Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241 (1974).
- New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254, 270 (1964).
- Prune Yard Shopping Center v. Robins, 447 U. S. 74, 96-101 (1980).
- Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U. S. 367, 387 (1969).
- Regan v. Taxation With Representation of Washington, 461 U. S. 540 (1983).
- Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U. S. 555, 584-89 (1980).
- San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U. S. 1 (1973).

Schneck v. United States, 249 U. S. 47 (1919).

Terminiello v. Chicago, 337 U. S. L, 37 (1949).