

Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda

María Paz Ávila Ordoñez
Ramiro Ávila Santamaría
Gustavo Gómez Germano
(*Editores*)



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Oficina en Quito



Naciones Unidas
Derechos Humanos

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Rosa M. González
Consejera de Comunicación e Información para los Países Andinos
Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito
Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
Veintimilla E9-53 entre Tamayo y Plaza
Telf: (593) 2528911 www.unesco.org/quito

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Asesor en Derechos Humanos para el Sistema de la ONU en el Ecuador

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330 Fax: 2461 960 www.ecuador.ohchr.org/

Equipo de Apoyo

Danilo Caicedo Tapia, María Belén Corredores Ledesma, Carlos Espinosa Gallegos-Anda,
Tatiana Hidalgo Rueda, Angélica Porras Velasco, Yolanda Estefanía Pozo, Carolina Silva Portero.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO
Andrea Apolo Montalvo, Laura Ciudad Rioja, Lucía García López.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Esther Almeida, Christel Drapier.

Corrector de Estilo: Miguel Romero
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2011
1ra. edición: diciembre de 2011

Contenido

Presentación	vii
<i>Rosa M. González,</i> Consejera de Comunicación e Información para los países Andinos Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela	

Presentación	ix
<i>Guillermo Fernández-Maldonado C.</i> Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	

Prólogo	xi
<i>María Paz Ávila Ordoñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano</i>	

I

El derecho a la libertad de expresión: características, fundamentos y debates

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión	3
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
Constitucionalismo y libertad de expresión	31
<i>Roberto Gargarella</i>	
Libertad de expresión y estructura social	63
<i>Owen Fiss</i>	
El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional	87
<i>Miguel Carbonell</i>	
Derechos a la comunicación y teorías de la democracia.	
Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano	97
<i>Marco Navas Alvear</i>	
Libertad de Expresión y Ley Penal	117
<i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	

II
Nueva agenda de la libertad de expresión

Nueva agenda y reconceptualización de la libertad de expresión en las Américas	143
<i>Gustavo Gómez Germano</i>	
Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad	161
<i>Roberto Saba</i>	
Diversidad, pluralismo y libertad de expresión	181
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de Expresión y Radiodifusión.....	193
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables	243
<i>Frank La Rue</i>	

III
Jurisprudencia sobre libertad de expresión

“New york times vs. Sullivan” y la malicia real de la doctrina.....	255
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada	275
<i>Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny Yepes</i>	
Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos	349
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Sentencias de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión.....	373
<i>Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila Ordóñez</i>	

IV
Instrumentos y doctrina internacional

Declaración conjunta del décimo aniversario: diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década	409
Nota biográfica de autoras y autores	419

El derecho a la libertad de expresión:
características, fundamentos y debates

Constitucionalismo y libertad de expresión*

Roberto Gargarella

Sumario

I. Introducción. II. Lo que la doctrina critica. III. El choque entre la tradición del “libre mercado de las ideas” y la del “debate público robusto”. IV. Las críticas a la idea del “debate público robusto”. V. ¿Es siempre valiosa la existencia de “más expresión”? VI. La degradación de la vida pública. VII. La publicidad en los medios de comunicación. VIII. Libertad de expresión y dificultades expresivas: la protesta social. IX. Bibliografía.

I. Introducción

En este trabajo partimos de la idea según la cual la justicia constitucional requiere de decisiones imparciales, y las decisiones imparciales requieren, idealmente, de la intervención de “todos los potencialmente afectados” en la discusión de las mismas. A partir de tales presupuestos, derechos como el de libertad de expresión adquieren una dimensión extraordinaria. La postura que aquí vamos a examinar sostiene que en una comunidad democrática hay pocos derechos tan importantes como el de la libre expresión, defiende un sentido muy amplio de lo que libre expresión significa, y pide para este derecho una protección especial, al punto de situar al mismo en un primer rango respecto de otros derechos. Conviene advertir desde ya que esta aproximación al derecho de libertad de expresión (y, en general, a la idea de derechos) viene a confrontar con otras alternativas superficiales o tautológicas, peligrosas, y normalmente no justificadas. Así, por ejemplo, aquellas que parten de ideas tales como que “todos los derechos deben ser limitados”, o “no hay derechos absolutos”, o “los derechos dependen de las leyes que los reglamenten”, como una carta blanca para luego sostener *cual-*

* Artículo publicado *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella (ed), Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2009.

quier tipo de limitación, asumir que todos los derechos valen más o menos lo mismo; o subordinar los derechos más básicos a necesidades no básicas y circunstanciales.

Los criterios que guían este trabajo nos sugieren, por el contrario, que los derechos básicos lo son porque merecen una consideración muy especial, tanto en relación con otras necesidades políticas, como en relación con otros derechos constitucionales, incluso en relación con distintas subclases de ese mismo derecho. El caso de la libertad de expresión representa un buen ejemplo para ilustrar lo dicho. Aquí se sostiene que la libertad de expresión no debe ser desplazada por necesidades coyunturales (p. ej., la necesidad de “consolidar el frente interno en una situación de guerra”); que por su centralidad para la vida democrática este derecho merece una protección especial en su eventual confrontación con otros derechos (p. ej., el derecho al buen nombre y honor); y que por las mismas razones, distintas expresiones merecen distinto grado de protección (p. ej., las críticas a los funcionarios públicos merecen la máxima protección dentro de una categoría de derechos de por sí ya merecedora de una máxima protección).

La idea de imparcialidad aquí defendida —y de la cual se deriva esta defensa especial de la libertad de expresión— se podría caracterizar a partir de dos pautas principales. En primer lugar, se afirma que es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista; y en segundo lugar, que *es necesario que tales puntos de vista puedan ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva*. Tales pautas, que guiarían nuestra aproximación al derecho de la libertad de expresión, parecen encajar muy bien con algunos criterios muy bien asentados en la filosofía política y la jurisprudencia constitucional.

Por un lado, en efecto, aquellas pautas recuperan la idea de John Stuart Mill, según la cual nunca es bueno suprimir ninguna opinión. Ello, ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera lo cual torna imprescindible el conocimiento de la misma, ya sea porque ésta es parcialmente verdadera, lo que también hace necesario su conocimiento, o ya sea porque es falsa, dado que la crítica a la misma nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir del mero prejuicio o la falta de cuestionamientos¹. Notablemente, este razonamiento sería retomado luego por el famoso juez Holmes, en una disidencia aparecida en el también conocido caso “U.S. v. Abrams”², de 1919, en el cual el mismo sostuvo que “el mejor test de la verdad [de una opinión] es el poder que tiene [la misma] para ser aceptada en una competencia en el mercado”. Es decir, Holmes consideró, como Mill, que el sistema de censura de opiniones debía ser reemplazado por otro opuesto, que permitiera que las distintas ideas se contrapusieran unas con otras: la

1 Mill, John Stuart, “On Liberty”, en *Three Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1975. Para los fines de este trabajo es interesante notar, además, un cuarto argumento de Mill, referido a los beneficiosos efectos de la libertad de expresión en el carácter y la conducta de las personas.

2 250 U.S. 616 (1919).

idea triunfante sería, entonces, aquella capaz de salir airosa de esa competencia, y no aquella inmunizada frente a las críticas.

Por otro lado, pautas como las referidas encajan perfectamente con la que fue, tal vez, la línea más importante dentro del caso “New York Times v. Sullivan”³, posiblemente la decisión más significativa en la historia de la jurisprudencia de la libertad de expresión. En dicha ocasión, el juez Brennan sostuvo que el caso debía ser evaluado “a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto, y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos”. La idea era que en todos los casos de libertad de expresión, pero especialmente en aquellos que tuvieran una clara implicación pública, era imprescindible asegurar un debate lo más amplio y robusto posible, protegiendo al extremo a los críticos del poder⁴.

II. Lo que la doctrina critica

Podría decirse que las dos tradiciones aquí recogidas —la “milleana” y la del “New York Times”— representan la “columna vertebral” del pensamiento moderno sobre la libertad de expresión. En una mayoría de casos, ellas confluyen para cimentar una posición hiperprotectiva de la expresión, aun más protectora del pensamiento crítico, y todavía más del pensamiento crítico dirigido contra los oficiales públicos. Como dijera Brennan en “New York Times”, el fallo venía a asegurar un privilegio especial para las críticas dirigidas a los funcionarios públicos.

Ahora bien, a pesar del aval doctrinario conseguido por esta postura, y el respaldo jurisprudencial que ella obtuvo en muchos casos resonantes, lo cierto es que ésta tuvo dificultades para consolidarse (como aún hoy las sigue teniendo). En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, dicha visión apareció incorporada en la opinión minoritaria de la Corte, en el caso “Abrams”, de 1919, y recién llegó a ser sostenida por la mayoría de la misma, 50 años más tarde. El caso “Abrams”, en tal sentido, inauguró una seguidilla de notables opiniones disidentes en favor de la libertad de expresión. En la disidencia firmada entonces por el juez Holmes, la minoría del tribunal respaldó el derecho de libre expresión de un grupo de opositores del gobierno, en este caso un grupo de inmigrantes rusos, todos ellos socialistas o anarquistas, que distribuían panfletos en respaldo de la Revolución Rusa. Dicha disidencia inauguró, además, una doctrina hiperprotectiva del pensamiento crítico, a la que se conoció con el nombre de “doctrina del peligro claro y actual”. Ahora, para justificar la restricción de una cierta opinión o de un cierto orador, debía demostrarse que el discurso en cuestión

3 376 U.S. 254 (1964).

4 Citando a Mill, la Corte sostuvo entonces, por ejemplo, que “aún una afirmación falsa podía realizar una contribución valiosa al debate público”.

venía, de modo evidente, a producir un peligro serio e inminente. Y además, conforme al modo en que la misma doctrina fue administrada, la idea era la de medir ese “peligro claro y actual” con un estándar muy exigente: el riesgo en cuestión debía ser muy importante, y su producción inminente.

Cabe señalar, por lo demás, que la doctrina en cuestión vino a dejar de lado otras mucho más abiertas a la censura de opiniones, como la de la “mala tendencia” (expresada en casos como “Shaffer v. United States”⁵, y según la cual el discurso bajo examen era pasible de sanciones si se determinaba que la “tendencia natural” del mismo era producir un mal, y si quien lo pronunciaba había intentado producirlo); o la de la “incitación expresa” (defendida por el juez Hand en el caso “Masses Publishing Co. v. Patten”⁶, que buscaba eludir el vago parámetro de la doctrina anterior, concentrada en la intención del orador, para centrarse en el contenido de la expresión cuestionada. La idea era ahora examinar si en el discurso examinado aparecían explícitamente palabras destinadas a incitar la violencia). Doctrinas como la del “peligro claro y presente” procuraban, frente a sus alternativas, darle mayor protección a los críticos del sistema. Aquí se asumía que aún las más duras objeciones contra la guerra merecían ser respaldadas como forma de defender el “libre mercado de las ideas”, y asegurar que las ideas triunfantes no fueran el mero producto de la propaganda o la falta de reflexión.

La línea de disidencias inaugurada en “Abrams” (y que tendió a alinear a los jueces Holmes y Brandeis) se mantuvo en muchos otros casos importantes. Así, por ejemplo, en “Gitlow v. New York”⁷, en donde los disidentes Holmes y Brandeis respaldaron a Benjamin Gitlow, un miembro del ala izquierda del Partido Socialista que por medio de la publicación que codirigía promovía el derrocamiento del gobierno a través de medios violentos. O en el notable caso “Whitney v. California”⁸, en el cual el juez Brandeis defendió un principio fuertemente protectorio incluso de las opiniones más duramente opuestas a los gobiernos democráticos. En su opinión, “si existe tiempo para exponer, a través de la discusión, la falsedad y las falacias [del discurso cuestionado], para alejar dicho mal a través del proceso educativo, entonces el remedio a aplicarse debe ser el que permita más expresión, en lugar de imponer el silencio”.

Es importante reafirmar, de todos modos, que una postura tan protectoria de la libertad de expresión como la expuesta no se consolidó en los Estados Unidos sino hacia fines de los

- 5 255 F. 886 (9th Cir. 1919). El caso trataba de un activista que había hecho circular un libro crítico de la violencia militar, tanto como del patriotismo, y de las muertes que el mismo enmascaraba.
- 6 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917). “The Masses” era un periódico elaborado por un grupo de izquierda, también crítico de la guerra. En este caso, como en los anteriores, los objetores eran sancionados a partir de la Ley de Espionaje del año 1917, que entre otras actividades castigaba a aquellas que obstaculizan a la política militar norteamericana, y los reclutamientos para las fuerzas armadas que ella requería.
- 7 268 U.S. 652 (1925).
- 8 274 U.S. 357 (1927). En el caso, se acusaba a la socialista Anita Whitney de participar en un partido que abogaba por la comisión de actos ilegales, o el uso de la fuerza para la producción de cambios políticos.

sesentas. Allí, en “Brandenburg v. Ohio”⁹, la línea de disidencias Holmes-Brandeis, y en particular el test del “peligro claro y actual”, pasaron a convertirse, finalmente, en la opinión dominante dentro de la Corte. En dicha época, además, ellas resultarían suplementadas y expandidas por criterios como los expuestos en “New York Times v. Sullivan”.

En países como la Argentina, la jurisprudencia fue todavía menos sólida en el respaldo de la libertad de expresión. De hecho, la persecución pública de las opiniones disidentes llegó a cristalizar, por ejemplo, en una larga lista de decisiones judiciales condenatorias de los denominados “partidos antisistema”, esto es partidos opuestos al sistema democrático. En algunos de estos casos, además, resultó notable el tipo de argumentación alegado por el tribunal. En el fallo “Partido Obrero”¹⁰, por ejemplo, la Corte confirmó la denegación de personería jurídica a dicho partido, por entender que el mismo presentaba un “programa ficticio” con el mero objetivo de obtener su reconocimiento legal cuando, en su opinión, resultaba evidente que “el programa real y verdadero, aunque oculto” del mismo, demostraba que se trataba de una organización subversiva. Según la opinión de la Corte, el sistema democrático debía contar con medios para garantizar su subsistencia, como el constituido por su poder de rechazar a aquellos partidos políticos a los que considerara “antisistema”¹¹.

En casos como “Bertotto”, de 1933¹², la Corte avaló la negativa del jefe de correos de Rosario a distribuir el diario “Democracia”, por entender que las ideas en él incluidas constituían una apología del delito. La Corte sostuvo entonces que la libertad de prensa no era absoluta, y que por tanto no podía ser utilizada con “fines contrarios a la organización política argentina, a la moral pública, y a las buenas costumbres”¹³. En fallos más recientes, como “Servini de Cubría”¹⁴, la Corte ratificó una línea de argumentación poco comprome-

9 395 U.S. 444 (1969). Notablemente, el fallo vino a respaldar al líder del grupo racista Ku Klux Klan, que abogaba por la violencia racial.

10 Fallos 253:133.

11 Esta línea doctrinara fue ratificada, por ejemplo, en fallos 246:237 y 248:800.

12 Fallos 168:30.

13 En “Campillay” (Fallos 308:789) un fallo célebre —lo que no significa admirable— la Corte argentina fijó algunas condiciones objetivas tendientes a liberar a la prensa de cualquier demanda de responsabilidad por el contenido de sus publicaciones, en los que se imputa a alguien la comisión de algún hecho de resonancia criminal (la información sobre la que no se tenía certeza debía publicarse utilizando los verbos en tiempo potencial, o atribuyendo directamente su contenido a la fuente correspondiente, o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito). Sin embargo, estos mismos requisitos fijados por la Corte sufrieron una nueva vuelta de tuerca en casos como “Espinosa” (1994: Fallos 317:1448), en el cual la Corte sostuvo que la mención de la fuente no eximía de responsabilidad al medio en cuestión (debido a que se realizaba una imputación delictiva al sujeto en cuestión, no incluida en la fuente original de la noticia). De modo más grave, en “Menem, Eduardo” (1988: Fallos: 321:2848), el tribunal sostuvo que si había indicios racionales de falsedad evidente en los datos transmitidos por la fuente, no era suficiente siquiera cumplir con las exigencias de “Campillay”, ya que la empresa periodística en cuestión debía encarar una investigación independiente por cuenta propia, o simplemente no publicar la información del caso.

14 Fallos 315:1943.

tida con la robustez del debate público. En la opinión de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor, ella sostuvo que no toda la expresión de opiniones “goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino [sólo] aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas”. El juez Barra llegó a defender entonces ciertas formas de censura judicial previa, si la misma va dirigida a impedir que “el daño al honor o la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no se estime suficiente su reparación por otros medios. Estos casos —agregó— nada tienen que ver con la promoción de un debate de ideas necesario para que los miembros de una sociedad autogobernada puedan decidir y vivir mejor”¹⁵.

La concepción teórica hasta aquí defendida, claramente, viene a confrontar con muchas de las opiniones jurisprudenciales examinadas. Contra ellas, otorga al derecho de la libertad de expresión un estatus especial dentro de la estructura constitucional, y aún dentro de la estructura de derechos. La crítica al gobierno y a los funcionarios públicos, entonces, aparece hiperprotegida dentro de una categoría de derechos ya hiperprotegidos¹⁶.

- 15 Por otra parte, leyes bien animadas pero seguramente sobreincluidas como la “Ley antidiscriminatoria”, n. 23.592, también contribuyeron a cimentar una postura jurisprudencial restrictiva frente a determinadas expresiones, en este caso las de contenido discriminatorio. Según la ley: “Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.
- 16 Lo dicho se contradice, por ejemplo, con lo fijado por la Corte en casos como “Spacarstel c. El Día” (2002; Fallos 325:50) en donde sostuvo que “el ejercicio del derecho de la libertad de expresión de ideas no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas”. Aquí, la Corte abre la puerta para desplazar el valor de la discusión de ideas en favor de consideraciones de carácter vago, o derechos personales que, de acuerdo con el caso que se trate, bien pueden ser desplazados. La Corte ya había dado una muestra de lo que podía entender sobre la materia, tanto en casos como “Menem, Eduardo” (un caso ya mencionado en una nota anterior), como en “Menem, Carlos c. Editorial Perfil” (2001, Fallos 324:2895), en el cual privilegió la protección de la “intimidad” del ex presidente, frente a la difusión de una información que confirmaba algunos de sus rasgos más salientes en el ejercicio de la función pública (la información simplemente hacía público que el presidente tenía un hijo extramatrimonial, que no había reconocido, con una legisladora provincial). En “S. V. c. M.D.A.”, (2001 Fallos 324:975) un caso que involucraba un juicio de filiación en contra del futbolista Diego Maradona, abrió lugar a la admisión de la censura previa, descartada de plano por la Constitución, al revocar sólo parcialmente la decisión de los jueces inferiores orientada a prohibirle a los medios la difusión de datos que involucren a la menor en cuestión (los jueces Belluscio y Petracchi, en fallo disidente, sostuvieron en cambio que “Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función y entrañaría un desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé”).

III. El choque entre la tradición del “libre mercado de las ideas” y la del “debate público robusto”

Las dos tradiciones examinadas, la del “libre mercado de las ideas” y las del “debate público robusto” son capaces de avanzar de modo conjunto en una enorme diversidad de casos, para dar fortaleza a una doctrina hiperprotectiva de las opiniones críticas. Sin embargo, esta feliz coincidencia no nos habla de una superposición de ambas doctrinas, ni de una coexistencia sin conflictos. Más bien, y por el contrario, corresponde decir que esa multitud de coincidencias que las unen se acompaña con una multitud de diferencias que amenazan con tornar a éstas en tradiciones rivales¹⁷.

La tradición del “libre mercado de las ideas”, por ejemplo, tendió a dar respaldo a numerosos criterios que la doctrina del “debate público robusto” directamente rechazaría. Típicamente, ella respaldó la idea de que el gran enemigo de la libertad de expresión era el Estado, por lo que —asumió— la libertad de expresión se expandía cuando se ponían más trabas al accionar del Estado. Por supuesto, los defensores de esta tradición tenían algunas buenas razones para sostener este punto: el Estado era el que perseguía a los anarquistas que objetaban al gobierno; era el que ponía en prisión a los socialistas que abogaban por la violencia; era el que impedía que circularan publicaciones en las cuales se atacaban las políticas estatales. Frente a dichos escenarios, no era iluso sostener que la mayor “victoria” que podía obtener la libertad de expresión era la “derrota” del Estado intrusivo, censor, represivo.

Fue en atención a tales criterios que los defensores del “mercado libre de ideas” empezaron a defender el criterio según el cual “la mejor política en materia de libertad de expresión es la ausencia de política”, la idea de que cualquier movimiento del Estado en esa área debía verse como una amenaza a combatir. “Dejar hacer” era, según esta óptica, el mejor modo de honrar el compromiso público con la idea del respeto a todos y la libertad de todos.

Había otros buenos argumentos que, sumados a los anteriores, ayudaban a fortalecer esta postura antiestatista. Por un lado, podía decirse que la “pulverización” de la autoridad pública era la que contraatacaba de una expansión de la libertad de expresión. Ahora, habría menos chances de que una sola autoridad quisiera fijar qué era lo que debía escucharse y qué no. Ahora era más factible que brotaran voces diversas y disonantes. Se acababa el riesgo de que la comunicación tuviera un solo dueño —que fuera monopolizada por el Estado, o dirigida abusivamente por él.

Dejando la comunicación en manos de la sociedad, además, se contribuye a que las diversas voces sociales sean escuchadas. Esto se vería facilitado por los mecanismos de mercado que aparecen, en el mejor sentido del término, como mecanismos no ideológicos. Aquí, nadie va a ser beneficiado por sostener una cierta ideología ni penalizado por sostener la

17 Los mejores análisis al respecto en Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996; también en Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1997.

contraria. El mercado es “ciego” en tal respecto. Lo único que cuenta, en definitiva, es que la idea en cuestión sea capaz de resultar atractiva para algún grupo. En la medida en que ello ocurra —en la medida en que ésta tenga potenciales “compradores”— es previsible que circule, y que haya sujetos o grupos (p. ej., los dueños de una emisora privada) interesados en hacerla circular.

¿Son éstos, sin embargo, criterios atractivos para aquellos comprometidos con la idea de la libertad individual o el igual respeto? Podría decirse que no, por una diversidad de razones. En primer lugar, en dichos argumentos se presupone una noción discutible de pluralidad de ideas, que parece asimilar a la misma con la pluralidad de propietarios (de periódicos, de TV, etc.). Se nos dice que abatiendo al Estado monopólico abrimos las puertas a la libertad de expresión. Pero lo cierto es que resulta perfectamente concebible una situación en la cual existen múltiples propietarios y “una sola voz” en juego. O, más habitualmente todavía, puede darse una situación en la que existen varios propietarios y algunas voces o temas sistemáticamente excluidos. En términos de Owen Fiss, la situación que se nos aparece es comparable a una en la cual el “ágora” —el lugar de reunión y discusión de la comunidad— ha sido privatizada, y se nos cobra entrada por acceder a ella (con lo cual, nuestro derecho a expresarnos comienza a depender de nuestros recursos,) y en la que la amplitud de la expresión deja de ser una prioridad pública, y pasa a depender de la evolución del mercado comunicacional.

Para quienes defienden la idea de un “debate público robusto”, la situación que comienza a delinearse resulta temible. Una política (o “no política”) como la propiciada por la tradición milleana pone en riesgo dos ideales fundamentales, arriba citados: el ideal de que *todos los afectados* por la decisión pública intervengan en ella; y el ideal de que la decisión surja de un *debate* que los involucre a todos. Más bien, el ideal del “libre mercado de las ideas” se desentiende de aquellos objetivos que, en todo caso, pueden ser el resultado azaroso de una coyuntura favorable.

Aquel escenario ideal se logrará, en todo caso, en la medida en que todos estén efectivamente situados en un pie de igualdad, y en donde la comunicación se dé fundamentalmente a partir de oradores o críticos individuales, capaces de ocupar sucesivamente o al mismo tiempo un espacio más bien infinito. Esta podía ser la situación imaginable a comienzos del siglo XX, cuando se produjeron muchos de los fallos citados más arriba, destinados a reprimir a los críticos del gobierno. Como dice Owen Fiss “en [el caso del ‘orador de la esquina’], el elemento de la escasez tiende a ser enmascarado; cuando pensamos en la esquina de la calle suponemos, por lo general, que cualquier orador tendrá su turno y que la atención de la audiencia es virtualmente ilimitada. Es por ello que, efectivamente, la historia es tan atractiva. Pero en política, la escasez es la regla y no la excepción”¹⁸.

Es la escasez, entonces, la que amenaza el “debate robusto”. Son muchas las opiniones que quieren expresarse, y pocas las oportunidades de hacerlo por medio de vías efectivas

18 Fiss, Owen, 1997, p. 26.

(efectivas en cuanto a que aseguren un alcance relativamente masivo a la opinión). Consecuentemente, y en razón de la misma existencia de los mecanismos de mercado, la difusión de ideas se torna cara y virtualmente inaccesible para una mayoría. Este tipo de razonamiento es el que apareció en la decisión “Red Lion Broadcasting Co. v. FCC”¹⁹, tanto como en la norma que dio lugar al mismo. En “Red Lion”, en efecto, se discutió la constitucionalidad de la llamada “doctrina de la equidad”, conforme a la cual, y entre otras exigencias, se imponía tanto a los medios radiales como televisivos la obligación de discutir cuestiones de interés público, y de hacerlo desde puntos de vista opuestos entre sí. La Corte sostuvo entonces que no había nada en la Constitución que “le impidiera al gobierno exigirle al licenciatario que comparta su frecuencia con otros, comportándose como un representante o fiduciario con la obligación de presentar aquellos puntos de vista y aquellas voces que resulten representativas de la comunidad y que de otra manera, y por necesidad, serían desplazadas de las ondas de comunicación”. Según el tribunal, la Constitución toma “el derecho de los espectadores y oyentes, y no el de los tele-emisores como derecho principal”. Lo que ella toma como crucial es “el derecho del público a contar con un acceso adecuado a ideas y experiencias sociales, políticas, estéticas, y morales”²⁰. Tal pluralidad de puntos de vista resulta severamente afectada cuando los principales medios de comunicación pasan a estar en manos privadas.

Podría decirse, en tal sentido, que la profecía milleana acerca del “test de verdad” de las ideas —test que hacía depender el valor de una idea de su capacidad de sobreponerse a la confrontación con ideas opuestas— no llega a cumplirse. En contextos como el nuestro es

19 395 U.S. 367 (1969).

20 Este criterio avala cierta forma de derechos tales como el derecho de réplica, reconocido en el art. 14 inc. 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que señala que “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.” La Corte argentina realizó un reconocimiento más bien payasesco de este derecho, en un caso que involucraba al reconocido constitucionalista Miguel Ekmekdjian, quien sostuvo que había sido personalmente agraviado por las opiniones formuladas por un escritor en un show televisivo, en contra de la Virgen María. La Corte (“Ekmekdjian c. Sofovich”, 1992: Fallos 315:1492), modificó una jurisprudencia de larga data y admitió la validez del derecho de réplica: claramente, sin embargo, éste no se trataba de un caso en el que una persona había sido sujeta a un tratamiento ofensivo, y directamente dañado por una opinión (un caso en el que sí podía tener sentido el derecho de réplica). Por el contrario, se trataba aquí de un juicio que —según sostuvo la Corte— había interferido “en el ámbito privado de Ekmekdjian, conmoviendo sus convicciones más profundas [...] interfiriendo en la vida ajena, mortificando sus sentimientos, lo que implica un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador”. La Corte desplegó entonces una extraña, y marcadamente perfeccionista, visión sobre el derecho de réplica, el derecho a la privacidad, y la libertad de prensa. Más tarde, en “Petric” (1998: Fallos: 321:885), la Corte sostendría que el derecho de réplica no procede contra opiniones divergentes, sino sólo ante datos inexactos o agraviantes, y en relación con los sujetos que fueran directamente aludidos en tales expresiones.

dable esperar que haya ideas subrepresentadas por no ser del agrado de los dueños de los principales medios, y otras que por razones inversas aparecen sobrerrepresentadas. O, lo que puede ser peor, esta sub y sobrerrepresentación de ideas puede depender ya sea de la buena voluntad del propietario de medios, ya sea (más comúnmente) del dinero con el que uno cuenta (para comprar un medio o para comprar espacios de difusión en un determinado medio), o de la capacidad de uno para seducir a aquellos que tienen dinero (p. ej., seducir a quienes pueden comprar publicidad en un espacio en el que uno quiera expresar su mensaje). Todavía peor, en la medida en que la comunicación descansa tanto sobre el dinero, puede ocurrir que algunos anunciantes directamente amenacen con retirar su apoyo a determinados programas si es que los mismos no dejan de tratar temas (p. ej., el aborto) que son hirientes para los dueños de las empresas auspiciantes, o molestos para el tipo de público al que los auspiciantes quieren llegar. En tal sentido, la presencia del dinero en el terreno de la libre expresión les da a los poseedores de aquél de un virtual poder de veto sobre las opiniones que les desagradan. Esta posibilidad, obviamente, no es sino una realidad evidente tanto en países pobres como en países ricos²¹.

IV. Las críticas a la idea del “debate público robusto”

Llegados hasta aquí, conviene prestarle atención a las objeciones que podrían presentar quienes no simpatizan con la idea del “debate público robusto”. Y es que, a pesar de lo atractivo de la propuesta del “debate robusto” como ideal regulativo, los problemas que promete en su puesta en práctica son, según algunos, demasiado serios. Veamos algunos de ellos, y evaluemos su alcance.

- i) ¿Podría decirse, por ejemplo, y en continuidad con la idea del “mercado ideológicamente ciego”, que, aun si uno no cuenta con respaldo económico, las ideas que sean capaces de seducir a una porción más o menos importante de oyentes o televidentes van a encontrar un espacio de difusión? El mercado, podría agregarse, no necesita de propietarios de medios comprometidos con el pluralismo de ideas sino de propietarios exclusivamente auto-interesados: más no sea por el afán de conseguir mayores ganancias, ellos (o al menos algunos de entre ellos) van a darle lugar a las ideas que resulten “populares”. El razonamiento de los propietarios de medios resulta obvio: una mayor audiencia atrae avisadores interesados en difundir sus productos entre mucha (o muy diversa) gente, por lo que la pluralidad ideológica puede convertirse perfectamente en un buen negocio.

21 Sunstein documenta bien estos casos. Véase Sunstein, Cass R., “Free Speech Now”, *The University of Chicago Law Review* 59, 1992.

Los problemas de dicha línea de razonamiento, sin embargo, también son obvios. Ante todo, tal línea de reflexión hace depender la capacidad de difusión de una cierta idea de cuestiones ajenas a lo que, podría decirse, más importa, esto es, contar con un medio ambiente rico en opiniones diversas. Lo que es más serio todavía, el escenario que se nos promete es, por definición, trágico para aquellos que sostienen opiniones impopulares. Estas opiniones impopulares, por serlo, contarían casi con nulas posibilidades de trascender a los medios masivos. Dado su propio carácter, una gran mayoría de la población las rechaza, tal vez visceralmente. Pero es esta razón, justamente, la que torna imprescindible que existan otras vías destinadas a favorecer la transmisión de ideas. En el contexto de una guerra, por ejemplo, la opiniones contrarias a la política bélica del gobierno pueden ser las más importantes: las que muestren por qué es necesario detener ciertos bombardeos, o las que difundan las atrocidades que se cometen, o las que señalen los costos en vidas y en recursos económicos que se están produciendo. Sin embargo, es dable esperar que ellas sean boicoteadas por el gobierno, por el gran público, y por una mayoría de empresas alineadas con el gobierno o ansiosas por alinearse con (o por no ganarse la hostilidad de) el pensamiento mayoritario.

- ii) Podría objetarse, entonces, que los razonamientos anteriores parten de premisas falsas, dado que el dato de la escasez —clave en argumentos como los que aparecieron en “Red Lion”— ha perdido importancia en la actualidad. En efecto, alguien podría señalar que, en la actualidad hay muchas formas de llegar al público (formas que algunas décadas atrás no existían). La opinión mayoritaria en “Red Lion”, por ejemplo, reposaba sobre un contexto institucional pobre, que tornaba la comunicación pública muy costosa. Pero hoy existen no dos ni tres sino decenas de canales de televisión, a los que se agrega un espacio virtualmente infinito y básicamente gratuito para la comunicación electrónica (típicamente, vía internet).

Una respuesta como la anterior es tan poco atractiva como lo hubiera sido, en el pasado, decirle al orador crítico que escoja, para presentar su discurso, una de las miles de “esquinas” que existen en la ciudad. El crítico, en tal caso, podría decirnos que a él no le interesa, meramente, gritar sus ideas al aire. Más bien, lo que le preocupa es hacer que sus ideas tengan la oportunidad de llegar a tanta gente como sea posible. Si se le negara, entonces, la posibilidad de expresarse en una plaza pública, en una transitada estación de tren o en un aeropuerto, esto es, lugares en donde se da una alta circulación de gente, luego aquella persona tendría razonables motivos de queja. Y lo mismo ocurre en la actualidad, cuando unos pocos controlan las principales vías de acceso a la opinión pública. Los canales de cable y las comunicaciones por medio de internet se expanden con violencia, pero aun así sigue siendo cierto que sólo una muy pequeña porción de los habitantes del mundo cuenta con estas ventajas de la comunicación.

iii) Podría decirse, por caso, que aun a pesar de las limitaciones del “mercado libre” no hay riesgo peor que el riesgo del abuso estatal. En respaldo de esta línea de pensamiento conviene advertir que el Estado en control directo o indirecto de los medios de comunicación masivos no sólo amenaza con la comisión de abusos opresivos para las minorías. El mismo representa un riesgo, además, para el ideal de contar con una política equitativa. Si es que uno toma en serio las críticas provenientes de la teoría de la “elección pública” se debe esperar que cualquier “ventaja” a ser distribuida por el gobierno de turno se convierta en una mercancía que terminará, inevitablemente, en manos de algún grupo de interés al que el gobierno se la entregará en una operación de intercambio de “favores” (desde esta óptica podría decirse algo así como que “no hay nada peor para los intereses de los más desaventajados que las políticas alegadamente hechas para los más desaventajados”). A partir de este criterio, propuestas como la de la “doctrina de la equidad”, defendidas en el fallo “Red Lion” resultarían sólo una penosa muestra de ingenuidad.

La objeción es importante pero, nuevamente, convendría no avanzar tan rápido. Ante todo, cabría señalar que la propia mayoría en “Red Lion” se anticipó lúcidamente a este tipo de comentarios, y dio a ellos una primera respuesta. La posibilidad de que una doctrina como la “doctrina de la equidad” alcance los efectos esperados —sostuvo la Corte— no resulta obvia. Sin embargo, agregó, “si la experiencia con la administración [de la misma] nos demuestra que ella tiene el efecto neto de reducir más que aumentar el volumen y la calidad de la cobertura, entonces habrá tiempo suficiente para considerar las implicaciones constitucionales de la misma. En el pasado, al menos, la doctrina de la equidad no ha tenido dicho efecto”. Es decir, la Corte no abdicó de su capacidad de control, sino que hizo una defensa condicional de la doctrina en cuestión: en la medida en que la misma cumpliera con las promesas hechas ella resultaría sostenida, y en cambio sería declarada contraria a la Constitución si es que ella comenzaba a tener un efecto nocivo para la discusión pública. En otras palabras, en la medida en que existan agencias de control medianamente efectivas —algo que, efectivamente, no es obvio en muchos países latinoamericanos, por ejemplo— no debería temerse cualquier política de “ensayo y error”²². En ello debería consistir, de hecho, una buena política democrática.

iv) Ocurre, en cambio, y como sostuviera Charles Fried (un notable teórico del libertarismo), que preocupaciones como las expresadas hasta aquí se derivan, no tanto

22 Por supuesto, en países en donde tales controles no existen, tanto las políticas públicas como las políticas de “mercado” resultan problemáticas: ambas corren el riesgo de resultar irrepresentativas de la voluntad ciudadana, ambas pueden operar exclusivamente en favor de una elite, ambas pueden implicar costos de todo tipo para los ciudadanos comunes y, en especial, para los sectores más postergados de la comunidad.

de la incapacidad para expresar públicamente ciertas ideas, sino del carácter “poco atractivo” y “poco convincente” de las mismas. Autores como Fried, en efecto, consideran que los crecientes llamados a la regulación estatal en materia de libertad de expresión dependen, en realidad, de la incapacidad de ciertos sectores para ganar atención para sus ideas. El problema que tales sectores enfrentan —señalaría este crítico— no resulta tanto de la “ausencia de espacios” en los medios de comunicación de masas, como del hecho de que otros no le otorguen a sus dichos de la importancia que ellos mismos le asignan²³. Sistemáticamente, la gente parece dejar de lado propuestas comunicativas como las que se defendían en “Red Lion” —que incluían espacios para la discusión de problemas de interés público— optando en cambio por otras de contenido menos “edificante”. La cuestión no es que no existan espacios para la discusión de ideas: el problema parece radicar en que la gente no le presta atención a los espacios de debate existentes. ¿Es que se quiere entonces —podría preguntarnos Fried— forzarnos a ver lo que otros quisieran que veamos, supuestamente en defensa del interés común?

Por supuesto, los defensores del “debate público robusto” (y de todo lo que esta postura implica) quieren y necesitan que su postura encuentre espacio y repercusión públicas. Pero una visión como la expresada por Fried oculta la gravedad del tema en cuestión, al ridiculizar la de sus opositores del modo en que lo hace. A ambas posturas les preocupa asegurar la autonomía de los individuos, la libertad de elección de cada uno, la soberanía de oyentes y televidentes pero, resulta claro, tienen concepciones opuestas acerca de lo que dichos conceptos significan. Este tipo de diferencias han ido resurgiendo hasta aquí, en distintas partes del texto, y todavía se muestran como difíciles de saldar. Esta diferencia es la que enfrenta a quienes ven al mundo desde el punto de vista del mercado, y a quienes lo ven desde el punto de la justicia política. Para estos últimos, el respeto a la igual dignidad de cada uno no requiere que se tomen las preferencias de cada persona como preferencias “dadas” sino que, por el contrario, exige que las preferencias de todos sean puestas a revisión. Para estos últimos, la libertad de elección depende, también, de la diversidad y calidad de las opciones abiertas frente a cada uno²⁴. Los defensores del “debate público robusto” no piden que se fuerce a nadie a participar en lo que no quiere, o a mirar o escuchar aquello que no le interesa. Lo que les preocupa es que se cree un abanico amplio de opciones, si es que ellas no existen; que se abran espacios adicionales para la crítica, si la gente se conforma sistemáticamente con ciertas ideas dominantes. Lo que les preocupa es que se “cultive” la virtud ciudadana si es que el contexto reinante “cultiva” la apatía y el desinterés de unos hacia otros.

23 Fried, Charles, “The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty”, *The University of Chicago Law Review*, 59, 1992, p. 252.

24 Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

- v) Finalmente, alguien podría argüir que el real problema en juego es el vinculado a los riesgos de la coerción estatal. Es cierto, podría agregarse, que la violación de derechos puede tener su origen en último en la acción de particulares o en la acción del gobierno de turno. Sin embargo, también lo es que ningún riesgo es mayor que el que proviene de la amenaza estatal. El Estado cuenta con recursos económicos y técnicos prácticamente inigualables por cualquier conjunto de particulares, a la vez que tiene a su disposición medios de represión y guerra que otros no tienen (todo esto, salvo en casos excepcionalísimos como el de las bandas de narcotraficantes en algunos países latinoamericanos, por ejemplo). Debido a su poder excepcional, es que cualquier intento de fortalecer los poderes del Estado debe merecer como respuesta una excepcional prudencia. Debido a su extraordinaria capacidad para causar daños a terceros, es que debe hacerse todo lo posible para contener la voracidad intervencionista del Estado. En conclusión, la crítica al Estado no implica sostener la inocencia innata de los ciudadanos actuando como particulares. Sólo se pretende decir que hay riesgos más graves que otros, y que conviene siempre, en cada caso que sea posible, dificultar la aparición de los que evaluamos como peores riesgos.

Contra dicha postura, podría señalarse que la misma es simplemente errónea si es que asume que existe algo así como una situación de no regulación estatal. El Estado es siempre responsable del medioambiente de ideas que existe en una determinada comunidad; de la mayor o menor riqueza de opiniones que se da en la misma. Un Estado que le otorga derechos de propiedad exclusivos al dueño de una frecuencia radiofónica; el que le permite a otro que diseñe la programación de su canal a su total arbitrio; el que le presta su fuerza al dueño de un centro comercial para impedir una manifestación que se celebra en sus puertas; el que permite que las ideas circulen conforme al dinero que las respalda; el que impide con sus sentencias judiciales el derecho a réplica, es un Estado que contribuye a diseñar un cierto ambiente cultural. Si en un momento decidiera tomar la dirección opuesta en cada una de sus elecciones anteriores no pasaría a ser, mágicamente, un Estado “intervencionista” que regula lo que antes no estaba regulado públicamente. La situación de “no intervención estatal” no existe (como nos enseñaron a verlo Cass R. Sunstein y Stephen Holmes, en su trabajo sobre el costo de los derechos²⁵), como no existe la ausencia de política en materia de libertad de expresión. Sólo podemos optar entre distintos criterios de regulación estatal, unos que buscan dejar más poder de decisión en la minoría que eventualmente tenga más dinero; y otros que se orientan a robustecer la capacidad de elección de cada uno de los miembros de la comunidad.

25 Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, 1999.

V. ¿Es siempre valiosa la existencia de “más expresión”?

Las consideraciones defendidas hasta aquí nos llevan a proponer un escenario de intensos debates públicos, en donde el Estado se involucra para expandir tanto como sea posible los márgenes de la discusión pública. Las diversas voces sociales deben ser escuchadas cuanto sea posible, y más allá de los recursos que consigan en su respaldo, o la popularidad que conciten.

Dicha afirmación, como principio general, puede resultar razonable, pero lo cierto es que, si queremos tomarnos su contenido en serio, debemos examinarla con más cuidado. Existen, por ejemplo, varias formas de cuestionar el relativo “optimismo” que aquel criterio contiene y que, finalmente, es propio de la idea milleana del “libre mercado de las ideas”.

Un primer cuestionamiento a dicho optimismo proviene de análisis como los avanzados por el feminismo radical²⁶. Considérese, por ejemplo, las afirmaciones de Catharine MacKinnon, según quien existe suficiente prueba empírica para mostrar que el material pornográfico causa daño sobre las mujeres al “aumentar las actitudes y conductas de discriminación masculina, en formas violentas y no violentas”²⁷.

Según la autora, la presunción milleana en favor del libre mercado de las ideas es inaplicable incluso en su propia lógica. Ello, entre otras razones, porque discursos como el de la pornografía afectan, directa e indirectamente, a otras personas, en este caso particular, a las mujeres. En este sentido, si nos tomamos en serio los compromisos milleanos de aceptar la intervención pública sólo en casos en los que nos enfrentamos con daños a terceros, entonces éste sería uno de ellos. El intento de MacKinnon es particularmente interesante porque la autora nos viene a mostrar que discursos como el de la pornografía no pueden ser evaluados sólo como tal, es decir, como si fueran “meras palabras”²⁸. Conviene advertir el significado de dicha afirmación: si se asimila la pornografía a “otro discurso más” —como lo hace parte de la doctrina moderna²⁹— luego, la suerte que va a correr la misma, previsiblemente (y en particular en un contexto por lo general tan sobreprotectivo de la expresión, como el norteamericano) es “blindar” a la misma, hasta convertirla en indestructible frente a cualquier ataque. MacKinnon, por el contrario, procura romper dicha idea, mostrándonos que la pornografía no es una mera cuestión de palabras, sino de hecho, actos: ella es “acto” y genera “actos” (dañosos). Dado que ella se encuentra fundamentalmente asociada con la producción de daños, entonces, ella merece ser sujeta a controles de un modo en que hoy no lo está.

Conviene prestar atención a lo implicado por dicha postura, en su intento de quitar del área sobreprotegida de la expresión a manifestaciones tales como la pornografía. Ocurre que,

26 MacKinnon, Catharine, “Pornography, Civil Rights, and Speech”, 20 *Harv. C.R.*, 1, 1985; de la misma autora véase también *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

27 MacKinnon, Catharine, 1985, p. 52.

28 MacKinnon, Catharine, *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

29 Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

de ser exitosa en su intento, la estrategia de MacKinnon también estaría ayudando a promover un trato distinto a otro tipo de expresiones. Típicamente, podrían decirse cosas similares a las que ella dice, sobre la pornografía, en relación con otro tipo de expresiones, actualmente también cobijadas bajo la protectiva jurisprudencia de la libertad de expresión, por ejemplo, la quema de una bandera³⁰. Lo cierto es que tenemos aquí, entonces, un primer argumento destinado a socavar la idea de que “cuanto más expresiones se escuchen, mejor”. Vemos aquí, por el contrario, que la difusión de ciertas expresiones puede llegar a representar un hecho más perjudicial que deseable. Puede ocurrir, entonces, que tenga sentido revertir aquel dicho para sostener, más bien, que “cuanto menos conozcamos de *cierto tipo* de expresiones, mejor”.

Owen Fiss, de algún modo, extiende las preocupaciones de MacKinnon hacia otros ámbitos, tratando de testear la idea de que “cuanto más discurso, mejor”. Según Fiss, existen discursos que degradan, quitan respetabilidad y autoridad a la palabra de otros y, en tal sentido, terminan por erosionar nuestra capacidad de crecer por medio del diálogo. Es dable pensar — nos sugiere el profesor de Yale— que luego de escuchar determinadas expresiones lleguemos a desarrollar una visión tan pobre respecto de algunos de los participantes de nuestra comunidad de diálogo, que nos sintamos inclinados a dejar de escucharlos. En tal sentido, concluye, cuando aquellos afectados por estos discursos ofensivos quieran reaccionar frente a las humillaciones que han recibido, ya nadie tenderá a prestarles atención: la palabra de estos últimos ha perdido valor. En definitiva, entonces, hemos perdido a algunos de los participantes o potenciales participantes de nuestra comunidad dialógica: la idea de tener “más discursos” o, más específicamente, la de abrir la puerta a todo tipo de discursos ha implicado finalmente una pérdida y no una ganancia. “Más discurso”, en tal sentido, puede ser menos y no más.

El análisis de Fiss encuentra su origen en los estudios del autor en relación con la libertad de expresión y los derechos de la minoría negra en los Estados Unidos. En particular, Fiss concentra su foco al respecto en el llamado “discurso del odio” (“hate speech”) y su valor para una sociedad democrática: debe una sociedad tal proteger aquel discurso dirigido específicamente a degradar a una cierta minoría. Es allí donde su aporte parece tener más fuerza. De todos modos, Fiss extiende este criterio a otras áreas: la vinculada con la pornografía, y la vinculada con el uso de dinero en las campañas políticas. La pornografía, sugiere, tiene sobre las mujeres el mismo efecto que el “discurso del odio” sobre la minoría de afro-americanos: termina por quitarle valor al discurso de las personas contra quienes está dirigida. En tal sentido, el contar con “más pornografía” circulando no debe verse como una forma de ganar en “discurso”, sino como una forma de perder ciertas voces.

Finalmente, Fiss se refiere al caso del uso de dinero en campañas políticas reflexionando, en particular, a partir de casos como “Buckley v. Valeo”³¹. Según el autor, aquí nos encontramos frente a otro caso en el que “más discurso” no significa, necesariamente, una victoria

30 Un análisis interesante al respecto en Sandel, Michael, *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

31 424 U.S. 1 (1976).

para la comunidad de diálogo. Esto es, el hecho de que los más ricos de la sociedad tengan más y más posibilidades de expresar sus puntos de vista no significa que la comunidad haya “ganado” en un sentido relevante del término. Primero, porque lo que parece ocurrir en tales casos es que ciertas ideas resultan “sobrerrepresentadas” dentro de la sociedad: lo que ocurre no es el “ingreso de nuevas ideas” dentro del foro público, sino que algunas de ellas comienzan a repetirse más y más veces. Segundo, podemos decir que la comunidad dialógica no se ha visto beneficiada si es cierto que no contamos con un foro de “paredes flexibles”, en donde el ingreso de más y más ideas no encuentra límite. Más bien, y por el contrario, lo que suele ocurrir es que la mayor presencia de ciertas ideas resulta en detrimento de otras, con menos respaldo económico detrás (o con menos capacidad de conseguir dicho respaldo económico). Como un defensor de la idea del “debate público robusto”, Fiss no duda en condenar esta situación para favorecer una alternativa en la que se privilegie la diversidad de ideas, con independencia de la base económica de las mismas.

Llegados a este punto, nos interesaría decir que, más allá del éxito final que concedamos a criterios como los avanzados por MacKinnon o por Fiss, ellos nos han ayudado ya a poner en crisis ciertos parámetros con mucho predicamento dentro de los análisis propios de la libertad de expresión. Sus estudios nos fuerzan a pensar dos veces aquello que, en algún momento, pudimos aceptar simplemente como obvio: el valor del contar con “más discursos” dentro de nuestro foro público. De todos modos, tiene sentido aún que mantengamos cierta prudencia a la hora de determinar cuál discurso “merece” quedar fuera de dicho foro. Es cierto que tenemos buenas razones para rechazar la idea conforme a la cual “la mejor política en materia de expresión es la no política” (es cierto que tenemos razones para resistir la interpretación que hacen algunos teóricos acerca de la aparente condena de la Constitución norteamericana hacia todas las políticas de regulación de la prensa, la idea según la cual “no law means no law”). Sin embargo, ello no nos lleva a mirar con buenos ojos toda política limitativa de la expresión: es claro que nos encontramos en una de las áreas más sensibles para el mantenimiento de una valiosa vida en común, por lo que necesitamos ser muy cuidadosos con las regulaciones que aconsejemos para esta área, y con los riesgos posibles derivados de ellas.

Sobre las afirmaciones de MacKinnon, entendemos que ellas ganan todo su sentido en la medida en que sea posible probar, de modo más o menos fehaciente, que la circulación de pornografía se encuentra causalmente vinculada con la producción de daños. Pero ocurre que, más allá del hecho obvio de que en algunas personas dichos materiales generan violencia (algo que ocurre, también, con otros materiales como las películas de acción o ciertos videojuegos), también es cierto que en otras personas éstos los reducen: hay quienes, de hecho, canalizan así sus peores impulsos. Lo cierto es, en definitiva, que el balance al respecto es cuanto menos muy dudoso, si no directamente negativo en relación con lo alegado por MacKinnon.³² De todos modos, tal vez sea éste uno de los casos en que, debido a los contrava-

32 Así, por ejemplo, conforme a lo establecido por el famoso informe elaborado por la “Comisión Williams”, en Inglaterra.

lores en juego, convenga rebajar nuestros estándares de exigencia en relación con la “prueba exigida”, y mantenernos más abiertos a reconocer el impacto posible de los materiales pornográficos sobre la producción de daños a terceros. Ello, más allá de las muy buenas razones que tenemos para combatir la pornografía infantil; el tráfico de mujeres; o la explotación de mujeres por la industria pornográfica. Ello, más allá de las muy buenas razones que tenemos para mejorar la ecuación género (femenino) y economía, que hoy termina por forzar a muchas mujeres a incorporarse en actividades (pornográficas o no) que detestan; o para combatir los “poco neutrales” incentivos que hoy reciben las mujeres (entre otros grupos) para actuar o comportarse de determinado modo, o para perseguir ciertos modelos de vida particulares.

En cuanto a criterios como los defendidos por Fiss, particularmente en relación con la pornografía y el “discurso del odio”, diría que éstos son tal vez demasiado fuertes, en cuanto a lo que asumen y lo que sugieren. Tal vez la conexión causal entre circulación de ciertos discursos y la “pérdida de la palabra” de algunos grupos no sea tan sólida. Tal vez no sea tan claro que aquellos discursos —u otros con efectos similares— deban ser directamente suprimidos. Sin embargo, cuanto menos, creo que Fiss nos ayuda a ver que nuestro compromiso con la libertad de expresión no nos debe llevar a poner todos los discursos en un mismo nivel. Esta posición, sostenida por la propia Corte norteamericana, encaja con una idea muy relevante dentro de este escrito: aquella según la cual existen discursos más importantes que otros, que consecuentemente merecen ser protegidos con mayor intensidad que otros. Esto es, para decirlo en términos negativos, que dentro del área del derecho a la libertad de expresión —un derecho que merece nuestra mayor protección— existen discursos, digamos, de “segunda categoría” (no por causarnos “disgusto” en cuanto a su contenido, sino típicamente por ser ofensivos hacia otros, o por degradar a ciertos grupos) que por lo tanto los torna pasibles de cierto tipo de regulaciones que no nos arriesgaríamos a encarar respecto de otros discursos. Esto, lejos de llevarnos a conceder un “cheque en blanco” para la censura o la restricción de discursos, nos lleva a reafirmar la “hiperprotección” que merecen ciertas expresiones, y nos permite —estricta justificación mediante— pensar en limitaciones típicamente de “tiempo, lugar y modo”, que no deberíamos aceptar, por caso, en relación con el discurso político. En lo personal, entendemos que el caso a favor de la limitación del “discurso del odio” es más sencillo que el caso contra la pornografía. Entendemos que la mujer se encuentra más degradada por una mayoría de telenovelas y revistas de moda que por la pornografía. Pero esto nos lleva a otro tema sobre el que quisiéramos volver más adelante.

Finalmente, ¿qué decir sobre lo señalado por Fiss en materia de gastos electorales? El tema, nuevamente, es más polémico de lo que parece, porque hay razones para pensar que, finalmente, en materia de política, “más discurso siempre es mejor”. La sociedad, como diría David Estlund, se enriquece escuchando más y más de ciertas ideas (en la medida en que ello no implique, es obvio, la censura de otras). La vida política se fortalece y gana espacio sobre otras actividades; la gente tiene más oportunidades para acercarse a la discusión de cuestiones que, finalmente, la afectan de un modo directo. Argumentos como los de Estlund

tienen sentido, pero también es cierto que desde el punto de vista del “debate público robusto” nada es más importante que la confrontación entre ideas diversas, lo cual requiere no sólo que las ideas diversas tengan la oportunidad de ingresar en el foro público —o que lo hagan en los márgenes del mismo— sino que esa lucha de ideas se produzca en los escenarios centrales del ágora en cuestión. Si, gracias a la capacidad económica de algunos eso no se produce, dado que los grandes inversores dejan sólo espacios marginales para la circulación de ideas alternativas, entonces mereceríamos poder levantar un reclamo en nombre de nuestros derechos expresivos violados.

La Corte norteamericana niega la legitimidad de aquel reclamo, y lo hace con el argumento más duro posible: “el dinero es discurso”, sostiene. Luego, y en razón de este argumento, considera que cualquier restricción en la cantidad de dinero que los ricos pueden usar en defensa de sus ideas debe verse como un ataque a la libertad de expresión (y por tanto, como un ataque que la Corte Suprema considerará violatorio a la Constitución). No hay nada en la Constitución que dé respaldo a la idea de que la voz relativa de algunos puede ser aumentada reduciendo la voz relativa de otros. Si el argumento de la Corte tiene algún impacto entre aquellos preocupados por la idea de igualdad esto se debe, nos parece, a que nos conduce a pensar en términos equívocos. Por supuesto, alguien podría decir que es irracional acallar a un político rico o respaldado por los ricos, que va recorriendo el país de punta a punta —gracias a los recursos con los que cuenta— mientras los demás no hablan o lo hacen sólo en la localidad en donde están asentados. Aquella persona está difundiendo política, ampliando los límites de la misma, y eso en sí es bueno. Quienes están preocupados por la igual dignidad de cada uno, quieren que cada persona tenga la posibilidad de optar entre opciones significativas (según Joseph Raz), y es por esto que ven con razonable preocupación que las elecciones de tales personas comiencen a quedar afectadas por cuestiones, en principio, moralmente injustificadas.

El carácter (normalmente) no justificado de la distribución desigual de recursos reclama numerosas regulaciones sobre los usos del dinero, aunque corresponda determinar con mayor cuidado cuáles pueden ser esas regulaciones. Tal vez lo único que sea necesario sea asegurar una distribución general de recursos más igualitaria. Tal vez corresponda dar subsidios especiales a ciertos grupos. Tal vez corresponda promover normas como las de la “doctrina de la equidad” para asegurar una voz a los distintos puntos de vista en juego. Nos importa asegurar muy especialmente que el ingreso al foro de las ideas dependa de que nos encontramos con una cierta idea, y no de hechos aquí irrelevantes, como los vinculados a la cantidad de dinero que hemos heredado, o la cantidad de dinero que hemos sido capaces de atraer. No queremos que se nos cobre entrada para entrar al ágora³³, como no querríamos que el ingreso a dicho foro dependa, por ejemplo, de nuestra fuerza bruta (nuestra capacidad de desplazar a golpes a aquellos que quisieron entrar antes que nosotros).

33 Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

VI. La degradación de la vida pública

Una última idea que nos interesa tratar tiene que ver con lo que podríamos llamar la “polución” de nuestro medioambiente social/cultural. Nos referimos al espacio que ocupa en la actualidad lo que se ha dado en llamar la “prensa amarilla”, la “televisión basura”, los discursos menos reflexivos. Este tipo de preocupaciones, cabe admitirlo, se refiere a los *contenidos* de discursos hoy predominantes. Es importante reconocer este punto porque, por lo general, y en principio, admitimos que en materia de expresión sólo pueden justificarse ciertas regulaciones en materia de “tiempo, lugar y modo”, pero nunca aquellas vinculadas con los contenidos de ciertas expresiones.

Una de las razones que se alega habitualmente al respecto —y más allá de las prevenciones generales que podamos tener en materia de regulaciones sobre la prensa— tiene que ver con nuestra preocupación a favor de la idea de la neutralidad estatal. El Estado, decimos, no debe involucrarse en estos análisis de contenido, para separar aquellos que cree más apropiados de aquellos que no le parecen serlo. El Estado, agregamos, debe ser neutral en la materia, y mantenerse al margen de dichos controles, para dejar que los propios individuos escojan los materiales, los discursos, las expresiones que más los satisfagan.

Contra dicha visión, sin embargo, han comenzado a levantarse reclamos, que en la teoría han venido muchas veces de la mano del pensamiento republicano. Los republicanos pueden decirnos, por ejemplo, que debemos preocuparnos por las cualidades morales de los ciudadanos que formamos, y que nos debe interesar el “cultivo” de la virtud en los mismos³⁴. Dichas preocupaciones nos exigen disminuir el peso —sino eliminar directamente— todas aquellas expresiones que, finalmente, “contaminan” nuestra vida pública, degradándola.

Todo lo expresado en el párrafo anterior incorpora, obviamente, una carga moral que preocupa a los doctrinarios más asentados de la libertad de expresión, fundamentalmente pensadores de raíz liberal. Una vez que dejamos ingresar en las políticas públicas estas visiones moralizadas, pueden decirnos que abandonamos nuestro proclamado compromiso con el igual respeto hacia cada uno. El Estado perfeccionista, en definitiva, es el Estado que no toma en serio la idea de nuestras iguales capacidades: la idea de que cualquiera de nosotros tiene igual derecho a decidir cuáles son las expresiones que prefiere consumir. Si, de hecho, las expresiones que concitan más atención pública son las que menos nos agradan, luego, no tenemos más que aceptar la realidad de que sólo una minoría comparte nuestros gustos. Pero no podemos, simplemente, tomar el lugar de aquellos y decirles que ya no pueden consumir aquello que preferían consumir.

Si ésta fuese la respuesta liberal tradicional a las preocupaciones de esta sección —y en parte creemos que lo es— entonces tenemos buenas razones para oponernos a ella. Y es que, nuevamente —éste es un tema que se reitera a lo largo de todo este escrito— las políticas que dicho liberalismo predica no son, de hecho, políticas neutrales, sino políticas que tam-

34 Sandel, Michael, *op. cit.*

bién favorecen resultados particulares. En una mayoría de sociedades modernas, estos resultados particulares son los resultados que impulsa el dinero. Esta afirmación es menos abstracta o misteriosa de lo que parece: el hecho es que no existe algo así como la “no política” en materia expresiva. Normalmente, en nuestras sociedades, la “no política” (entendida, como lo es habitualmente, como la ausencia de regulación estatal) esconde otras regulaciones realmente existentes. En el caso habitual de las sociedades modernas, estas regulaciones son las que permiten que el contenido de las programaciones televisas, radiales, etc., se regulen a partir de los intereses de aquellos con más recursos. Y, claramente, aquellos con más recursos tienen intereses particulares en cuanto al contenido de que van a dotar a sus medios expresivos. Muy habitualmente (aunque no necesariamente, por supuesto), ellos van a tratar de evitar temas controvertidos, ya que de ese modo van a perder audiencia, o lectores. Lo que es mucho peor, van a evitar la circulación de ciertos temas, por ejemplo el aborto, por temor a que alguno de sus avisadores decida retirarse de su cartera de clientes³⁵. Van a evitar temas que ataquen sus propios intereses en mantener el estilo de organización económica que les permite controlar discrecionalmente dicha programación. Van a tratar, por el contrario, de temas que tal vez le interesa a poca gente, pero sí a alguno de sus avisadores. Van a dejar de ocuparse de ideas importantes, o de expresiones musicales o literarias no masivas, porque sólo les interesan las expresiones masivas. Van a dejar de lado todos aquellos mensajes que requieran de cierta reflexión en el recipiente, o de cierto trabajo de concentración en el mismo, porque de ese modo se pierden segundos vitales que pueden ser vendidos de modo más rentable. Esto es, lo que aparece como la no regulación estatal de los contenidos suele traducirse, de modo habitual, en dictados de contenido muy particulares. Estos son los contenidos que le interesa al dinero, y por ello —por el hecho de que en una mayoría los medios de comunicación se encuentran controlados por el dinero— es que las distintas programaciones en los distintos países comienzan a parecerse cada vez más.

Lo dicho hasta aquí viene a sugerirnos, en definitiva, que la preocupación republicana por los contenidos de ciertos medios de comunicación no merece verse como una preocupación animada por motivos perfeccionistas. Por el contrario (y más allá de un tipo de interés en el “cultivo” de virtudes que también les interesa a los liberales) lo que los republicanos reclaman con el lenguaje de la “degradación” de la vida pública, puede retraducirse —si ello fuera necesario— a un muy razonable reclamo en contra de la colonización de la vida pública por el dinero. Lo cual nos lleva a agregar una breve nota, referida a la relación entre comunicación, dinero y publicidad.

35 Estadísticas al respecto en Sunstein, Cass R., 1992.

VII. La publicidad en los medios de comunicación

La publicidad no es una forma más, ni una particularmente inocua, dentro del ámbito de la comunicación pública y la transmisión de ideas. Más bien lo contrario: ella aparece, cada vez más, como una forma sofisticada y particularmente dañina del engaño. Como tal, y en la medida en que el daño que genere sea relevante, ella amerita reacciones públicas severas, como cualquier daño grave. Sin embargo, y contra dicha posibilidad, acostumbramos a ver premios y aplausos que festejan la publicidad, en razón de su carácter original, su gracia, o la calidad de las imágenes a las que apela: recompensas que se asignan con completo descuido de los fines que la publicidad persigue y los efectos reales que provoca. Lo preocupante, por tanto, no son los premios —galardones que los mismos publicitarios suelen otorgarse— o los aplausos ocasionales con que a veces celebramos un anuncio, sino la impunidad que el Estado garantiza para actividades que provocan daños.

Los daños aquí referidos son demasiado comunes, y derivan de avisos que incluyen informaciones falsas o datos equívocos, que inducen a la confusión y el embuste del consumidor. Los ejemplos en los que podemos pensar son muy diversos: desde el casi inocuo caso de la zapatilla que se presenta como interminable y no lo es; al más interesante caso del alimento fundamentalmente dañino para la salud, pero que se promueve como indispensable; o el más conocido caso de los bancos que sugieren contar con un sólido respaldo exterior pero que, a la primera crisis del 2001, ignoran al afiliado al que le sonreían y miran para algún otro lado cuando se les pregunta por el prometido respaldo exterior.

El problema en cuestión no es meramente moral, pero también es moral. Moral no en el sentido de la moral, digamos, de la fe católica, ni moral en el sentido de una inasible “moral media”. El problema es moral entendiendo por moral aquello que nos debemos los unos a los otros: un mínimo de cuidado y consideración, que se relaciona con la elemental idea liberal de no causarnos daños los unos a los otros. En este sentido, tanto por la amplitud y profundidad de los fraudes que contribuyen a generar, como por su nivel de indiferencia respecto de las responsabilidades que les competen, muchos publicitarios pueden ser señalados como partícipes de una actividad inmoral. Esto es así, conviene repetirlo, en razón de los perjuicios que ayudan a causar, y sin tomar en absoluto en cuenta (algo que conviene dejar para otro momento) el contenido particular de las imágenes o mensajes a los que los “creativos” locales suelen apelar en sus comerciales, mensajes cargados de altas dosis de adolescente sexismo, a la vez que excluyentes, de manera violenta, en materia racial.

El problema que aquí interesa, sin embargo, no es moral sino legal. El derecho tiene una relación antigua con el “discurso comercial”, al que ha considerado desde siempre como un discurso “menor” o “bajo” (*low speech*). Que el discurso comercial sea considerado “bajo” significa que, por la naturaleza del mensaje en juego, el derecho no ve al mismo como merecedor del extraordinario nivel de protección que reserva para otro tipo de expresiones (políticas, artísticas). La distinción más importante, sin embargo, suele venir después, y es la que diferencia entre publicidades sobre actividades legales y basadas en información veraz,

de aquellas otras que se refieren a actividades no legales o que se apoyan en datos falsos o informaciones engañosas (*false, deceptive or misleading speech*). Al respecto (en casos como *Central Hudson*, resuelto por la Corte Suprema norteamericana), se señaló que la idea de libertad de expresión incorporada en la Constitución obliga a tener una mirada estricta sobre aquellas publicidades lindantes con la falsedad. Si la Constitución se preocupa por el “discurso comercial” —se sostuvo entonces— ello se debe a la “función informativa de la publicidad”. Por ello mismo —supo concluir la Justicia— “no puede haber ninguna objeción constitucional a la supresión de mensajes comerciales que tienden más a engañar que a informar al público”.

Las respuestas que corresponde dar, frente a la publicidad falsa o engañosa, son diversas y dependen de la gravedad del caso de que se trate. De todas formas, tales respuestas deberían caracterizarse por su carácter fundamentalmente expresivo: lo que se pretende es dejar en claro que estamos dispuestos a asegurar las bases elementales del respeto mutuo, y a asegurarnos —a todos, pero especialmente a los miembros más desaventajados de la sociedad— que nadie se aproveche de nuestra buena fe, a partir de cualquiera de las formas graves del engaño. Actuando de esta forma dejaríamos en claro la existencia de un compromiso público con la idea de que nos consideramos merecedores de un igual respeto, y que entendemos que es una falta grave el que se tomen ventajas indebidas de otros, mediante un uso masivo e incontrolado de la mentira.

Las respuestas que puede reservar el derecho frente a la falsedad comercial pueden ir desde las más obvias —la prohibición lisa y llana de la publicidad engañosa— a las sanciones económicas a todos los agentes involucrados en la producción de tales farsas. Pero estas respuestas pueden incluir, también, y tal como lo reconoce el derecho internacional, la obligación de que las empresas brinden la información relevante que han decidido ocultar, por ejemplo, información sobre los efectos perjudiciales de ciertos alimentos; o datos precisos que transparenten los vínculos reales de una cierta entidad bancaria con su entidad madre ubicada en el exterior.

De lo que se trata, en definitiva, es de contradecir la práctica hoy reinante, que admite livianamente el deslizamiento cotidiano desde la información al engaño: una práctica que involucra la producción de perjuicios graves, y que encuentra en el Estado a un cómplice descuidado, indiferente. El poder público debe cambiar su actitud y dejar en claro en qué lugar se ubica: en el de privilegiado y poderoso custodio de los derechos de cada uno, o en el de complaciente aliado de quienes mintiendo golpean sobre esos mismos derechos.

VIII. Libertad de expresión y dificultades expresivas: la protesta social

Las reflexiones hechas hasta aquí nos permiten reconocer algunos datos importantes. Hemos dicho que el de la libertad de expresión es un derecho al que le corresponde una protección prioritaria (como derecho, frente a otros intereses generales; y como derecho particular,

frente a otros derechos constitucionales). Hemos dicho también que ciertos tipos de expresión —los vinculados a la crítica al gobierno en particular y, en general, los relativos a cuestiones de interés público— merecen recibir una protección especial, dentro del área ya privilegiada de la libertad de expresión. Hacia el final de la sección anterior reconocimos también la extendida responsabilidad del Estado en todo aquello que tenga que ver, entre otros temas, con la amplitud de la expresión libre dentro de una comunidad: él carga con buena parte de la responsabilidad acerca del modo en que *se distribuye la palabra* dentro de la sociedad.

Por otra parte, y por lo que hemos examinado en capítulos anteriores, existen varios factores que tornan todavía más significativa la necesidad de resguardar las opiniones de los críticos. Ello así, ante todo, cuando:

- i) Las herramientas y órganos que dan forma al sistema institucional demuestran ser poco adecuadas para garantizar la “voz” de las distintas partes que componen la sociedad³⁶.
- ii) Los controles “endógenos” existentes —el poder judicial, fundamentalmente— se encuentran, como en tantos países, atravesados por el poder político, al que sirven ilegítimamente en una mayoría de casos.
- iii) Los medios de comunicación de masas se encuentran concentrados impropriadamente en las manos de pocos.
- iv) Las desigualdades económicas que separan a los más ricos de los más pobres de la sociedad son muy amplias, y el nivel de dificultades económicas asociadas con los que están peor son también significativas.

Dentro de contextos distinguidos por uno o varios problemas como los señalados, se acentúan dramáticamente las dificultades expresivas de una mayoría de la población y, por lo mismo, se torna especialmente importante abrir o mantener abiertos los canales de la crítica pública, que permitan sujetar al poder a controles que el sistema institucional no

36 Típicamente, y según viéramos, el voto periódico, en su rigidez y opacidad no permite dar cuenta de la diversidad y cambiantes matices de las preferencias ciudadanas. El sistema representativo aleja más de lo que conecta a los representantes de sus electores. El sistema de “frenos y contrapesos”, por otra parte, fortalece la alienación política de la ciudadanía, a la vez que abre sus puertas a la acción de múltiples grupos de interés, que pasan a actuar sobre sus arterias. El debilitamiento general de los controles “exógenos” en relación con los controles “endógenos” aparece como una de las expresiones más altas de este proceso de desacoplamiento entre los votantes y sus elegidos. Y algunas herramientas particulares dentro del esquema de controles vigente —me refiero al control de constitucionalidad— ayudan de modo especial a potenciar este proceso de expropiación de las decisiones colectivas.

provee o no provee de modo adecuado. Una situación como la descrita debe prepararnos para mirar el derecho a la crítica de un modo diferente, de modo tal de darle realidad y sentido a un derecho que quedaría desplazado, en caso de quedar a la merced de un contexto “naturalmente” animado en su contra.

Deberemos, entonces, mantener una sensibilidad especial que, en contextos diferentes podríamos abandonar. Por ejemplo, en casos de dificultad como los que estudiamos, puede suceder que debamos considerar constitucionalmente inválidas ciertas regulaciones *neutrales en cuanto al contenido* de la expresión, sostenibles en otros casos. Piénsese, por caso, en la situación en que el gobierno de turno veda las propagandas políticas de cualquier tipo de ideología en las avenidas principales de la ciudad, o prohíbe todas las pintadas callejeras o los *grafitis* políticos. Este tipo de restricciones son tratadas habitualmente con benevolencia dada la neutralidad que revisten, a primera vista. Sin embargo, en contextos como los señalados puede ocurrir que esas restricciones que parecen “afectar a todos por igual” resulten especialmente gravosas para sujetos o grupos con pocos recursos que encuentran en tales medios de expresión (p. ej., una pintada callejera) su principal forma de manifestación. En casos como éste, no puede asumirse sin más que las restricciones neutrales en cuanto a su contenido lo sean también en cuanto a sus efectos³⁷.

La gravedad de otras situaciones puede llevarnos a pensar como exigible un *derecho de acceso* a los principales foros existentes de expresión; o un derecho especial para manifestarse aún en el ámbito de la *propiedad privada* de otros individuos. Piénsese, por caso, en una situación en la que comprobamos que el ámbito habitual de circulación de los individuos — los foros públicos centrales de la comunidad— se han trasladado de los más tradicionales (una plaza, un parque) a otros menos comunes como un centro comercial o un estadio de fútbol. ¿Qué pasaría si en tales ámbitos fueran prohibidas ciertas expresiones orientadas a llamar la atención sobre cuestiones de interés público? En “Food Employees Local 590 v. Logan Plaza Valley”³⁸, la Corte norteamericana sostuvo que “un piquete de huelga pacífico, contra una empresa de negocios situada dentro de un shopping center”, no podía ser constitucionalmente prohibido. Sin embargo, al menos en dos ocasiones posteriores se desdijo de tal consideración, faltando a su deber de reconocer el peso de una situación de atrofia expresiva como la existente³⁹.

Algo similar a lo dicho respecto de la propiedad privada debe decirse en relación con la *propiedad pública*: es cierto que muchas demostraciones, mítines o arengas políticas siguen teniendo lugar en los parques y las calles como espacios privilegiados. Sin embargo, también es cierto que existe una gran variedad de nuevos espacios públicos, como las estaciones de metro o autobús, o los aeropuertos, en donde la gente se aglomera y en los que puede resultar

37 Véase, por ejemplo, “U.S. Postal Service v. Council of Greenborough”, 453 U.S. 114 (1981); o “Hefron v. International Society”, 452 U.S. 640 (1981).

38 391 U.S. 308 (1968).

39 “Lloyd Corp. v. Tanner”, 407 U.S. 551 (1972); y “Hudgens v. NLRB”, 424 U.S. 507 (1976).

especialmente importante significativo y provechoso expresar las propias ideas. La Corte Suprema norteamericana, en este sentido, se mostró atenta a considerar la posibilidad de que, a fin de difundir ideas, se utilicen lugares habitualmente dedicados a esos objetivos (parques, calles y algunos otros espacios normalmente abiertos a tales expresiones). De todos modos, directamente negó la utilización de otros espacios menos tradicionales para la comunicación de las propias ideas⁴⁰.

Y qué decir, por ejemplo, de situaciones en las cuales, para hacerse escuchar, quienes protestan deciden cortar algunas de las principales vías de comunicación de la comunidad (una avenida o ruta principal) o bloquearle a los demás el acceso a edificios públicos (p. ej., los tribunales) o privados (p. ej., una fábrica). En países como la Argentina, este tipo de situaciones comenzaron a tornarse más o menos habituales desde el año 1996, con la inauguración de una nueva forma de protesta consistente en los “cortes de ruta”, popularizados rápidamente en los años inmediatamente posteriores, hasta convertirse en una de las principales —sino la principal— forma de protesta social⁴¹.

Frente a tales situaciones, la justicia no tardó en pronunciarse, dando un tratamiento fundamentalmente hostil a la protesta social. Es absolutamente cierto, como dijera la justicia en los fallos revisados, que el ejercicio de un derecho no puede importar la supresión de otros. De todos modos, al momento de hacer un balance acerca de qué peso asignarle a cada derecho, corresponde tener en cuenta lo dicho más arriba: el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática, uno que merece la más alta protección. Es decir, en casos como los que examinamos la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que —mucho más— requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático.

Frente a lo dicho en el párrafo anterior, obviamente, alguien podría recordarnos que las protestas de las que hablamos no consistieron en simples expresiones publicitadas a través de los medios de comunicación ante las cuales podríamos, en todo caso, cambiar de página o de emisora. Se trató, más bien, de expresiones que fueron hechas públicas en importantes y muy transitadas vías de tránsito. Las expresiones en juego, además, no fueron meramente “verbales” sino que vinieron acompañadas, en la generalidad de los casos, por severas molestias para muchos de los demás integrantes de las comunidades en cuestión. Sin embargo, frente a tales dichos, uno podría presentar observaciones como las siguientes.

40 Véase, por ejemplo, en “*Ikson v. Lee*”, 112, 112 S. Ct. 2701, 2718 (1992).

41 Los “cortes de ruta”, fundamental pero no únicamente concentrados en Buenos Aires, comenzaron en 1997 organizados por el grupo radical “Corriente Clasista y Combativa.” En dicha oportunidad, el grupo promovió un promedio de 11 bloqueos por mes. Este porcentaje cayó hasta los 4 bloqueos por mes en 1998; se incrementó a 21 en 1999; y a 43 en el 2000. En el año 2001, los bloqueos llegaron a contabilizar 115 por mes. En junio del 2002 el número de bloqueos llegó a los 150.

En primer lugar, podría retomarse la muy protectiva y consolidada doctrina sobre el “foro público”. Tal doctrina, surgida al calor de los fallos “Hague” y “Schneider”⁴², considera, justamente, a las calles y parques como lugares especialmente privilegiados para la expresión pública. “[Las calles y los parques] —se sostuvo en “Hague”— han sido confiadas al uso público desde tiempo inmemorial, usándose desde siempre para el propósito de que los ciudadanos se reúnan en asambleas, se comuniquen entre sí, y discutan sobre cuestiones públicas”. Notablemente entonces, y desde “Hague”, la Corte Suprema Norteamericana se preguntó: ¿Dónde, sino en la vía pública, pretender la expresión de la ciudadanía?

En el caso “Schneider”, en el cual se cuestionaba la actividad de unos manifestantes que arrojaban panfletos a la calle, los jueces reprodujeron, básicamente, los mismos conceptos que habían presentado en “Hague”. El hecho de que el máximo tribunal norteamericano decidiera dar una fuerte protección a las expresiones realizadas en parques y calles aún cuando la actividad en cuestión involucrara ciertos perjuicios a terceros, resultaba particularmente relevante. En tal sentido, Harry Kalven, una de las principales autoridades del pensamiento jurídico norteamericano en materia de libertad de expresión, destacó la notable enseñanza de casos como “Schneider” para la jurisprudencia futura. Debemos advertir —señaló Kalven— que la “distribución de panfletos en la vía pública... constituye un método de comunicación que acarrea una consecuencia tan inextricable como esperada, que es la de la suciedad en las calles (calles que la ciudad tiene la obligación de mantener limpias). También constituye un método de comunicación que provoca el enojo de una mayoría de personas; mientras que es dudoso que tenga un gran impacto sobre la audiencia. Sin embargo [y a pesar de todo lo dicho], el balance constitucional en “Schneider” fue decidido enfáticamente en favor de mantener abierto el foro público a este tipo de comunicación”⁴³. La mayoría de las expresiones públicas de la ciudadanía acarrearán costos y molestias para terceros que, sin embargo, y en principio, deben tolerarse en honor de la libertad de expresión⁴⁴.

De todos modos, alguien podría contraargumentar, con cierta razón, que las situaciones típicas de “cortes de ruta” diferían sustantivamente de aquellas otras examinadas por la doctrina norteamericana. Ello, debido a que los conflictos sociales aparecidos en nuestro país no implicaban, “meramente”, ruidos molestos, suciedad en las calles, o un cierto desorden en el tránsito. Tales conflictos vinieron acompañados, en una mayoría de casos, de incendios, agresiones, destrucción de la propiedad pública y privada. Frente a esta crítica convendría señalar lo siguiente. En primer lugar, y como punto aclaratorio, cabría insistir en la idea básica expresada por Kalven. La pretensión central de este autor era la de hacernos advertir que “todos los discursos implican expresiones y ‘algo más’. Si se trata de una expre-

42 *Hague v. Cio*, 307 US 496 (1939), y *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).

43 Kalven, Harry, “The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*”, *Sup. Ct. Rev.* 1, 1965, pp. 18-21.

44 Existen, claramente, permisibles limitaciones a la expresión en cuanto a su “tiempo, lugar y forma”. Pero ellas no deben atentar en ningún caso contra el contenido del discurso en juego, o contra la misma posibilidad de que éste se convierta en público.

sión oral —decía Kalven— tenemos ruidos que pueden interrumpir a otros; si se trata de una expresión escrita, tenemos la posibilidad de ensuciar [la vía pública]⁴⁵. Pero —y esto es lo que más le preocupaba al profesor norteamericano— en todos los casos mencionados, y cualesquiera fueran los repudiables desmanes de los manifestantes, teníamos ideas en juego y, por ello mismo, la prioritaria obligación del poder público de resguardar tales ideas. Adviértase que la actitud asumida habitualmente por el poder público, en nuestro país, es fundamentalmente contraria a la que aquí se aconseja: en nuestro contexto se parte de la idea de que la ruta debe ser “liberada”, el tumulto disuelto, y los manifestantes dispersados, y luego, en todo caso, se presta atención a los demás “detalles” involucrados por la manifestación ciudadana. La expresión de ideas, las críticas al poder público, no parecen merecer, en nuestro país, un cuidado especial. Del mismo modo, el fundamental derecho a criticar a las autoridades no parece ocupar un lugar privilegiado en la escala de valores utilizada por una mayoría de funcionarios políticos, jueces y fiscales, en el cumplimiento de sus tareas. Por el contrario, la libertad de expresión aparece —en el razonamiento de tales funcionarios— como un elemento más, que tiene un peso inferior o en todo caso idéntico al de los demás valores en juego (p. ej., el derecho al libre tránsito; el cuidado frente al riesgo de daños potenciales; etc.).

Finalmente, cabe decir que una postura como la aquí avanzada no necesita ni pretende desentenderse de los lamentables efectos colaterales que habitualmente han acompañado a muchos cortes de ruta. Por el contrario, podría decirse, la comunidad en cuestión tiene pleno derecho a reprochar tales excesos (rotura de edificios públicos, lesiones, etc.), incluso mediante el recurso al derecho penal. Sin embargo, aun así, no debe perderse de vista lo más importante: es perfectamente posible distinguir estos reprochables excesos de la prioritaria necesidad de resguardar las expresiones públicas de la ciudadanía.

Llegados a este punto alguien podría decirnos, con algo de razón, que el planteo anterior ignora algunos datos de indudable importancia. Ello, fundamentalmente, porque en una multitud de casos no resulta tan claro que la libertad de expresión de los manifestantes haya sido coartada, algo que nuestro análisis simplemente supone⁴⁶. Puede ocurrir, por ejemplo, que los manifestantes contaban con vías de expresión alternativa (p. ej., una huelga o una manifestación frente a la casa de gobierno), y a pesar de ello optaron por desarrollar esta forma de protesta, socialmente más costosa y más perjudicial.

El punto mencionado es efectivamente relevante ya que, de ser cierto, desvirtuaría mucho de lo que hemos sostenido en la sección anterior, en la cual hicimos referencia a la

45 Kalven, Harry, *op. cit.*, p. 23.

46 Claramente, sabemos que en el caso de Comodoro Rivadavia, al menos, los manifestantes acababan de participar de un paro nacional que se había desarrollado pacíficamente, luego del cual los imputados decidieron iniciar un corte de ruta con las consecuencias conocidas por todos. Este tipo de hechos, resaltados por el Juez Napolitani en su fallo, vienen a decirnos que los manifestantes contaron, en efecto, con vías alternativas de expresión pero que, no obstante ello, prefirieron seguir adelante con una medida directamente perjudicial para muchos de los habitantes de la comunidad.

prioritaria necesidad de resguardar la libertad de expresión. Sin embargo, no deberíamos ir tan rápido a la hora de descalificar los argumentos anteriores. Para comenzar con una posible réplica, sostendría que son muchos los casos en los cuales puede darse una violencia sobre la libertad de expresión, aún a pesar de que la situación en juego no involucre una explícita moción de censura. Para decirlo de otro modo, el hecho de que los manifestantes en cuestión hayan tenido *alguna* posibilidad de expresar sus ideas no es un dato obviamente relevante a la hora de evaluar el curso de acción a tomarse frente al corte de ruta. Por ejemplo, si en nuestra comunidad nos permiten pararnos en la esquina de una barriada alejada y vociferar desde allí nuestras críticas al gobierno de turno pero se nos impide, al mismo tiempo, manifestar esas mismas ideas en el “ágora” central de nuestra sociedad, luego, es posible concluir que en tal contexto la posibilidad de crítica frente al poder se encuentra severamente restringida. Por supuesto, en algún sentido es absolutamente cierto que en dicha comunidad las personas tienen la posibilidad de expresar aun sus ideas más radicales. Sin embargo, todos nosotros dudaríamos mucho antes de afirmar que en el caso citado se respeta el disenso. Y esto, no porque el resto de la ciudadanía se decida a no escuchar o a desobedecer los consejos del orador de turno, sino porque en la comunidad referida no se aseguran los derechos básicos del mismo a ejercer su crítica de un modo apropiado.

Se señala lo anterior por lo siguiente (y aunque éste es, reconocidamente, un terreno sobre el que conviene andar con cautela). En muchas zonas y círculos sociales de nuestras comunidades, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Hechos tan tristes como que un grupo de vecinos incendie y destruya salvajemente un edificio público; que otros acampen en la plaza municipal; que otros se decidan a comer en público animales domésticos; que otros más bloqueen una ruta nacional; nos hablan de una desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que, aparentemente, y de otro modo, no alcanzan a tener visibilidad pública. Y en este punto, según entiendo, es que los funcionarios públicos deben saber asignarle a prácticas como las citadas la gravedad que ellas tienen: es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder público.

El Juez William Brennan —uno de los jueces más brillantes de toda la historia de la Corte Suprema Norteamericana, y uno de los mejores defensores de la libertad de expresión— supo avanzar una significativa reflexión al respecto. Sostuvo Brennan: “Los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para expresar sus ideas a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos”⁴⁷. Este dato —nos enseñaba Brennan— debía ser tenido muy en cuenta por la justicia, a la hora de fundar sus decisiones. Notablemente, el Juez de la Corte sostenía esta

47 En “Adderley v. Florida”, 385 U.S. 39 (1966), voto disidente.

opinión en defensa de un grupo de manifestantes que, justamente, eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en la ciudad⁴⁸.

Las consideraciones avanzadas hasta aquí, según esperamos, aportan nuevos argumentos a tomar en cuenta a la hora de evaluar decisiones como las propuestas por nuestra justicia, frente a los cortes de ruta. Esta evaluación involucra una reflexión acerca de cuál es el mejor modo de preservar el edificio institucional de la democracia. Y es por ello mismo —por la exigencia democrática de tratar a todos como ciudadanos iguales— que el poder público debería reconsiderar la forma en que está haciendo uso de la fuerza que le hemos delegado.

IX. Bibliografía

- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1997.
- , *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.
- Fried, Charles, “The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty”, *The University of Chicago Law Review* 59, 1992.
- Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, C., *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, 1999.
- Kalven, Harry, “The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana”, *Sup. Ct. Rev.* 1, 1965.
- MacKinnon, Catharine, *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
- , *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.
- , “Pornography, Civil Rights, and Speech”, 20 *Harv. C.R.*, 1, 1985.
- Mill, John Stuart, “On Liberty”, en *Three Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1975.

48 Interesa ver, también, “United States v. Kokinda”, 110 S. Ct. (1990). Allí, y junto con los jueces Marshall, Blackmun y Stevens, Brennan volvió a sostener una posición semejante en el caso de unos jóvenes que bloqueaban la única entrada posible en un edificio público. Alegó entonces la doctrina del foro público y la prioridad que debía dársele a la expresión, más allá de su acuerdo con el interés del gobierno por hacer posible el ingreso en el edificio público. Cass R. Sunstein, uno de los principales especialistas contemporáneos en el derecho de la libertad de expresión, muestra tener preocupaciones muy similares a las del juez Brennan. Para él, las autoridades públicas deben prestar una muy especial atención frente a la situación de grupos con dificultades para vehicular sus puntos de vista. Extendiendo tal preocupación, Sunstein ha señalado que, en determinados contextos, puede resultar aceptable la ocupación de ciertos lugares públicos, e incluso privados, con el objeto de difundir un cierto punto de vista, y en tanto no existan lugares claramente alternativos a éstos para lograr los mismos propósitos. Por ejemplo, señala Sunstein, en lugares en donde el aeropuerto o el “shopping center” constituyen los únicos ámbitos en donde el público se reúne en cantidad, puede tomarse constitucionalmente tolerable la presencia de manifestantes que, en otros contextos, podría ser razonablemente desalentada. Sunstein, Cass R., *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Sandel, Michael, *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.
- Sunstein, Cass R., *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
- , "Free Speech Now", *The University of Chicago Law Review* 59, 1992.