LIBERTAD DE EXPRESIÓN ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN

Ensayos en homenaje a Owen Fiss

Esteban Restrepo Saldarriaga
(Compilador)

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Libertad de expresión entre tradición y renovación: ensayos en homenaje a Owen Fiss / Esteban Restrepo Saldarriaga, compilador. -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2013.
302 pp.; 17 x 24 cm

Otros autores: Dieter Grimm, Roberto Gargarella, Henrik López Sterup, Vicki C. Jackson, Helena Alviar García, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Alejandro Madrazo Lajous.

ISBN 978-958-695-897-4

1. Fiss, Owen M. 2. Libertad de palabra I. Fiss, Owen M. II. Restrepo Saldarriaga, Esteban III. Grimm, Dieter, 1937- IV. Gargarella, Roberto, 1964- V. López Sterup, Henrik VI. Jackson, Vicki C. VII. Alviar García, Helena VIII. Jaramillo Sierra, Isabel Cristina IX. Madrazo Lajous, Alejandro X. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho

CDD 342.0853 SBUA

Primera edición: julio de 2013

© Esteban Restrepo Saldarriaga

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Carrera 1.ª núm. 19-27, edificio Aulas 6, piso 2
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-695-897-4

Corrección de estilo: David González
Diagramación interior: Andrea Rincón
Diseño de cubierta: Alejandro Ospina
Diagramación cubierta: Leonardo Cuéllar
Foto de cubierta: Harold Shapiro

Impresión:
Editorial Kimpres Ltda.
Calle 19 sur núm. 69 C-17
PBX: 4136884

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in* Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

I. VIDA Y OBRA DE OWEN FISS
1

Vida 3

Obra 4

II. LA TEORÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE OWEN FISS
19

Dos caras del Estado
Owen Fiss 21

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN.
ENSAYOS EN HOMENAJE A OWEN FISS
33

Libertad de expresión entre tradición y renovación:
un homenaje a Owen Fiss
Esteban Restrepo Saldarriaga 35

LIBERTAD DE EXPRESIÓN ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN: UN HOMENAJE A OWEN FISS

Esteban Restrepo Saldarriaga

La libertad de expresión es, sin duda, uno de los pilares fundamentales del derecho constitucional de los Estados Unidos. En 1953, Alexander Meiklejohn, uno de los más insignes comentaristas de la Primera Enmienda a la Constitución Federal, señaló que ésta era "la declaración política más significativa que los estadounidenses hemos efectuado".[1] Más tarde, Harry Kalven, otro de los grandes teóricos estadounidenses de la libertad de expresión, afirmó que los desarrollos jurídicos que se ocupaban de esta garantía constitucional constituían, tal vez, el área más interesante del derecho de los Estados Unidos,[2] y aseguró que la interpretación de la Primera Enmienda por la jurisprudencia de la Corte Suprema daba lugar "a la más meritoria de todas las tradiciones del derecho estadounidense".[3] Años después, Owen Fiss reiteró este carácter fundamental y estructural de la libertad de expresión cuando afirmó que ésta era uno de "los derechos más apreciados de los Estados Unidos"[4] y uno de "los aspectos más notables y famosos del derecho constitucional estadounidense", que "contribuye a definir quiénes somos como nación".[5]

Aunque los más importantes constitucionalistas de los Estados Unidos parecen estar de acuerdo acerca del lugar preeminente que ocupa la libertad de expresión en el derecho constitucional de ese país, ese consenso no se extiende ni al tipo de libertad que protege esta garantía ni al "significado central" de la Primera

1 Alexander Meiklejohn, "What does the First Amendment Mean?", *University of Chicago Law Review* 20 (1953): 461, p. 461.

2 Harry Kalven Jr. (Jamie Kalven, ed.), *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, Nueva York: Harper & Row, 1988, p. 3.

3 Harry Kalven Jr., "Tradition in Law", en Robert M. Hutchins y Mortimer Adler, *The Great Ideas Today*, Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1974, p. 33.

4 Owen M. Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona: Gedisa, 1999, p. 11.

5 Owen M. Fiss, "Libertad de expresión y estructura social", en *Libertad de expresión y estructura social*, México D. F: Fontamara, 1997, p. 17. Éste, junto con la mayoría de los ensayos de Fiss sobre la libertad de expresión, han sido recogidos en los libros *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* (Boulder: Westview Press, 1996) y *The Irony of Free Speech* (Cambridge: Harvard University Press, 1998). Apartes del primer libro fueron traducidos al castellano como *Libertad de expresión y estructura social* (México D. F: Fontamara, 1997). El segundo libro fue traducido como *La ironía de la libertad de expresión* (Barcelona: Gedisa, 1999).

Enmienda.[6] En efecto, desde que, en la segunda década del siglo xx, los jueces Oliver Wendell Holmes y Louis Brandeis sentaran los pilares básicos de la jurisprudencia contemporánea de la Corte Suprema en materia de libertad de expresión,[7] el gran debate académico estadounidense sobre la Primera Enmienda ha consistido en tratar de establecer cuál es el tipo de "principio" o de "teoría" que explica del mejor modo la especial inmunidad de que goza la libertad de expresión frente a regulaciones estatales[8] y, en ese sentido, mejor caracteriza las categorías doctrinarias utilizadas por los jueces para verificar la validez constitucional de esas regulaciones.[9]

Las decisiones de la Corte Suprema estadounidense sobre la Primera Enmienda contienen varias afirmaciones que han llegado a ejercer un poder talismánico —como diría Owen Fiss— en la opinión popular y académica acerca del significado de la libertad de expresión en la vida política de los Estados Unidos. Así, en 1919, el juez Oliver Wendell Holmes, en la decisión mayoritaria en el caso *Schenck v. United States*, escribió que "ni siquiera la más estricta protección a la libertad de expresión protegería a un hombre que falsamente grita fuego en un teatro y causa pánico".[10] También en 1919, en su famoso voto disidente al fallo *Abrams v. United States*, el magistrado Holmes —secundado por el juez Louis Brandeis— expresó que la búsqueda de la verdad en una comunidad política democrática sólo podía perseguirse en el contexto del "libre intercambio de ideas" y aseguró que "la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento de hacerse aceptar en la competencia del mercado".[11] Luego, en 1964, en la decisión mayoritaria en el fallo *New York Times Co. v. Sullivan*, el juez William

6 La idea de que la Primera Enmienda tiene un "significado central" al que debe responder la doctrina de la Corte Suprema de los Estados fue señalada en el fallo *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Esta idea fue retomada luego por Harry Kalven para desarrollar sus tesis en torno a la existencia de una verdadera "tradición" en materia de libertad de expresión. *Véase* Harry Kalven Jr., "The New York Times Case: A Note on 'the Central Meaning of the First Amendment'", *Supreme Court Review* (1964): 191.

7 *Véase* Robert Post, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", *California Law Review* 88 (2000): 2353, p. 2356.

8 *Véase* Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 6-7.

9 *Véase* Robert Post, "Recuperating First Amendment Doctrine", *Stanford Law Review* 47 (1995): 1249, pp. 1270-1281. De modo más general, este punto está relacionado con el fundamento filosófico de la libertad de expresión, que, como indica Frederick Schauer, persigue la búsqueda de lo que él denomina "el principio de la libertad de expresión". *Véase* Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 8, citado por Post, *op. cit.*, p. 1271. El problema filosófico que entraña la búsqueda de este principio consiste en determinar por qué, conforme a premisas liberales, la libertad de expresión ocupa un lugar privilegiado dentro de la gama de libertades garantizadas constitucionalmente. Como señala Eric Barendt, "un principio de la libertad de expresión significa que la expresión debería ser con frecuencia tolerada, incluso cuando conductas que producen ofensas o efectos dañosos comparables podrían ser apropiadamente proscritas". Barendt, *op. cit.*, p. 7.

10 249 U.S. 47 (1919), p. 52

11 250 U.S. 616 (1919), p. 630.

Brennan manifestó que la Primera Enmienda protegía un debate público "desinhibido, robusto y completamente abierto".[12] Finalmente, en 1976, en *Buckley v. Valeo*, la Corte señaló que "el concepto de que el Estado pueda restringir el discurso de algunos elementos de la sociedad con el fin de realzar la voz relativa de otros es por completo ajeno a la Primera Enmienda".[13]

Pese a su aparente contundencia, estas afirmaciones —y otras de similar envergadura—, como todo talismán, están rodeadas por un aura misteriosa. No todos los teóricos dedicados al estudio de la libertad de expresión les atribuyen el mismo significado filosófico. Así, mientras que algunos autores encuentran en esas afirmaciones la garantía de la búsqueda de la verdad, otros les atribuyen la protección de la democracia, para que, entre todos, discutan si la verdad o la democracia conducen a la toma de decisiones verdaderamente autónomas individuales o colectivas.[14]

El presente ensayo busca presentar y describir el debate estadounidense en materia de libertad de expresión y propone que éste puede ser organizado alrededor de tres ejes que ponen en diálogo la tradición de la libertad de expresión a la que se refería Harry Kalven con otras posiciones teóricas que se han distanciado de aquélla o han intentado reformularla. Kalven sugiere que cada posición teórica sobre la libertad de expresión surge del modo particular en que pone en juego la autonomía individual y la democracia, entendida como un sistema que favorece el autogobierno colectivo. El aporte singular de cada teoría a la comprensión de la libertad de expresión depende de la noción que cada una tenga acerca de la autonomía individual y del autogobierno colectivo, de cuál de estos valores haga prevalecer y del tipo de relaciones que establezca entre éstos. Con fundamento en esta perspectiva, es posible identificar una *tradición de la libertad de expresión*, representada por la obra del propio Kalven y, en general, por la jurisprudencia de los tribunales federales de los Estados Unidos; una *contratradición de la libertad de expresión*, iniciada por Alexander Meiklejohn y luego ejemplificada del modo más ilustrativo por la obra de Owen Fiss; y, finalmente, una *tradición reformulada de la libertad de expresión*, que aparecería, por ejemplo, en los escritos de Robert Post. Esta organización —que muchos teóricos tal vez rechazarían por su simplismo[15] o porque otras categorizaciones serían más útiles

12 376 U.S. 254 (1964), p. 270.

13 424 U.S. 1 (1976), pp. 48-49.

14 *Véanse*, en general, Barendt, *op. cit.*, pp. 6-23; Post, "Recuperating First Amendment Doctrine", *op. cit.*, *passim*; Post, "Reconciling Theory and Doctrine", *op. cit.*, *passim*.

15 Por ejemplo, Robert Post afirma que "la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda se caracteriza por la proliferación de reglas contradictorias y una colección profundamente caótica de métodos

para caracterizar los debates teóricos sobre la Primera Enmienda en los Estados Unidos[16]— tiene el propósito de señalar el destacadísimo papel que Owen Fiss ocupa en el debate teórico estadounidense en materia de libertad de expresión y de presentar los ensayos incluidos en el presente homenaje.[17]

Aunque Harry Kalven consideraba que la búsqueda de un principio único que explicase la función de la Primera Enmienda era una tarea infructuosa,[18] alababa con deleite la decisión de ese alto tribunal en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*.[19] En su opinión, este fallo "podría ser el mejor y más importante jamás emitido [por la Corte Suprema] en materia de libertad de expresión" y "representa una feliz revolución en la doctrina sobre [esta garantía constitucional]".[20] Para Kalven, la importancia de esta decisión residía en el hecho de que presentaba, del modo más claro y significativo, los pilares básicos de la *tradición de la libertad de expresión*.[21] En el caso *Sullivan*, la Corte señaló que la Primera Enmienda tenía un "significado central"[22] ligado al estatus constitucional de la Ley de sedición (*Sedition Act*) de 1798 que, entre otras conductas, castigaba la denominada "calumnia sediciosa" (*seditious libel*),[23] es decir, las expresiones

y teorías". Post, "Reconciling Theory and Doctrine", *op. cit.*, p. 2355. En otro lugar, Post asegura que "la doctrina acerca de la Primera Enmienda no es ni clara ni lógica. Es un vasto Mar de los Sargazos donde valores, teorías, reglas, excepciones y predilecciones entrecruzados están a la deriva". Post, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", *William and Mary Law Review* 32 (1991): 267, p. 278.

16 Por ejemplo, en el ensayo recogido en el presente libro, Roberto Gargarella equipara lo que esta introducción —siguiendo a Harry Kalven— denomina "tradición de la libertad de expresión" con la idea de que la libertad de expresión garantiza un "libre mercado de las ideas" e indica que lo que aquí se denomina "contratradición de la libertad de expresión" busca defender la noción de "debate público robusto" como eje de la protección de la libertad de expresión.

17 Esta manera de presentar el debate y la intención de describirlo del modo más cercano a las propuestas de los autores que lo animan explican la profusión de citas y notas a pie de página en este texto.

18 A su juicio, "la Corte [Suprema] no ha elaborado una teoría única y general que explique todas sus decisiones; en lugar de ello, ha ofrecido diferentes principios para diferentes problemas". Kalven, *A Worthy Tradition, op. cit.*, p. 3.

19 376 U.S. 254 (1964).

20 Kalven, "The New York Times Case", *op. cit.*, pp. 194, 205.

21 *Véase* Jamie Kalven, "Editor's Introduction", en Kalven, *A Worthy Tradition, op. cit.*, p. xvi-xviii.

22 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964), p. 273.

23 *Véase* Kalven, "The New York Times Case", *op. cit.*, pp. 204, 209. Para Harry Kalven, la tradición de la libertad de expresión estaba relacionada con la idea de que la práctica judicial estadounidense estaba fundada, a su turno, en la tradición de los jueces de dar razones públicas para sustentar sus decisiones. Según este autor, "la tradición [jurídica], con su interacción entre razón pública y razón 'real', da cuenta de gran parte de la fascinación que produce el estudio del derecho". Kalven, "Tradition in Law", *op. cit.*, p. 27. En el campo de la libertad de expresión, la tradición aparecía representada en el debate público acerca de la constitucionalidad de la calumnia sediciosa que se había producido en los tribunales de los Estados Unidos durante siglo y medio y que culminó con el fallo *Sullivan*. *Véanse* Kalven, *id.*, pp. 27-28; Jamie Kalven, "Editor's Introduction", *op. cit.*, p. xxi.

dirigidas a controvertir o criticar al Estado, sus políticas o sus funcionarios.[24] Al decidir que esta ley violaba la libertad de expresión, el alto tribunal puso término a casi siglo y medio de debate en torno a su constitucionalidad[25] y señaló que el trasfondo de su decisión era el "profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y completamente abierto".[26] Para la Corte, además, este principio tiene la consecuencia obligada de que los "ataques vehementes, cáusticos y, algunas veces, desagradablemente agudos contra el Estado y los funcionarios públicos"[27] son inherentes al debate democrático. Por ello, la crítica ciudadana contra las autoridades estatales no está sometida a ningún "juicio de verdad", en el sentido de que "las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre y deben ser protegidas para que las libertades de expresión cuenten con el 'espacio de respiración' que 'requieren para sobrevivir'".[28]

Para Harry Kalven, el significado de estas afirmaciones de la Corte es "revolucionario" porque erige la posibilidad de criticar al Estado y sus funcionarios en el "significado central" de la Primera Enmienda y, en esta medida, constituye una clave fundamental para entender el tipo de democracia imperante en los Estados Unidos. En su opinión, el caso *Sullivan* —como ningún otro fallo constitucional— expresa con contundencia y claridad la idea de que "la libertad política termina cuando el Estado puede usar sus poderes y sus tribunales para silenciar a sus críticos".[29] Así, según Kalven, el tipo de libertad protegido por el "significado central" de la Primera Enmienda permite el funcionamiento de un

24 En este caso, la Corte Suprema se ocupó de establecer si una condena pecuniaria por daños y perjuicios contra *The New York Times* y cuatro pastores del estado de Alabama tras la publicación de un anuncio en ese diario violaba la libertad de expresión. En este anuncio, además de solicitar donaciones para apoyar la lucha de Martin Luther King por los derechos civiles en el sur de los Estados Unidos, los pastores demandados denunciaban una serie de atropellos y malos tratos por parte de la policía de Alabama contra activistas del movimiento por los derechos civiles, incluido el propio reverendo King. Sullivan, el demandante, comisionado de policía de Montgomery (Alabama), estimaba que las afirmaciones contenidas en el anuncio eran falsas y, por tanto, constituían una forma de calumnia.

25 La consideración de la constitucionalidad de la calumnia sediciosa no era un tema nuevo para la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ya en 1919, el juez Oliver Wendell Holmes, en su disidencia al fallo *Abrams v. United States*, al señalar que en el corazón de la libertad de expresión yacía el concepto de un "mercado de las ideas", había indicado que, a la luz de esta metáfora, ese delito había perdido todo fundamento constitucional tras la incorporación de la Primera Enmienda a la Constitución Federal. *Véase* Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919), p. 630. *Véase*, también, Kalven, "The New York Times Case", *op. cit.*, pp. 206-207.

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

27 *Id.*

28 *Id.*, pp. 271-272.

29 Kalven, "The New York Times Case", *op. cit.*, p. 205.

orden democrático en el cual "la crítica al Estado no es sólo un privilegio, sino un deber del ciudadano".[30]

Desde el punto de vista de doctrinario, la tradición de la libertad de expresión ejemplificada por el fallo *Sullivan* inaugura una metodología de análisis constitucional que expresa un "consenso" en torno a la idea de que el contenido de las expresiones es "intocable" y, por tanto, cualquier regulación estatal dirigida a censurarlo o modificarlo está prohibida y se presume inconstitucional.[31] Sin embargo, la tradición también enseña que no todo tipo de expresión goza del mismo nivel de protección constitucional. En efecto, no es lo mismo el discurso del disidente político que critica a las autoridades estatales —como los pastores que se oponían a las acciones de la policía de Alabama en el fallo *Sullivan*— que la expresión de quien "falsamente grita fuego en un teatro causando pánico", como lo plantea el famoso ejemplo del juez Holmes.[32] Mientras que la primera forma de discurso recibe la más intensa protección constitucional, la segunda goza de una protección nula o en extremo débil; mientras que el contenido de la primera es intocable, el de la segunda podría ser regulado o, incluso, prohibido por el Estado. Conforme a los postulados filosóficos de la tradición, la primera forma expresiva está particularmente resguardada por la Primera Enmienda porque corresponde a la figura del "ciudadano censor" y, por tanto, constituye el modo fundamental de búsqueda de la verdad en una comunidad política democrática.

De esta forma, los casos judiciales constitucionales en materia de libertad de expresión por lo general plantean a los jueces la pregunta por el grado de protección que esta garantía depara a cierta forma de discurso que ha sido prohibida o regulada por las autoridades públicas. Para resolver esta pregunta, los jueces deben preguntarse cuál es el aporte de esa forma específica de expresión a la búsqueda democrática de la verdad, o, dicho de otro modo, deben establecer qué tanto se parece esa modalidad expresiva al discurso del disidente político.

30 *Id.*, p. 209. La idea del "ciudadano censor" está directamente relacionada con la forma de gobierno republicano establecida por la Constitución federal de los Estados Unidos, que implicaba un cambio fundamental frente al tipo de gobierno propio del régimen británico en el que la Corona era soberana y los ciudadanos, meros súbditos. *Véase* New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964), p. 274. La Constitución estadounidense, fundada en la soberanía del pueblo, transformaba así el derecho de los ciudadanos a criticar al Estado y sus funcionarios en uno de sus principios fundamentales. En este sentido, el fallo *Sullivan* cita las palabras de Madison conforme a las cuales "si nos atenemos a la naturaleza del Gobierno republicano, encontraremos que el poder de censura reside en el pueblo, a quien corresponde controlar al Estado, y no en éste para controlar a aquél". *Id.*, pp. 275, 282.

31 *Véase* Kalven, *A Worthy Tradition, op. cit.*, pp. 6-19.

32 Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919), p. 52.

Es así como los jueces estadounidenses han debido decidir, conforme a la tradición de la libertad de expresión, si discursos tan variados como la financiación de campañas políticas, la obscenidad y la pornografía —en la literatura, el cine y otras artes visuales y representativas—, la quema de la bandera, el discurso de odio racial, la publicidad comercial y los espectáculos de desnudistas, entre otros, están protegidos por la Primera Enmienda. Al establecer si estas formas de expresión están protegidas por la libertad de expresión, los jueces de los Estados Unidos han afirmado, de modo casi unánime, que el Estado no puede silenciar ciertos discursos porque le parezcan ofensivos, repugnantes, insultantes o agresivos. El "mercado de las ideas" debe ofrecer así a todos sus participantes la posibilidad de enfrentar y experimentar toda clase de posiciones y puntos de vista con el fin de llegar a la verdad política que mejor se adapte a su proyecto personal de vida.[33]

Como se indicó anteriormente, la más poderosa crítica a la tradición de la libertad de expresión ha sido planteada —con afecto, admiración y respeto— por Owen Fiss, quien, podría afirmarse, plantea una verdadera *contratradición de la libertad de expresión*. Su aproximación a la Primera Enmienda —como, en general, toda su obra— está enteramente signada por un compromiso con la específica visión de la igualdad constitucional que se desprende del fallo *Brown v. Board of Education*,[34] proferido por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 17 de mayo de 1954,[35] y que, a su juicio, dio lugar a una extraordinaria transformación

33 La teoría de Holmes del "mercado de las ideas" no consiste en trasladar algo así como una teoría de la mano invisible al espacio de los puntos de vista, los discursos y las expresiones, de modo que éstos circulen, sin intervención alguna del Estado, en un terreno que se regula autónomamente por la libre interacción de las fuerzas de la oferta y demanda. Como buen pragmatista, Holmes utilizó una metáfora de naturaleza económica para indicar que la verdad sólo se alcanza "de modo experimental a partir de las propiedades de la experiencia misma". Post, "Reconciling Theory and Doctrine", *op. cit.*, p. 2360. Como afirma Post, "es posible entender el argumento de Holmes como una afirmación de que la experiencia relevante para la determinación de la verdad de la opinión política es que los ciudadanos democráticos llegan a creer en una idea y a actuar conforme a sus postulados". *Id.* Sobre el pragmatismo de Holmes *véase* Thomas C. Grey, "Holmes and Legal Pragmatism", *Stanford Law Review* 41 (1989): 787. Según Owen Fiss, la expresión exacta "mercado de las ideas" (*"marketplace of ideas"*) no es de Holmes sino del magistrado William Brennan en su opinión concurrente al fallo *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965), en donde afirma que "la diseminación de ideas sería inocua si sus receptores no son libres de recibirlas y considerarlas. Sería un estéril mercado de las ideas en donde sólo operan vendedores y ningún comprador" (p. 308). *Véase* Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, *op. cit.*, p. 28 nota 25.

34 347 U.S. 483 (1954).

35 Es posible afirmar, de manera general, que la extensa obra de Fiss intenta replantear varios ámbitos del derecho y la teoría jurídica estadounidense a partir de una particular visión de la igualdad. La versión más acabada de la teoría fissiana de la igualdad aparece en el famoso artículo *Groups and the Equal Protection Clause* de 1976. *Véase* Owen M. Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs* 5 (1976): 107 —existe traducción al castellano del aparte de este ensayo que plantea el alcance del "principio de apoyo a los grupos desaventajados". *Véase* Owen Fiss, "Grupos y la cláusula de la igual protección", en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 137-167—. En este texto, Fiss critica la

del derecho, la sociedad y las instituciones estadounidenses que denomina "Segunda reconstrucción".[36] Como se verá más adelante, la crítica fissiana a la tradición está fundada en la constatación de la existencia de una estructura social desigual que impide que todos los hablantes en el "mercado de las ideas" se expresen en éste con el mismo poder expresivo, y que, en consecuencia, impone al Estado la obligación de intervenir en ese mercado para redistribuir ese poder. Desde una perspectiva más filosófica, este planteamiento forma parte de un debate más amplio entre visiones del liberalismo. Mientras que la tradición de la libertad de expresión estaría afiliada a un liberalismo clásico que defiende a ultranza la autonomía individual y la igualdad formal y, conforme a ello, confía al mercado la redistribución de recursos y concibe al Estado como una amenaza constante a la libertad, la teoría de Fiss partiría de un liberalismo socialdemócrata que toma en cuenta las distribuciones de recursos escasos en la sociedad y adscribe a las autoridades públicas un papel redistributivo importante para el logro de la igualdad social.

interpretación judicial tradicional de la cláusula de la igual protección contenida en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución Federal y, conforme a ello, propone una nueva aproximación a ésta. En un argumento que se asemeja al que luego será planteado en el ámbito de la libertad de expresión, Fiss sugiere que el modo usual de fundar las controversias judiciales de igualdad constitucional en un principio *individualista* de no discriminación —que se concentra en establecer la racionalidad de un trato diferenciado que la ley establece para alcanzar algún objetivo público— es equivocado porque impide dar cuenta de la *estructura social* que *subordina* a ciertos *grupos* sociales. De este modo, propone la sustitución del principio de no discriminación por el que denomina "principio de apoyo a los grupos desaventajados" (*group-disadvantaging principle*). A juicio de Fiss, la interpretación de la cláusula de la igual protección debe concentrarse en el bienestar de grupos que históricamente han estado en situación de desventaja social y que carecen de poder político. En este sentido, el daño que busca erradicar el principio de igualdad constitucional no es la irracionalidad de cierta clasificación legislativa, sino las actuaciones públicas que puedan contribuir a perpetuar la subordinación de un grupo social desaventajado. A su turno, esta teoría de la igualdad le ha servido a Fiss para plantear y defender una visión de la función judicial conforme a la cual corresponde a los jueces la tarea de adaptar la realidad a los postulados de la igualdad o, de modo más general, a los valores contenidos en la Constitución. Es así como ha defendido el denominado "mandamiento judicial estructural" (*structural injunction*), derivado de las órdenes impartidas por la Corte Suprema estadounidense con el fin de poner término a la segregación racial en las escuelas públicas y, luego, en otras instituciones como cárceles y hospitales mentales. A partir de su teoría de la igualdad, Fiss deriva, así, una visión renovada del derecho procesal conforme a la cual corresponde a los jueces transformar estructuras burocráticas en funcionamiento para hacerlas compatibles con las normas constitucionales. *Véase*, entre otros, Owen M. Fiss, "The Supreme Court 1978 Term—Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review* 93 (1979): 1. En el terreno de la interpretación jurídica, Fiss ha rechazado que el derecho sea indeterminado y ha señalado que los jueces pueden alcanzar interpretaciones objetivas; es decir, interpretaciones que son el fruto del ejercicio de la función judicial que somete a los jueces a "reglas de disciplina" derivadas de su papel de garantes de los valores públicos contenidos en la Constitución. *Véase*, entre otros, Owen M. Fiss, "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review* 34 (1982): 739. Los ensayos más importantes de Fiss en materia de derecho procesal e interpretación jurídica fueron recogidos en el libro *The Law as it Could Be* (Nueva York: New York University Press, 2003), traducido al castellano como *El derecho como razón pública* (Madrid: Marcial Pons, 2007).

36 Sobre el alcance y significado que Owen Fiss asigna a la "Segunda reconstrucción" *véase* Fiss, *El derecho como razón pública, op. cit.*, pp. 309-315.

Este debate se traslada al terreno de la libertad de expresión en los libros de Fiss que recogen sus más importantes ensayos sobre el papel de la Primera Enmienda en un contexto social donde la posibilidad de expresarse con libertad es uno de los varios recursos escasos que deben ser redistribuidos por el Estado. En el prólogo a *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Fiss afirma que "los liberales están en guerra consigo mismos"[37] con el fin de reflejar el profundo debate filosófico que, a su juicio, subyace a las disputas doctrinarias sobre el alcance y significado de la libertad de expresión en la vida pública de los Estados Unidos. En opinión de Fiss, la obra de John Rawls y, en particular, su defensa del "principio de la diferencia", implicó la transformación del "credo liberal" conforme a los postulados de un principio de igualdad sustantiva que "exige la distribución a favor de los peor situados" y, en consecuencia, cuestiona "el compromiso tradicional [del liberalismo] con el Estado mínimo".[38] Esta nueva visión del liberalismo no significa —explica Fiss— una confrontación entre libertad e igualdad —la postura tradicional conforme a la cual la libertad resulta sacrificada en nombre de las demandas redistributivas de la igualdad—, sino, más bien, "una disputa acerca del significado mismo de la libertad".[39]

El liberalismo igualitario introducido por Fiss plantea una teoría que se opone a los fundamentos individualistas de la tradición de la libertad de expresión. Esta teoría —cuyos aspectos centrales están expuestos en el ensayo *Freedom of Speech and Social Structure* de 1986[40] y, de manera más sucinta, en el texto *Dos caras del Estado*, recogido en el presente libro— busca reivindicar, en lo esencial, un papel activo del Estado en asegurar la posibilidad de todos los ciudadanos y grupos sociales de expresar con igualdad sus ideas y puntos de vista. Podría decirse que, en última instancia, Fiss trata de darle un significado distinto —del que la tradición de la libertad de expresión le confiere— a la afirmación de que la Primera Enmienda busca garantizar un debate público "desinhibido, robusto y completamente abierto".[41] Mientras que esta tradición supone, como premisa fundamental, "que si se deja a los individuos en paz, libres del brazo amenazador de la

37 Fiss, "Introducción", en *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, p. 9.

38 *Id.*, p. 12.

39 *Id.*, p. 13. Más recientemente, en la introducción a *La ironía de la libertad de expresión*, Fiss señaló que las controversias contemporáneas sobre la libertad de expresión —en materia de discurso de odio, pornografía o de financiación de campañas electorales, por ejemplo— no constituyen —como aseguran algunos— una forma renovada de viejas disputas. Por el contrario, estas controversias son realmente novedosas en cuanto invitan "a reconsiderar la naturaleza del Estado moderno y a examinar si éste debe desempeñar algún papel en la protección de nuestras libertades más fundamentales". Fiss, *La ironía de la libertad de expresión, op. cit.*, p. 12.

40 *Véase* Fiss, *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*

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

policía, surgirá una reflexión completa y equitativa de todas las cuestiones",[42] Fiss plantea que un debate público "desinhibido, robusto y completamente abierto" sólo es posible si la libertad de expresión deja de ser planteada como un derecho meramente individual, comienza a ser concebida como un derecho público que permite la autodeterminación colectiva y se atribuye a las autoridades estatales un papel vigoroso en su promoción y defensa.[43] Aunque Fiss reconoce que el Estado ciertamente puede violar la libertad de expresión y actuar como "enemigo" de ésta, no existe razón alguna para pensar que siempre procederá de este modo y que no puede comportarse como su "amigo".[44]

El paso de una teoría individualista de la Primera Enmienda a una visión más colectiva de ésta parte de una peculiar caracterización de la tradición de la libertad de expresión. Para Fiss, el talante individualista de esta tradición puede ser ilustrado a través de un "pequeño drama":[45] una persona se para sobre una caja vacía en la esquina de una calle e inicia una diatriba política en contra de un funcionario público o de una política gubernamental; acto seguido, un policía, en representación del Estado, la arresta y la hace callar. El protagonista del drama es el "orador de la esquina de la calle" (*streetcorner speaker*), un personaje cuya autonomía —concretada en la posibilidad de expresarse sin interferencia del Estado— constituye el centro de protección de la Primera Enmienda. Bajo esta caracterización del tipo de libertad que ampara la libertad de expresión, el Estado aparece exclusivamente como una amenaza que debe ser constantemente conjurada: las autoridades públicas son y sólo pueden ser enemigas de la libertad *individual*.[46] Según Fiss, para la tradición, la autonomía individual no es protegida "por su valor intrínseco" sino porque es "un medio o instrumento de autodeterminación colectiva".[47] En efecto, si cada persona puede expresar sus ideas y puntos de vista sin interferencia del Estado, los otros individuos podrán apoyarse en aquéllas con el fin de formarse una opinión más informada acerca de los asuntos públicos que deben ser decididos mediante el voto de la ciudadanía. Dicho de otro modo, "[l]a expresión de opiniones permite a las personas votar inteligente y libremente, conociendo todas las opciones y poseyendo toda la información relevante".[48]

42 Fiss, *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, pp. 23-24.
43 *Véase* Fiss, "Introducción", en *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, pp. 13-14.
44 *Véase id.*, p. 14. En opinión de Fiss, "[c]iertamente, el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad". Fiss, *La ironía de la libertad de expresión, op. cit.*, p. 12.
45 *Véase* Fiss, *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, p. 30.
46 *Véase id.*, pp. 21-28.
47 *Id.*, p. 23.
48 *Id.*

Para Fiss, el acento individualista de la tradición de la libertad de expresión es en extremo problemático porque impide considerar el tipo de estructura social dentro de la cual, hoy en día, se expresan los hablantes. En tiempos contemporáneos, el orador de la esquina de la calle ha sido sustituido, en gran medida, por instituciones de comunicación masivas como las grandes cadenas radiales o televisivas y los periódicos, cuyo papel en el mercado de las ideas es difícilmente comprensible y explicable a partir del ideal de la autonomía individual.[49] En tanto este ideal se preocupa exclusivamente por que cada hablante pueda expresar, sin constricciones de ninguna clase, sus opiniones y puntos de vista, deja de lado las condiciones de la estructura social en las que se van a producir las expresiones individuales.[50] Para un liberal socialdemócrata como Fiss, esa estructura social se caracteriza por la *escasez* de las posibilidades *reales* de comunicación. En efecto, cuando en el "mercado de las ideas" el hablante por excelencia no es ya el orador de la esquina de la calle sino los medios masivos de comunicación, las oportunidades de que todos pongan a circular sus opiniones y puntos de vista en igualdad de condiciones tienden a escasear:[51] la puesta en circulación de una idea o punto de vista desplazará, por fuerza, la circulación de otras ideas o puntos de vista que, de existir un contexto de igualdad, contribuirían a enriquecer el debate público. En esta medida, "[a] lo que se refiere la frase 'la libertad de expresión' en la Primera Enmienda", indica Owen Fiss, "es a un estado de cosas social [caracterizado por la escasez de las posibilidades reales de comunicación], no a la acción de un individuo o institución".[52]

Aunque Fiss reconoce que, en las sociedades capitalistas, la riqueza es un factor determinante al momento de establecer quién habla con una voz más potente en los espacios de comunicación, existen también otros enclaves de poder social con el potencial de distorsionar distributivamente las posibilidades de expresión igualitaria en el "mercado de las ideas". A juicio de Fiss:

> [e]l capitalismo es sólo uno de entre muchos sistemas sociales que distribuyen el poder de manera desigual [...] 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,

49 *Véase id.*, pp. 24-28.
50 *Véase id.*, pp. 25-26.
51 *Véase id.*, p. 26. Como bien señala Fiss, "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 la información". *Id.*
52 *Id.*

las divisiones sociales y las normas culturales, todas desempeñan un papel en la configuración del debate público.[53]

Cuandoquiera que las ideas y puntos de vista deben circular en el contexto de una estructura social de esta clase, siempre existe el riesgo de que quienes detentan alguno de estos poderes sociales superiores silencien a quienes carecen de ellos: los primeros pondrán a circular sus ideas y puntos de vista en detrimento de los de los segundos.[54]

Aparece así la necesidad de que el Estado regule el "mercado de las ideas" y adopte las medidas necesarias para que el debate público sea verdaderamente "robusto" y "completamente abierto".[55] Para Fiss, las regulaciones estatales que

53 *Id.*, p. 27.

54 *Véase* Owen M. Fiss, "La expresión y su efecto silenciador", en *La ironía de la libertad de expresión, op. cit.*, pp. 15-41.

55 Las ideas de Fiss se inspiran, en gran medida, en la visión de Alexander Meiklejohn sobre la función democrática de la libertad de expresión. Para Meiklejohn, la Primera Enmienda contiene "el principio más importante de nuestro plan estadounidense de gobierno", en la medida en que establece la forma de libertad que, de la forma más contundente, hace efectiva la declaración *"We the People of the United States"* que inicia el preámbulo a la Constitución de los Estados Unidos y que apunta no tanto a la protección de la autonomía individual como de la autodeterminación colectiva —el "*We*" del *"We the People of the United States"*— a través del debate democrático. Meiklejohn, "What does the First Amendment Mean?", *op. cit.*, pp. 478-479. En efecto, "la Primera Enmienda no protege una 'libertad de hablar'; protege la libertad de aquellas actividades de pensamiento y comunicación por medio de las cuales 'gobernamos'. No se refiere a un derecho privado sino a un poder público, a una responsabilidad estatal". Alexander Meiklejohn, "The First Amendment is an Absolute", *Supreme Court Review* (1961): 245, p. 255. La autonomía individual, expresada mediante el depósito del voto personal en un proceso electoral, sólo es posible si "los votantes adquieren la inteligencia, integridad, sensibilidad y generosa devoción al bienestar general" que surge de un debate público robusto. A juicio de Meiklejohn, para que este debate pueda producirse "pacíficamente" —el adjetivo "pacífico" aplicable al derecho de reunión que también protege la Primera Enmienda se haría extensivo a las libertades de expresión y prensa y al derecho de petición— las autoridades estatales pueden regular o excluir la participación de quienes pretenden "interrumpir la discusión o hacerla ineficaz", y, por ello, "la policía debe, hasta el límite de su poder, defender [el debate] de interrupciones o interferencias de parte de sus enemigos". *Id.*, p. 260. Meiklejohn creía que la libertad protegida por la Primera Enmienda y que sustenta el derecho al autogobierno demandaba una "discusión universal" de los asuntos públicos. Para ello, proponía que "en cada distrito de cada pueblo o ciudad se establezcan, a costa de los recursos públicos, centros culturales para que los ciudadanos, cada vez que lo deseen, se reúnan y discutan conjuntamente las políticas públicas", y agregaba que era "necesario que se creen las condiciones para que estas reuniones se desarrollen exitosa y satisfactoriamente". *Id.* En últimas, Meiklejohn abogaba por una "comunidad política que se gobierna a sí misma y cuya libertad de expresión individual debe ser cultivada, no sólo porque ello previene la violencia derivada de la supresión de ideas, sino porque cumple la finalidad más positiva de propiciar que cada ciudadano participe, de manera activa e inteligente, en el gobierno de este país". *Id.*, pp. 260-261. De manera más precisa, para Meiklejohn el tipo de debate público ideal debería tener la estructura "de la tradicional reunión municipal [*town meeting*] estadounidense", que no es un escenario de "locuacidad sin regulación" [*unregulated talkativeness*], sino un espacio donde "un grupo de hombres libres e iguales cooperan en una empresa común y, para ello, usan una discusión responsable y regulada". Alexander Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People,* Nueva York: Harper & Brothers, 1960, pp. 24-26, citado por Robert Post, "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", *University of Colorado Law Review* 64 (1993): 1109, p. 1112. Estas ideas prefiguran la teoría de Fiss de un Estado que asegura que todas las voces

permiten crear un espacio igualitario de circulación de ideas y puntos de vista pueden adoptar una variedad de modalidades: pueden consistir, por una parte, en medidas que realcen la importancia de ciertas formas expresivas, tales como subsidios a las artes, las estaciones públicas de radio y televisión o las bibliotecas y, de otro lado, medidas más fuertes —incluso autoritarias, dice Fiss, en tanto el Estado se comportaría de un modo similar al del policía que acalla al orador de la esquina de la calle del "pequeño drama" de la tradición de la libertad de expresión— que fijarían, por ejemplo, qué contenidos deben ser transmitidos por los medios masivos de comunicación o cuánto dinero pueden aportar las personas privadas a las campañas electorales.[56] En opinión de Fiss, esta clase de regulaciones, que "a primera vista podrían parecer en extremo represivas", se justifican si se considera que "la estructura social contemporánea es tan enemiga de la libertad de expresión como lo es el policía [que silencia al orador de la esquina de la calle]"[57] y, en consecuencia, la Primera Enmienda se concibe como una protección al debate público robusto y a la autodeterminación colectiva, y no como una mera garantía de la autonomía individual.

Bajo esta perspectiva —que Fiss denomina "estructuralista"—, el Estado puede actuar como un "amigo" de la libertad de expresión y, por ello, las regulaciones que emprenda para fortalecer el debate público estarían en principio ajustadas a la Constitución. Un examen del ejercicio del poder estatal a la luz de la Primera Enmienda consistiría entonces en establecer qué usos de ese poder tienden a robustecer el debate público y cuáles no.[58] Sin embargo, este enfoque estructuralista —en donde, como asegura Fiss, "la libertad de expresión opera más como una justificación que como un límite a la acción del Estado"[59]— va un paso más allá, en tanto exige que las autoridades estatales intervengan, de modo *permanente y sistemático*, para que "todo el espectro de voces sea oído" y, con ello, sean corregidas las distorsiones causadas por la estructura social a las posibilidades de acceso igualitario al debate público.[60]

Si bien Fiss reconoce que su enfoque entraña riesgos para la libertad —porque el Estado puede abusar de su poder; porque su intervención puede ser excesiva

puedan ser oídas, de manera igualitaria, en un debate público robusto que persigue, como objetivo esencial, la autodeterminación colectiva de la comunidad política.

56 *Véase* Fiss, *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, pp. 30-31.

57 *Id.*, p. 31.

58 *Véase id.*, pp. 31-32.

59 *Id.*, p. 36.

60 Según Fiss, el Estado "[d]ebería 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". *Id.*, p. 32.

y favorecer sólo cierto tipo de puntos de vista; o porque las autoridades estatales pueden ser cooptadas por intereses particulares que comprometen su neutralidad, entre otros[61]—, deposita su confianza en que los jueces, como guardianes supremos de los valores públicos inscritos en la Constitución,[62] puedan establecer qué usos del poder del Estado son legítimos frente al propósito fundamental de fortalecer el debate público que persigue la Primera Enmienda. Para Fiss, "[l]os 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 que las fuerzas que dominan la estructura social contemporánea (el mercado) que cualquier otro funcionario público [sic.]".[63] Posteriormente, Fiss precisó, un poco más, cuáles podrían ser los criterios conforme a los cuales los jueces deben determinar qué tipos de ejercicio del poder estatal en la regulación del debate público se avienen a los postulados de la Primera Enmienda.[64] A su juicio, a diferencia de las controversias sobre discriminación, en las que los jueces examinan el criterio utilizado por el Estado para establecer tratos diferenciados —raza, sexo y orientación sexual, entre otros—, en el contexto de la libertad de expresión los jueces deben enfocar su juicio en los *efectos* que la intervención de las autoridades públicas tienen sobre el debate público.[65] Según Fiss:

> [...] un tribunal debe averiguar si la decisión adjudicatoria contribuiría a un debate sobre cuestiones nacionales que es "desinhibido, vigoroso y completamente abierto", o si su efecto sería justamente el contrario. Un juicio de este tipo requiere una sensibilidad para la agenda pública, una visión de las cuestiones que actualmente están ante el público y las que plausiblemente pudieran ser presentadas ante él y, finalmente, una apreciación del estado del discurso público, no para decidir quién tiene razón y quién está equivocado, sino para ver si todas las posiciones sobre el problema están siendo presentadas de una manera completa y justa, de forma tal que las personas puedan hacer una elección sensata.[66]

61 *Véase id.*, p. 37.
62 *Véase*, en general, Fiss, *El derecho como razón pública, op. cit.*, pp. 15-20.
63 Fiss, *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, p. 37. En particular, Fiss ha planteado que los jueces están sujetos a "reglas de disciplina" que les permiten alcanzar decisiones objetivas (no correctas) al momento de decidir casos a la luz de los valores públicos que contiene la Constitución. *Véase* Owen M. Fiss, "Objetividad e interpretación", en *El derecho como razón pública, op. cit.*, pp. 201-226.
64 *Véase*, en general, Owen M. Fiss, "Activismo estatal y censura estatal", en *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, pp. 63-89.
65 *Véase id.*, pp. 81-82.
66 *Id.*

La influyente teoría estructuralista de la libertad de expresión defendida por Owen Fiss no ha estado exenta de críticas. Aunque varias voces se han opuesto a Fiss, la crítica más influyente a su teoría ha sido avanzada, tal vez, por Robert Post, quien en sus escritos sobre la Primera Enmienda ha planteado la que podría denominarse una *tradición reformulada de la libertad de expresión*.[67] Post ha señalado que las ideas de Meiklejohn, Fiss y aquellos que, en general,[68] "subordinan los derechos individuales de expresión a procesos colectivos de deliberación pública" proponen una "teoría 'colectivista' de la Primera Enmienda".[69] El Estado regulador del debate público que surge de esta teoría, y cuya característica fundamental consiste en que puede determinar qué ideas y puntos de vista robustecen o empobrecen ese debate, da lugar a una "estructura de autoridad" que Post denomina "gerencial" (*"managerial"*).[70] Conforme a esta idea, las autoridades estatales, con criterio "gerencial", establecen la "calidad del debate público" a partir de "su capacidad para facilitar la toma de decisiones públicas",[71] para inducir "el voto de decisiones sabias"[72] o para permitir que "las personas voten inteligente y libremente, conociendo todas las opciones y poseyendo toda la información relevante".[73] El Estado "gerente", con el fin de enriquecer el debate público, propiciar la autodeterminación colectiva y fortalecer la democracia, puede entonces "restringir el discurso de algunos elementos de la sociedad con el fin de realzar la voz relativa de otros".[74]

A juicio de Post, el problema fundamental de la estructura de autoridad "gerencial" de la teoría colectivista de la libertad de expresión radica en que mientras deja al debate público la toma de las decisiones públicas sustantivas, presupone y asume la *forma* y la *función* de ese debate. Es decir, las reglas conforme a las cuales el debate público debe conducirse y el objetivo que éste debe cumplir están fuera

67 Los puntos centrales de esta crítica están consignados en Post, "Meiklejohn's Mistake", *op. cit.* Más tarde, en una reseña del libro de Owen Fiss *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power,* Post reiteró su crítica en "Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence", *Michigan Law Review* 95 (1997): 1517. Gran parte de la propuesta de Post sobre la función democrática de la libertad de expresión ha sido recogida en los libros *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management* (Cambridge: Harvard University Press, 1995) y *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State* (New Haven: Yale University Press, 2012).
68 Aunque Post incluye dentro de la teoría "colectivista" a Meiklejohn y a autores más contemporáneos como Stephen Holmes, Cass Sunstein, James Skelly Wright y Julian Eule, no duda en afirmar que "el profesor Owen Fiss ha ofrecido la versión contemporánea más inquebrantable de la teoría colectivista". Post, "Meiklejohn's Mistake", *op. cit.*, p. 1110.
69 *Id.*, p. 1109.
70 *Id.*, p. 1113.
71 *Id.*
72 *Id.*, p. 1112 (citando a Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People, op. cit.*, p. 26).
73 *Id.*, p. 1120 (citando a Fiss, *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, p. 23).
74 *Id.* (citando a Fiss, *Libertad de expresión y estructura social, op. cit.*, p. 43).

de discusión. Dicho de otro modo, el debate público "desinhibido, robusto y completamente abierto" no se extiende a la determinación de sus condiciones de forma o su finalidad.[75] Así, en tanto Meiklejohn asume que el debate público debe adoptar la forma de una "reunión municipal" cuya función consiste en propiciar "el voto de decisiones sabias",[76] Fiss señala que ese debate debe ser "rico e informativo" de modo que "las personas voten inteligente y libremente, conociendo todas las opciones y poseyendo toda la información relevante".[77] Tanto Meiklejohn como Fiss parten así de la existencia de un *acuerdo previo* en torno a la forma y la función del debate público, que nunca teorizan o explican y simplemente asumen.[78] Refiriéndose a la teoría de Owen Fiss, Post afirma que "su análisis sólo extiende la lógica de la autodeterminación al contenido de las decisiones democráticas y sustrae de ella el procedimiento que enmarca la toma de estas decisiones", y agrega que "[c]omo Meiklejohn, Fiss conceptualiza este marco como exógeno al discurso público y, por tanto, como sujeto al control mayoritario".[79]

Según Post, los "colectivistas" pueden asumir con confianza la existencia de un acuerdo en torno a la forma y función del debate público porque fundan su teoría en una visión específica y monolítica de la "identidad colectiva".[80] Ésta es la que proporciona los criterios de intervención del Estado en el debate público y, por tanto, a su amparo las autoridades estatales determinan quién o quiénes pueden participar en éste y qué ideas y puntos de vista deben ser promovidos, controlados o, incluso, restringidos.[81] Así, "quienes proponen la teoría colectivista, en un admirable y sincero esfuerzo por rejuvenecer el autogobierno democrático, afirman que el discurso público debería ser regulado para alcanzar algún ideal específico con una visión particular de la identidad nacional, sea ésta la 'igualdad', la 'diversidad' o la 'equidad' (*fairness*)".[82] En opinión de Post, un planteamiento de esta clase desconoce el significado radical que la jurisprudencia "tradicional" estadounidense sobre la Primera Enmienda atribuye a la autodeterminación individual.

A su juicio, el objetivo fundamental de la jurisprudencia tradicional sobre la Primera Enmienda radica en la protección de una noción de democracia que,

75 *Véase id.*, pp. 1114, 1120-1121.
76 *Véase supra* nota 55.
77 Post, "Meiklejohn's Mistake", *op. cit.*, p. 1120.
78 *Véase id.*, p. 1114.
79 *Id.*, pp. 1120-1121.
80 *Véase id.*, pp. 1114, 1121-1123.
81 *Véase id.*, pp. 1116-1117, 1121.
82 *Id.*, pp. 1124-1125.

tomando distancia de una versión de ésta que la concibe como una mera política de mayorías, procura hacer frente a las "condiciones contemporáneas de heterogeneidad [social]" mediante la reconciliación de la autonomía individual con procesos de autodeterminación colectiva.[83] Post afirma que esta forma de democracia pretende "subordinar la toma de decisiones públicas a procesos comunicativos con la capacidad de inculcar en los ciudadanos un sentido de participación, legitimidad e identificación",[84] y agrega que "[a]unque los ciudadanos pueden no estar de acuerdo con todas las decisiones legislativas, y pese a que puede no darse una fusión determinada de la voluntad individual y colectiva, los ciudadanos pueden abrazar a su Estado como justamente 'propio' gracias a su participación en estos procesos comunicativos".[85] En últimas, la constante interacción entre autonomía individual y autodeterminación colectiva que se produce en el espacio democrático que garantiza la Primera Enmienda permite la reconciliación de las diferencias entre ciudadanos y, sobre todo, garantiza que "el discurso público no esté organizado con el fin de conseguir algo en particular, sino, más bien, que sirva como un medio en cuyo seno pueden colisionar y reconciliarse permanentemente versiones heterogéneas de la identidad colectiva".[86] La noción de democracia que, según Post, protege la Primera Enmienda crea así un conjunto de procesos de comunicación —que él denomina "discurso público"— que no abraza ninguna idea específica de la identidad nacional. Frente a este discurso público —en el cual "'un debate sobre lo legítimo y lo ilegítimo' debe 'necesariamente' permanecer 'sin garante y sin término'"[87]— el Estado debe entonces actuar "como si el significado de la identidad colectiva estuviese perpetuamente indeterminado".[88]

83 *Véase id.*, p. 1115.
84 *Id.*
85 *Id.*, p. 1116.
86 *Id.*, p. 1119.
87 *Id.*, pp. 1116-1117 (citando a Claude Lefort, "Derechos humanos y Estado de bienestar", en *La incertidumbre democrática: ensayos sobre lo político*, Barcelona: Anthropos, 2004, p. 155).
88 *Id.*, p. 1116. En un artículo posterior, Post señala que el "discurso público" que conecta la autonomía individual con la autodeterminación colectiva "crea una esfera pública comunicativa al facilitar la disponibilidad de experiencias comunes a aquellos que, de otro modo, serían extraños desconectados entre sí". Robert Post, "Recuperating First Amendment Doctrine", *op. cit.*, p. 1276. En esta oportunidad, el sustento teórico del "discurso público" de Robert Post no está ya en las ideas de Claude Lefort sino, al parecer, en la noción de esfera pública de Jürgen Habermas. En efecto, afirma que "la democracia persigue crear una estructura de gobernabilidad [*governance*] continuamente abierta a la aparición de 'una voluntad general formada comunicativamente y discursivamente ilustrada en el seno de una opinión pública política'". *Id.*, p. 1275 (citando a Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, volumen 2: crítica de la razón funcionalista*, Madrid: Taurus, 1992, p. 118). En otro ensayo, Post parece asegurar que su idea del discurso público encuentra sustento filosófico simultáneamente en Lefort, Habermas y Rawls, como si el tipo de espacio democrático que estos tres autores proponen fuese el mismo. *Véase* Post, "Racist Speech", *op. cit.*, pp. 282-283. Sin embargo, el giro habermasiano de Post parece afianzarse en sus trabajos más recientes. *Véanse* Robert Post, "Participatory Democracy and Free Speech", *Virginia Law Review* 97 (2011): 477, p.

A juicio de Post, la escisión analítica que la teoría colectivista establece entre autodeterminación colectiva y autonomía individual y su propuesta de instrumentalizar ésta a aquélla —la autonomía individual sólo es protegida si su protección conduce a robustecer el debate público— conduce a la defensa de un concepto empobrecido de democracia en donde ésta es equiparada a la mera toma de decisiones, al "voto de decisiones sabias" (Meiklejohn) o a que "las personas voten inteligente y libremente" (Fiss).[89] Así, asegura que Meiklejohn y Fiss reducen la autodeterminación colectiva "al poder del pueblo de decidir su propio destino", cuando el verdadero sentido de ésta debe consistir en "la justificada convicción [de los ciudadanos] de que están implicados en el proceso de decidir su propio destino".[90] Según Post, la diferencia entre una y otra concepción de la autodeterminación colectiva, aunque sutil, es importante en tanto alude, en últimas, "a la diferencia entre tomar decisiones particulares y reconocer decisiones particulares como propias".[91]

La posibilidad de generar un verdadero sentido de pertenencia de los ciudadanos a la comunidad política, propiciando que reconozcan su autoría en las decisiones que allí se tomen, depende, entonces, de que la propia forma y función del debate público que permite la adopción de esas decisiones sea también debatida. Para que la discusión sobre estas cuestiones sea posible, se hace necesaria una protección fuerte e independiente de la autonomía individual, pues es ésta

482; Robert Post, "Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply", *Virginia Law Review* 97 (2011): 617, p. 621. El paso de la democracia de Lefort a la esfera pública de Habermas o al "consenso entrecruzado" de Rawls no deja de sorprender, puesto que estos autores representan posiciones que se excluyen teóricamente. Mientras que Lefort se inserta dentro de lo que se ha denominado el "pensamiento político posfundacional", que intenta recuperar y reivindicar la diferencia entre "la política" y "lo político", Habermas y Rawls representan el tipo de teoría política que se opone al posfundacionalismo político, en tanto desaparece la dimensión de lo político. *Véase*, en general, Oliver Marchart, *El pensamiento político posfundacional: la diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau,* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. En tanto la teoría política posfundacional propone que lo social no tiene anclajes últimos y definitivos sino parciales y contingentes, y señala que el conflicto permanente sobre la determinación o fijación de esos anclajes es el rasgo distintivo de lo político, Habermas y Rawls se inscribirían dentro de una tradición de la teoría política que desaparece u oculta lo político al afirmar que los conflictos pueden superarse o estabilizarse y lo social tiene fundamentos últimos y definitivos. Como indica Marchart, "[p]or lo general, el pensamiento político, desde Platón a Rawls y a Habermas, se ocupa del establecimiento o la legitimación de un 'buen orden', que, finalmente, volvería irrelevante cualquier forma de contestación o de conflicto". *Id.*, p. 211. La versión "participativa" de la democracia ofrecida por Post —en su versión habermasiana o rawlsiana— ha sido criticada por quienes defienden la idea de que la Primera Enmienda garantiza una noción "adversativa" (*"adversary"*) de la democracia —similar en algunos aspectos a la de Lefort, pero fundada en las ideas de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe—. *Véase* Martin H. Redish y Abby Marie Mollen, "Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes: The Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression", *Northwestern University Law Review* 103 (2009): 1303.

89 *Véase* Post, "Equality and Autonomy", *op. cit.*, p. 1523.

90 *Id.*

91 *Id.*

la que garantiza que cada proyecto de vida —que propone una idea peculiar sobre la forma y la función del debate público— entre al discurso público y "colisione" y se "reconcilie" con otros sin que ninguno se imponga mediante una definición monolítica de la identidad nacional o colectiva. A este respecto, Post sostiene que "'el respeto mutuo de voluntades autónomas' [...] asegura que el Estado respetará la constante indeterminación del discurso público" y añade que "[l]a autonomía, rectamente comprendida, significa que en la esfera del discurso público y con respecto a la supresión de alguna forma de expresión las autoridades estatales deben tener siempre a la identidad colectiva como necesariamente abierta".[92]

Según Robert Post, a la luz de la noción radical de democracia que a su juicio garantiza la Primera Enmienda, la teoría colectivista plantea una tensión fundamental: aunque persigue garantizar una democracia fuerte y vibrante por vía de la protección de la autodeterminación colectiva, contradice su propósito democrático al desconocer que la autonomía individual es el presupuesto analítico y filosófico fundamental de aquélla. Post asegura que si los fundamentos de la teoría colectivista son explorados con detenimiento, se descubre que su negación de la autonomía individual obedece, entre otras, a la idea de que ciertas estructuras sociales contemporáneas —particularmente el mercado— no permiten que los individuos adopten decisiones verdaderamente autónomas.[93] En tanto estas estructuras funcionan permanentemente, la intervención "gerencial" del Estado para corregir las disfunciones distributivas que ellas causan debe ser constante y sistemática. Lo anterior, según Post, significa que la teoría colectivista, en un gesto teórico problemático, estima que la autonomía individual no es una característica intrínseca de toda persona que opera como presupuesto del funcionamiento de la comunidad política, sino que aparece como el efecto causal de una serie de fuerzas más allá del control del individuo.[94] Así, al presuponer que la comunidad política se basa en una estructura social que produce sujetos que carecen de autonomía, la teoría colectivista niega de plano aquello que busca proteger: propone una intervención sistemática y generalizada del Estado para garantizar la autonomía, pero ésta debe ser negada como presupuesto teórico para que esa sistematicidad y permanencia sean legítimas.[95]

92 Post, "Meiklejohn's Mistake", *op. cit.*, p. 1122.

93 *Véase id.*, pp. 1128-1129.

94 Así, por ejemplo, Post indica que, según los colectivistas, "las perspectivas de quienes participan en el discurso público son *físicamente causadas* por o pueden estar fundadas en variables tales como la cantidad de expresión que el dinero puede comprar. Por lo tanto, estas perspectivas no pueden ser tenidas como conclusiones de agentes racionales libremente adoptadas". *Id.*, p. 1129.

95 *Véase id.*

Aunque Post acepta que el ámbito de la acción humana ciertamente opera conforme a leyes de causalidad,[96] plantea que una comunidad verdaderamente democrática sólo puede funcionar cuando la autonomía individual se establece como una precondición de su existencia. Suponer que la autonomía obedece a leyes de causa y efecto significa —ni más ni menos— que la persona humana queda sometida a la posibilidad de instrumentalización por parte del Estado.[97] Según Post, "la caracterización del discurso público como un ámbito de causación y el uso de esta concepción para justificar la regulación de ese discurso de maneras incompatibles con su propósito democrático, equivale, directamente y sin concesiones, a cuestionar el último reducto de autogobierno".[98] Si bien es posible aceptar que, dadas las condiciones sociales contemporáneas en que se produce el discurso público, pueden existir casos en los que los puntos de vista de los individuos son el resultado de fuerzas que comprometen la autonomía, esta constatación no permite pasar, automáticamente, a la afirmación de una situación de falta generalizada de autonomía que requiere una intervención sistemática y permanente del Estado. Así, para Post, "la autonomía puede ser negada, como máximo, de manera local y discreta, cuando las presunciones de autonomía de la Primera Enmienda se hayan tornado en meras 'ficciones' que enmascaran condiciones particularmente intolerables de poder y dominación privados".[99] De este modo, el discurso público funcionaría (1) con base en una presunción de autonomía de todos los que participan en él, y (2) bajo la posibilidad de que las autoridades estatales intervengan en ese discurso a través de "estructuras cuidadosamente delimitadas de control gerencial"[100], no sólo cuando la autonomía resulta afectada por las distorsiones que producen ciertos enclaves de poder social, sino también cuando esas mismas estructuras llevan a que la ciudadanía pierda su identificación con los procesos colectivos de adopción de decisiones públicas.[101]

Esta reivindicación de la jurisprudencia tradicional sobre la Primera Enmienda, y, por tanto, de la tradición de la libertad de expresión, no significa, sin embargo, que Post no proponga que ésta deba ser reformulada o repensada. En términos muy generales, este autor ha criticado la tendencia de los tribunales estadounidenses a considerar que la Primera Enmienda tiene como "objeto genérico" de

96 *Véase id.*, p. 1130.
97 *Véase id.*, p. 1133.
98 *Id.*, p. 1132.
99 *Id.*
100 *Id.*, p. 1134.
101 *Véase id.*

protección algo que se denomina "discurso" o "expresión".[102] Una caracterización de esta clase obedece a la creencia de que existe un principio filosófico único que explica todas las funciones que la libertad de expresión desempeña en una comunidad política democrática. A juicio de Post, ese principio no existe porque la libertad de expresión juega un papel distinto en prácticas sociales diferenciadas. Sobre este particular asegura que "los valores en el derecho funcionan para significar formas de vida social efectiva- o potencialmente existentes en las que lo que consideramos deseable puede llegar a realizarse. Los valores constitucionales a los que apelamos para la protección de la expresión también funcionan de esta forma y, por ello, toman cuerpo en formas particulares de interacción social y no en la expresión *per se*".[103] Conforme a esta idea, la expresión adquiere relevancia constitucional en razón de las específicas prácticas sociales que posibilita y, por tanto, lo que en últimas se protege son estas prácticas y no la expresión en un sentido genérico.[104] Según Post, la identificación de estas prácticas o estructuras sociales "es una especie de mapeo interpretativo —necesariamente creativo y dialéctico— del entorno social: mientras que los valores reconocidos como constitucionales pueden precipitar la percepción de prácticas que se consideran como un prerrequisito para su realización, las prácticas existentes mas no teorizadas pueden determinar la articulación explícita de nuevos valores constitucionales".[105]

Aunque algunos han insistido en el carácter idiosincrático de la tradición estadounidense de la libertad de expresión,[106] lo cierto es que muchos de sus motivos e ideas rectoras han tenido una influencia decisiva en el derecho constitucional comparado contemporáneo e, incluso, en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Los ensayos recogidos en el presente libro, escritos por autores de América Latina, Europa y Estados Unidos en homenaje al aporte inmenso de Owen Fiss a la comprensión de la función democrática de la libertad de expresión en las sociedades actuales, ponen de presente el legado y la influencia perennes de la tradición estadounidense sobre

102 *Véase* Post, "Recuperating First Amendment Doctrine", *op. cit.*, p. 1271.
103 *Id.*, p. 1272.
104 Para Post, "un análisis a partir de la Primera Enmienda no debe tener como unidad la expresión, sino formas particulares de estructura social". *Id.*, p. 1273.
105 *Id.*, p. 1275.
106 *Véase*, por ejemplo, Barendt, *op.cit.*, pp. 54-55. Según este autor, en los Estados Unidos la libertad de expresión goza de un grado mucho más considerable de protección que en otros países o que en los sistemas internacionales de derechos humanos —particularmente el europeo— y las categorías doctrinarias son mucho más complejas.

la Primera Enmienda. Cada una de estas piezas, con tono y personalidad únicos, invoca, alaba, se distancia o critica aspectos de esa tradición. Mientras que los trabajos de Dieter Grimm, Roberto Gargarella, Henrik López Sterup y Vicki C. Jackson se ocupan, de modo general, de la función que desempeña o debe desempeñar la libertad de expresión en las democracias contemporáneas, los ensayos de Helena Alviar García, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Alejandro Madrazo Lajous tienen que ver con temáticas más puntuales relacionadas con las relaciones y tensiones entre la libertad de expresión y versiones sustantivas de la igualdad.

El ensayo de Dieter Grimm, titulado "Libertad de expresión en un mundo en globalización", no sólo es una excelente presentación de las nociones de libertad de expresión y libertad de los medios de comunicación desde una perspectiva del derecho constitucional comparado contemporáneo, sino además una provocativa síntesis de las problemáticas más acuciantes que estos derechos entrañan en el mundo globalizado de nuestros días. En la primera parte de su texto, Grimm pone en evidencia la manera en que la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación se relacionan con la democracia y los derechos individuales que hacen efectivo el principio de dignidad humana. En este aparte del ensayo, al definir las libertades mencionadas y relacionarlas con los valores antes indicados, Grimm pone en diálogo fructífero la tradición estadounidense de la libertad de expresión con otros modos de abordarla en el derecho constitucional comparado, particularmente en el derecho constitucional alemán. En la segunda parte del texto, Grimm propone que, en un contexto de globalización, los dos retos más acuciantes en materia de libertad de expresión son su relación con la pluralidad religiosa característica de las sociedades contemporáneas y la eventual necesidad de contar con soluciones jurídicas globales y uniformes a los conflictos que suelen surgir entre la libertad de expresión y los valores con los que usualmente entra en tensión. Nuevamente, al discutir estas dos problemáticas, Dieter Grimm aporta elementos provenientes de la tradición estadounidense de la libertad de expresión puestos en diálogo con soluciones que aportan el derecho internacional y algunos países europeos.

El debate estadounidense y argentino sobre el significado de la Primera Enmienda anima las reflexiones de Roberto Gargarella en el ensayo titulado "Libertad de expresión como 'debate público robusto'". Según este autor, el florecimiento de una verdadera democracia deliberativa —en la cual "todos los miembros de la comunidad pueden expresar sus puntos de vista" y éstos pueden "ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva"— requiere la

garantía de una particular versión de la libertad de expresión conforme a la cual lo que este derecho constitucional protege es un "debate público robusto". Según esta idea, la libertad de expresión debe ocupar un lugar preferente entre los derechos constitucionales y ciertos discursos —particularmente aquellos que critican al Estado, sus autoridades y sus funcionarios— deben recibir la máxima protección constitucional. Aunque Gargarella acepta que la tradición de la libertad de expresión como "libre mercado de las ideas" en muchos aspectos es coincidente con la del "debate público robusto", el rechazo al Estado —concebido como la amenaza fundamental a la libertad— en que la primera se funda es problemático si lo que se quiere garantizar es que "*todos* los afectados por una decisión pública intervengan en ella" y que ésta surja de "un debate que los involucre a *todos*". Con claro fundamento en la obra de Owen Fiss, y sin dejar de reconocer las críticas que se han formulado a la tradición del "debate público robusto", Gargarella propone que los ideales de la igual participación y deliberación sólo pueden ser adecuadamente realizados a través del rol que esa tradición asigna a las autoridades estatales. Para terminar, Roberto Gargarella ensaya los alcances de su propuesta en relación con dos temas de la mayor importancia. Primero, a partir de las ideas de algunas corrientes del feminismo y del estudio del caso de los gastos electorales, responde negativamente a la pregunta acerca de si cualquier forma discursiva debe ser admitida en una sociedad democrática; y segundo, examina el estatus de la protesta social frente a su particular propuesta en materia de libertad de expresión.

En un intento original por volver a pensar la función de la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas, Henrik López Sterup, en el trabajo titulado "Libertad de expresión: ¿protección de la sociedad misma?", propone una concepción de esta garantía constitucional a partir de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann. López parte de señalar las dificultades conceptuales que surgen de considerar al Estado como una "unidad de poder" que se enfrenta a la sociedad y a los derechos constitucionales —entendidos como defensas del individuo frente al poder de las autoridades públicas—. Con base en esta perspectiva, la libertad de expresión usualmente es considerada como un derecho que demanda una garantía "reforzada" y que impone al Estado el deber de respetar "la diversidad de opiniones, creencias e ideas". En opinión de López, esta visión de la libertad de expresión, al ignorar los diversos modos que el silenciamiento puede adoptar y los distintos "ambientes" en que esa garantía opera —la búsqueda de la verdad, la protección de las formas artísticas, el adecuado funcionamiento de la democracia, entre otros—, tiene como consecuencia que no sea posible observar las funciones que ésta desempeña en espacios no ligados

al poder o cuando tiene eficacia meramente simbólica. Para López, estos obstáculos conceptuales pueden ser superados si la libertad de expresión se sitúa en el contexto de una sociedad que se concibe —a la luz de las propuestas teóricas de Luhmann— como "un sistema de comunicación con sentido" que, a su turno, está conformado por subsistemas —derecho, economía, religión, ciencia, etc.— fundados en formas propias de comunicación. A juicio de López, esta perspectiva sistémica de lo social determina que la libertad de expresión no sea ya una garantía del individuo frente al poder del Estado, sino un mecanismo para preservar los procesos de comunicación propios de cada subsistema de la sociedad. Así, por ejemplo, garantizará que un problema de trabajo infantil sea resuelto por el sistema del derecho conforme al criterio legalidad/ilegalidad y por el sistema de la economía de acuerdo a un esquema de costo/beneficio. De este modo, Henrik López concluye que la libertad de expresión es una protección de "la sociedad misma" en cuanto "delimita [y garantiza] las condiciones de autoreferencia de los sistemas [sociales]".

Aunque el ensayo "Reformas constitucionales inconstitucionales: una mirada a la teoría constitucional y el constitucionalismo transnacional" de Vicki C. Jackson no tiene como tema central la exploración de alguna teoría específica de la libertad de expresión, su objeto principal permite reflexionar con profundidad acerca de la función que ésta y otros principios constitucionales juegan en la definición del talante democrático y la identidad de una comunidad política. Jackson estudia los problemas que para la teoría y el derecho constitucional contemporáneos suscita la posibilidad de que las reformas a una constitución —y, en algunos casos, normas del propio texto constitucional original— puedan ser declaradas inconstitucionales por un tribunal constitucional por tener defectos de procedimiento o, de manera más controversial, por violar normas o principios sustantivos. Al mediar en los debates que plantea esta problemática, la autora resalta las posibilidades de diálogo democrático y las ventajas normativas que surgen de lo que denomina "control judicial sustantivo de las opciones procedimentales". Conforme a este modo de revisión, los jueces determinan la validez del procedimiento escogido de reforma constitucional con fundamento en criterios de índole sustantiva. Si bien la idea de que no es posible enmendar ciertas disposiciones constitucionales puede basarse en criterios sustantivos como la soberanía popular, el principio del Estado de derecho y principios constitucionales de justicia, Jackson estima que la decisión en torno a cuál de estos criterios debe guiar a un juez que decide sobre la legitimidad de una reforma constitucional es en extremo contextual. Esta decisión se hace aún más difícil, además, si se tiene en cuenta que los principios antes señalados no apuntan siempre

en la misma dirección y puede ser difícil reconciliarlos en casos concretos. En el caso del derecho federal estadounidense, la autora asegura que si bien los tres valores antes mencionados sustentan razonablemente la revisión procedimental de las reformas a la Constitución, ello no ocurre en el caso de la revisión sustantiva de éstas. Por ejemplo, cuando se intentó reformar la Constitución federal para prohibir la quema de la bandera como actividad protegida por la libertad de expresión —en contra de dos decisiones de la Corte Suprema que así lo habían considerado—, algunos sostuvieron que tal enmienda era inválida desde el punto de vista sustantivo. Para Vicki Jackson, además de que el texto constitucional estadounidense no autoriza tal idea (Estado de derecho) y de que el proceso de enmienda garantiza un amplio apoyo popular a las reformas a la Constitución (soberanía popular), no existen razones para pensar —en contra de Owen Fiss, por ejemplo— que la prohibición de una forma expresiva en particular cuestiona las características básicas de la libertad de expresión o la identidad de la Constitución de los Estados Unidos y su compromiso con esa garantía (principios constitucionales de justicia). De este modo, la libertad de expresión ilustra con fuerza la idea de que, al discutir la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, se está hablando del tipo de compromisos que identifican a cierta constitución y, por tanto, a la propia comunidad política que esa constitución pretende regular.

En el trabajo titulado "Libertad de expresión: algunas ideas para expandir su potencial distribuidor", Helena Alviar García, muy a tono con la teoría estructuralista propuesta por Owen Fiss, afirma que la concepción tradicional de la libertad de expresión —según la cual ésta es una mera manifestación de la autonomía individual en el espacio público y, además, opera como fundamento de una democracia concebida en términos puramente procedimentales— oscurece su potencial para redistribuir recursos en ámbitos privados. Así, a partir de una comprensión de la democracia "como acceso equitativo a los recursos", Alviar defiende la "aplicación horizontal" de la libertad de expresión a espacios privados —por ejemplo, el trabajo o el hogar— y asegura que esa garantía constitucional funciona como "un aspecto determinante en la negociación entre individuos para obtener recursos". Conforme a esta perspectiva, cualquier análisis de la libertad de expresión no sólo debe dar cuenta de las situaciones en que el Estado garantiza —o no— la posibilidad de las personas de expresar sus puntos de vista: también debe explicar el modo en que, a través de un sinnúmero de regímenes jurídicos —derecho de familia, derecho penal, régimen de la propiedad, regímenes contractuales, entre otros—, determina las posibilidades de negociación de los individuos y, por consiguiente, condiciona el poder relativo de quienes

participan en el "mercado de las ideas". Según Alviar, este tipo de análisis depende, por una parte, del tránsito de una perspectiva formalista a una realista que acepta la aplicación "horizontal" del derecho constitucional y, por otra, de la incorporación de un análisis distributivo del derecho —inspirado en la obra de Duncan Kennedy—, en el cual se asume que, pese a su aparente neutralidad o sus silencios, las normas jurídicas distribuyen recursos y establecen relaciones entre las personas que se caracterizan tanto por la dominación como por la negociación. En últimas, una aproximación de este tipo a la libertad de expresión "permitirá darle voz a quienes normalmente no la tienen".

A partir de la teoría del encuadre y de los aportes del feminismo acerca de la relación entre igualdad y libertad de expresión, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, en el trabajo titulado "Entre la igualdad y la libertad de expresión: argumentos para decisiones estratégicas de encuadre", plantea algunos argumentos que sustentan la conveniencia de pensar estratégicamente al momento de enmarcar cuestiones relativas a los derechos de las mujeres como problemas de igualdad o de libertad de expresión. Para Jaramillo, la teoría del encuadre constituye un marco apropiado de análisis en cuanto permite comprender que la selección de un concepto jurídico para articular cierta problemática "no es necesaria, pero es relevante para definir algunas de las consecuencias". Esta selección es política e implica entonces reflexionar acerca de qué encuadre es más productivo. En el contexto del debate entre la igualdad y la libertad de expresión, la teoría del encuadre lleva a la autora a examinar e interpretar tres posiciones feministas que cuestionan la escisión entre esos dos valores constitucionales: la primera enfatiza el acceso de las mujeres a los recursos expresivos, la segunda deconstruye la diferencia entre acto y expresión y la tercera critica los modos en que ha sido construida la categoría "mujer". Según Jaramillo, las feministas nos enseñan que no basta con "balancear" la igualdad y la libertad de expresión: de una parte, al señalar que la expresión representa y crea el mundo, han transformado lo que entendemos por libertad de expresión y, de otro lado, al cuestionar la noción de representación que subyace a la afirmación acerca de lo que es "la mujer" o "las mujeres", han problematizado la noción de "igualdad". De esta forma, el feminismo permite una aproximación a las posibilidades y limitaciones que ofrecen, alternativamente, los encuadres de la libertad de expresión y la igualdad al momento de acercarse a la defensa de los derechos de las mujeres. Para Jaramillo, mientras que el encuadre de la igualdad ha demostrado ser poco vigoroso para defender los derechos de las mujeres y exige una homogeneidad poco deseable de la categoría "mujer", el encuadre de la libertad de expresión suele tener un sesgo

individualista —en tanto favorece la diferencia y realza la originalidad de cada persona— que desarticula la movilización y representación colectivas y favorece la voz de quienes detentan mayor poder social. Para finalizar su ensayo, esta autora asegura —con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional— que en Colombia ha prevalecido el encuadre de la igualdad sobre el de la libertad de expresión; señala que, aunque ninguno de estos encuadres está predeterminado y la opción por uno u otro es política y estratégica, la relativa ausencia del encuadre de la libertad de expresión en el contexto colombiano puede constituir una oportunidad para que, a través de su uso, las mujeres recuperen "el protagonismo que deberían tener en la vida pública en lugar de seguir valorando el anonimato".

En el ensayo "Género y libertad de expresión", Alejandro Madrazo Lajous, a partir de desarrollos recientes en el derecho constitucional mexicano en materia de libertad de expresión y de los derechos de las mujeres y las minorías sexuales, se ocupa de establecer "las implicaciones teóricas y normativas de entender al género como una forma de expresión". Para comenzar, Madrazo señala que la actual jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México y la doctrina mexicana sobre libertad de expresión no ofrecen un marco teórico apropiado para considerar al género como una forma de expresión. En su opinión, la sustentación de esta idea demanda una aproximación teórica como la que ofrece Owen Fiss y, particularmente, su visión democrática de la libertad de expresión, que defiende el poder del Estado para garantizar que la voz de los débiles no sea silenciada por la de los fuertes y, con ello, conseguir un debate público robusto. A la luz de esta teoría, Madrazo se ocupa de estudiar, por una parte, el género como una forma de expresión que amerita protección jurídica, y por otra, el género como una expresión que se opone "a las expresiones de otros sobre el género". En relación con la primera cuestión, este autor —basado en la obra de Joan Wallach Scott— defiende la idea de que el género es un discurso que "dota de sentido y define a las personas, las instituciones, las relaciones y los símbolos". Además, en la medida en que "configura relaciones de poder entre los individuos", el género es un discurso político que debe ser protegido constitucionalmente. Madrazo afirma que la dimensión expresiva del género es evidente, por ejemplo, cuando ciertas personas reafirman un rol de género —como ocurre en el caso del uso del velo por mujeres musulmanas en Francia— y cuando ciertos individuos contradicen roles de género socialmente establecidos —como en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal de México—. En relación con las expresiones que se refieren al género pero que, en sí mismas, no son

expresiones de género, este autor echa mano de la teoría de Fiss para señalar que esas expresiones pueden llegar a constituir el caso típico de discurso que silencia la voz de ciertos sectores sociales débiles y que, por ello, podrían ser controladas —o incluso suprimidas— por el Estado. Para ejemplificar esta cuestión, Madrazo se refiere al caso del Cardenal de la Ciudad de México tras la aprobación del matrimonio y la adopción homosexuales por la Asamblea Legislativa, quien descalificó públicamente esta reforma por considerarla perversa y contraria al orden divino. Para terminar, Madrazo propone que su idea de proteger el género como una forma de expresión podría implementarse por vía del esquema tradicional de obligaciones del Estado en materia de exigibilidad de los derechos humanos —respetar, proteger, garantizar y promover—.

Aunque estos ensayos muchas veces no coinciden en sus visiones teóricas acerca del papel que la libertad de expresión está llamada a desempeñar en las comunidades políticas de hoy en día, sí comparten la ambición de que ella ocupe un lugar central entre los valores que caracterizan al constitucionalismo democrático contemporáneo. Adicionalmente, los distintos trabajos establecen diálogos fructíferos con la tradición estadounidense de la libertad de expresión, con las críticas que Owen Fiss ha formulado contra ésta e, incluso, con las críticas de que ha sido objeto su obra. En últimas, los autores —quienes generosamente se han unido para homenajear a Fiss— abrazan un compromiso firme con una idea de justicia según la cual todas las personas deberían poder hablar con la misma fuerza y quienes tienen más poder no deberían silenciar a quienes históricamente han carecido de voz.

Bibliografía

Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

Corte Suprema de los Estados Unidos, Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

—, Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

—, New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

—, Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965).

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

Grey, Thomas C., "Holmes and Legal Pragmatism", *Stanford Law Review* 41 (1989): 787.

Fiss, Owen M., "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs* 5 (1976): 107.

—, "The Supreme Court 1978 Term—Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review* 93 (1979): 1.

—, "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review* 34 (1982): 739.

—, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Boulder: Westview Press, 1996.

—, *Libertad de expresión y estructura social*, México D. F.: Fontamara, 1997.

—, "Grupos y la Cláusula de la igual Protección", en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados;* Barcelona: Gedisa, 1999.

—, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona: Gedisa, 1999.

—, *The Law as it Could Be*, Nueva York: New York University Press, 2003.

—, *El derecho como razón pública*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, volumen 2: crítica de la razón funcionalista*, Madrid: Taurus, 1992.

Kalven, Harry Jr., "The New York Times Case: A Note on 'the Central Meaning of the First Amendment'", *Supreme Court Review* (1964): 191.

—, "Tradition in Law", en Robert M. Hutchins y Mortimer Adler, *The Great Ideas Today*, Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1974.

— (Jamie Kalven, ed.), *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, Nueva York: Harper & Row, 1988.

Lefort, Claude, "Derechos humanos y Estado de bienestar", en *La incertidumbre democrática: ensayos sobre lo político*, Barcelona: Anthropos, 2004.

Marchart, Oliver, *El pensamiento político posfundacional: la diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

Meiklejohn, Alexander, "What does the First Amendment Mean?", *University of Chicago Law Review* 20 (1953): 461.

—, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Nueva York: Harper & Brothers, 1960.

—, "The First Amendment is an Absolute", *Supreme Court Review* (1961): 245.

Post, Robert C., "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", *William and Mary Law Review* 32 (1991): 267.

—, "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", *University of Colorado Law Review* 64 (1993): 1109.

—, "Recuperating First Amendment Doctrine", *Stanford Law Review* 47 (1995): 1249.

—, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.

—, "Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence", *Michigan Law Review* 95 (1997): 1517.

—, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", *California Law Review* 88 (2000): 2353.

—, "Participatory Democracy and Free Speech", *Virginia Law Review* 97 (2011): 477.

—, "Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply", *Virginia Law Review* 97 (2011): 617.

—, *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, New Haven: Yale University Press, 2012.

Redish, Martin H. y Mollen, Abby Marie, "Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes: The Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression", *Northwestern University Law Review* 103 (2009): 1303.

Schauer, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN MUNDO EN GLOBALIZACIÓN*

Dieter Grimm

I. El significado de la libertad de expresión

a) Libertad de expresión

No hay democracia sin debate público y no hay debate público sin libertad de expresión, libertad de los medios de comunicación y libertad de información. Además, para que la libertad de comunicación sea completa debe comprender un aspecto activo —la libertad de expresar las propias opiniones— y uno pasivo —la libertad de recibir las opiniones de otros—. Con el propósito de establecer si una determinada jurisdicción reconoce esa libertad, no basta con mirar la Constitución de ese país o los instrumentos internacionales de derechos humanos que éste haya ratificado. La libertad de opinión puede existir sin que esté garantizada constitucionalmente, y puede estar garantizada constitucionalmente sin que disfruten de ella los miembros de la sociedad.

La mayoría de las Constituciones socialistas contenían un derecho a la libertad de expresión. La Constitución china lo reconoce hoy en el artículo 35, y muchos países islámicos son signatarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por otro lado, los ciudadanos del Reino Unido disfrutaban de la libertad de expresión mucho antes de que se reconociera en la Ley de Derechos Humanos de 1998. Australia, por su parte, se negó deliberadamente a adoptar una carta de derechos; no obstante, cuando el Parlamento australiano aprobó una ley que prohibió la publicidad política en televisión y en lugar de ello concedió espacios televisivos gratuitos a los partidos y candidatos, la Corte Suprema australiana evaluó esta ley a partir del derecho a la libertad de expresión, aunque en el texto de la Constitución no existía ese derecho.[1] La Corte australiana argumentó que la Constitución del país declara que Australia es una democracia, y que no es posible que haya una democracia sin reconocimiento de la libertad de expresión. Por lo tanto, según la opinión del Tribunal, este derecho era inherente al concepto de democracia, al menos en lo referente al discurso político. Sin embargo, la conclusión opuesta, es decir, que la libertad de expresión

* Originalmente publicado como Dieter Grimm, "Freedom of Speech in a Globalized World", en Ivan Hare y James Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 11-22. Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina.

1 Australian Capital Television Pty. Ltd. v. Commonwealth, (1992) 177 CLR 106.