

## CAPÍTULO CUARTO

### FUNDAMENTOS Y ALCANCES DE LA LIBERTAD

Una vez estudiado el surgimiento y evolución de las ideas fundamentales de la libertad de expresión y el proceso histórico que desemboca en la sanción de la primera enmienda, se deben analizar cuáles son las justificaciones de la libertad de expresión, para poder determinar si todas esas razones o, al menos alguna de ellas, permite sostener que todos los temas de la sociedad, o por lo menos algunos de ellos, pueden ser debatidos en un marco de absoluta libertad, al margen de cualquier posibilidad del gobierno de establecer algún tipo de restricción.

Se trata de determinar si la libertad de expresión, por algún fundamento en particular o por el conjunto de ellos, tiene un ámbito de protección absoluta.

El capítulo estudia, entonces, dos asuntos:

1. Las justificaciones que se han encontrado para la consagración y tutela de la libertad de expresión. Se revisaron libros, artículos y comentarios de Madison, Tocqueville, Spinoza, Locke, Stuart Mill, Bork, Meiklejohn, Smolla, Sunstein, Blasi, Tribe, Emerson, Shauer, Garvey, Bobbio, D'Arcais y Balandier. El tema, anticipo desde ya, no está saldado en la doctrina ni en los estrados judiciales, ni siquiera en los Estados Unidos, donde más preocupación despertó este debate filosófico y jurídico. Expongo, aquí, los principales hitos del mismo, recurriendo a la lectura y análisis de los más destacados autores norteamericanos.
2. El debate absolutismo/relativismo, que forma parte de la cuestión anterior, pero que desagregó para mayor claridad expositiva. A su vez, también intento rebatir una tesis formulada por Tribe, que en un intento de superar o encauzar el debate absolutismo/relativismo distingue entre acciones gubernamentales de impacto comunicativo y acciones oficiales de impacto no comunicativo. Considero que esa tesis, precisamente en el punto que es objeto de mi estudio

—el secreto de las fuentes de información— incurre en una grave falla, que precisamente muestra las dificultades que presenta la propuesta de Tribe.

### I. JUSTIFICACIÓN DE LA LIBERTAD DE PRENSA

En la medida en que haya razones que justifiquen la protección de la libertad de prensa como libertad protegida, podremos formular una interpretación amplia de los textos constitucionales y determinar si se justifica diseñar, por lo menos para tutelar algunos aspectos de esa libertad, una garantía absoluta.

En rigor, muchas de las teorías que se expondrán a continuación fueron desarrolladas para sostener la posición preferente de la libertad de expresión en la jerarquía de valores sociales. Y, muchas veces, cada una de esas razones fue entendida como excluyente de las demás. De ese modo, lo único que se logró fue justificar, en función de un determinado fundamento, un determinado y único aspecto de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, si se hace hincapié en la justificación del autogobierno democrático como única explicación para poner a la libertad de expresión por encima de otros valores, lo que se logra sostener es que la protección de la primera enmienda únicamente garantiza de modo intenso el discurso de naturaleza política.

Por otra parte, se pueden encontrar, a cada justificación, sus puntos débiles, y esas debilidades se expondrán al explicar cada teoría.

Considero, más bien, que hay razones para sostener que la libertad de expresión está respaldada, no por una única justificación, sino por una multiplicidad de ellas, que son concurrentes, y que, en vistas en conjunto, explican el carácter preferente que tiene la libertad de expresión en comparación con otros valores sociales.<sup>682</sup> Como afirmó Emerson, no hay razón para sostener que una doctrina satisfactoria de la libertad de expresión deba ser unitaria, porque la primera enmienda tiene diferentes propósitos, ninguno de los cuales es más valioso que el otro.<sup>683</sup>

<sup>682</sup> Smolla, Rodney, *Free Speech in an open society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 5.

<sup>683</sup> Emerson, Thomas I., "Towards a general theory of the First Amendment", 72 *Yale L. J.* 877 (1963), también publicado en Garvey, John and Shauer, Frederick, *The First Amendment: a Reader*, 2a. ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1996, p. 47.

En este primer apartado no sólo sostenemos algunas razones tradicionalmente expuestas por distintos autores, sino que hacemos hincapié en algunos otros aspectos que habitualmente pasan inadvertidos o son infravalorados. Las razones que justifican considerar a la libertad de expresión y de prensa como libertad preferida son:

- Autogobierno democrático
- Mercado de ideas
- Crítica y control político
- Igualdad política
- Neutralidad estatal
- Escenario igualitario de la política agonal
- Participación en la formación de la decisión política
- Conformación de la opinión pública
- Recuperar la representación, haciéndola visible
- Tolerancia
- El valor del disenso
- Autorrealización personal

### 1. *Autogobierno*

Partiendo de la idea de que el poder reside en el pueblo; que todos los habitantes son iguales ante la ley, y que, en ejercicio de la soberanía popular, participan en la elección de los gobernantes mediante su voto para tomar parte del mismo o para controlar a las autoridades, debe aceptarse como consecuencia que los ciudadanos necesitan estar ampliamente informados. Cualquier clase de censura será, entonces, una intromisión o manipulación en los procesos de evaluación, control y de toma de decisiones que hacen esos ciudadanos.

La idea de soberanía política no interpreta los gustos individuales como fijos o dados. Valora el autogobierno democrático, entendido como una necesidad de gobernar mediante la discusión, acompañado por la razón existente en el dominio público. La soberanía política exige condiciones previas, las cuales son violadas si el poder gubernamental se apoyara en la fuerza o en la simple voluntad de la mayoría<sup>684</sup> antes que en la razón.

<sup>684</sup> Sunstein, Cass, *República.com*, Madrid, Paidós, 2001, p. 52. Este constitucionalista considera que la selectividad y fragmentación de la información, fenómeno que apare-

Madison tuvo esta visión de autogobierno y esta concepción democrática de la libertad de expresión cuando se opuso a las leyes sobre extranjeros y sedición (Alien and Sedition Acts), argumentando que iban en contra del principio de la libertad de expresión.

Dijo Madison:

En los Estados Unidos, el caso es completamente diferente (a Inglaterra). Es el pueblo y no el gobierno el que posee la soberanía absoluta. Según este concepto cualquier ley de sedición debe resultar ilegítima. El derecho de elegir a los miembros del gobierno constituye la esencia de un gobierno libre y responsable... y el valor y la eficacia de estos derechos depende del conocimiento de los méritos y deméritos de los candidatos a asumir la responsabilidad pública... debe provocar alarma general (se refiere a la ley de sedición), dado que apunta contra el derecho de examinar libremente a personas y actuaciones de carácter público y, por tanto, atenta contra la comunicación entre los individuos, que ha sido justamente considerada como el único guardián eficaz de cualquier otro derecho.<sup>685</sup>

Para Madison, la comunicación entre individuos no era el ejercicio de la soberanía del consumidor ni la palabra era una mercancía, sino una parte central del autogobierno. Como se verá, la idea de Madison está en la raíz de la concepción que tiene Louis Brandeis.

La concepción democrática de la libertad de expresión está en la esencia del espíritu original de la libertad de expresión en los Estados Unidos.<sup>686</sup>

Tocqueville escribió:

En un país en que reina sensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no solamente es un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar la sociedad, es pre-

ce en la época actual —por ejemplo, cuando el consumidor, mediante filtros, decide lo que quiere ver o no ver o cuando un partido político vende su imagen mediante técnicas de *marketing*—, debilita la cohesión social, impidiendo que personas diferentes mantengan un debate sobre tópicos e intereses comunes y experiencias compartidas. En ese caso, dice, se impone la soberanía del consumidor.

<sup>685</sup> Madison, James, “Report on the Virginia Resolution”, en 6 *Writings of James Madison*, edición a cargo de Gaillar Hunt, 1906, pp. 385-401, citado por Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 145.

<sup>686</sup> Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 144.

ciso reconocerle la capacidad de elegir entre las diversas opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de apreciar los deferentes hechos, cuyo conocimiento puede guiarle en el desempeño de sus funciones. La soberanía del pueblo y la libertad de imprenta son, por el contrario, dos cosas enteramente correlativas: la censura y el sufragio universal<sup>687</sup> son, por el contrario, dos cosas que se contradicen y no pueden coexistir largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo.<sup>688</sup> Entre los angloamericanos, esa libertad es tan antigua como la fundación de las colonias.<sup>689</sup>

Claro que los medios de comunicación, muchas veces, han abusado de la libertad, pero la Corte norteamericana ha dicho que “la sociedad se ha visto en la necesidad de tolerar algún abuso, pues su supervivencia ha dependido siempre de una vigorosa libertad de prensa”.<sup>690</sup> Y, como ya lo había entrevisto Tocqueville, en materia de prensa no hay realmente término medio entre la servidumbre y el libertinaje: para recoger los bienes inestimables que asegura la libertad de prensa es preciso saber someterse a los males inevitablemente provoca.<sup>691</sup> Por eso, en los Estados Unidos nunca hubo patentes para los impresores ni timbre o registro para los periódicos, y la creación de un diario era una empresa simple y fácil.<sup>692</sup> Y, algunas páginas más adelante, el mismo autor agrega que la prensa hace circular la vida política en todas las partes de ese vasto territorio; es ella la que con ojo siempre vigilante pone sin cesar al descubierto los secretos resortes de la política y obliga a los hombres públicos a comparecer alternativamente ante el tribunal de la opinión.<sup>693</sup>

En el caso *New York Times* reiteró la Corte Suprema de los Estados Unidos “el principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y amplio, y que bien puede incluir ataques vehemen-

<sup>687</sup> El estado de Maryland fue el primero en introducir el voto universal, en las reformas constitucionales efectuadas en 1801 y 1809. *Cfr.* Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1957, 2005, p. 677.

<sup>688</sup> Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, p. 199.

<sup>689</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>690</sup> 403 US. 29 (1971) *Rosembloom vs. Metromedia*.

<sup>691</sup> Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, p. 201.

<sup>692</sup> *Ibidem*, p. 202, también menciona la picardía que conllevaba autorizar esa libertad cuando señala que los norteamericanos más ilustrados atribuyen a esa increíble diseminación de las fuerzas de la prensa su pequeño poder: es un axioma de la ciencia política de los Estados Unidos que el único medio de neutralizar los efectos de los periódicos es el de multiplicar su número.

<sup>693</sup> Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, p. 203.

tes, cáusticos y, a veces, desagradablemente agudos contra los funcionarios gubernamentales y públicos”.<sup>694</sup> En la ya citada causa *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*,<sup>695</sup> se sostuvo esa idea, por lo menos, en la parte del fallo que afirma que “el discurso concerniente a asuntos públicos es más que autoexpresión, es la esencia del autogobierno”. En *Landmark Communication vs. Virginia* se dijo que “hay prácticamente acuerdo general que el propósito principal de esa Enmienda fue proteger la libre discusión sobre los asuntos del gobierno”.<sup>696</sup>

La idea de la soberanía política fue expresada en la Corte norteamericana por Louis Brandeis, quien sostenía que

quienes ganaron nuestra independencia, creían que el objetivo final del Estado era hacer a los hombres libres para que desarrollen sus facultades; y que en su gobierno las fuerzas deliberativas deberían prevalecer sobre la arbitrariedad... Creían que sin libertad de expresión y de reunión la discusión sería inútil, que un pueblo inerte es la mayor amenaza para la libertad; que el debate público es un deber político y que debería ser un principio básico del gobierno.<sup>697</sup>

<sup>694</sup> *New York Times vs. Sullivan* 418 US. 323 (1974).

<sup>695</sup> 395 US. 367 (1969). En ese fallo, la Corte avaló la exigencia impuesta por oficinas del gobierno a las cadenas de televisión para que difundan cierta programación. Según Sunstein, *op. cit.*, p. 137, esta índole de decisiones fomentan la democracia deliberativa. Por mi parte, considero que no está justificada la intromisión.

<sup>696</sup> *Landmark Communications vs. Virginia* 435 US 829 (1978).

<sup>697</sup> *Whitney vs. California*, 274 US. 352 (1927), párrafo destacado por Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 54. La teoría del autogobierno como fundamento de la libertad de expresión también dio fundamento a la doctrina del foro público, que el citado constitucionalista considera que no debe limitarse a calles y parques, sino aplicarse también a aeropuertos e Internet, aunque la Corte no lo admitió. Según ese constitucionalista, la doctrina del foro público cuenta con tres importantes objetivos: garantiza el acceso de los oradores a un gran número de personas —un derecho al acceso general a los ciudadanos heterogéneos—; permite a las personas escuchar un discurso distinto sobre algún asunto y modificar la opinión que ellas tienen al respecto —de parte de los oyentes no es un derecho, sino la oportunidad a esa exposición de diferentes puntos de vista—; y, tercero, permite a quienes hacen uso de la palabra no solo tener acceso indiscriminado a las personas, sino, también, dirigirse especialmente hacia determinadas personas e instituciones a las que dirigen sus reclamos. La doctrina del foro público está estrechamente asociada con un antiguo ideal constitucional: el autogobierno republicano, al que hicimos referencia anteriormente, y no sólo en este párrafo, sino cuando nos referimos al periodo constitucional norteamericano. *Cfr.* Sunstein, Cass, *op. cit.* pp. 38 y 45.

Sunstein, que también parte de diferenciar el discurso político del que no lo es, defiende la definición de que la forma de distinguir entre ambos, a los efectos de brindarle al primero un nivel alto de protección, es la de considerar tal a todo discurso que es formulado o recibido como una contribución a la deliberación pública sobre algún tema. Para esta visión, sería incorrecto pensar que un discurso merece una protección alta si ni siquiera su autor intentó transmitir un mensaje. Una aproximación que brinde especial protección al discurso político, así definido, se justifica en muchos elementos: la teoría de los padres fundadores sobre libertad de expresión y el desarrollo de ese principio a través de la historia norteamericana. Hay pocas dudas de que la supresión por el gobierno de ideas políticas que desaprueba o encuentra amenazadoras fue la motivación central de la cláusula. Entonces, debe ser mayor la carga de justificación del gobierno cuando lo que está en juego es el discurso político, porque se puede presumir que es más fuerte la desconfianza en el gobierno cuando un asunto político está en juego, mientras que es menor la desconfianza cuando el gobierno pretende regular el discurso comercial, sobornos, libelo privado u obscenidad, pues en estos casos hay menos razón para suponer que el gobierno intentará aislarse de las críticas. Finalmente, si el gobierno intenta controlar la publicidad comercial, siempre existiría la posibilidad de argumentar que ese control debe ser levantado; en cambio, si intenta censurar el discurso político, el discurso democrático correctivo será impracticable. Se puede decir que para el propósito de la Constitución, lo importante no es que el discurso tenga efectos o fuentes políticas, sino que contribuya a la deliberación social. Obviamente, sostener esto significa decir que hay dos tipos de discurso, de los cuales el discurso político merece más protección que el no político: así, será necesario hacer distinciones entre obscenidad y protesta política, entre discurso comercial y discurso de campaña, etcétera,<sup>698</sup> pero esas fronteras, a veces se vuelven borrosas.

El filósofo político, Meiklejohn, como se verá luego con más detenimiento, expresó esta visión cuando dijo que la libertad de expresión deriva “del acuerdo básico americano según el cual los asuntos públicos deben ser decididos por el sufragio universal”,<sup>699</sup> para lo cual se requiere

<sup>698</sup> Sunstein, Cass R., “Free Speech Now”, 59 *U. Chicago L. Rev.*, p. 255, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 122.

<sup>699</sup> Meiklejohn, Alexander, *Free Speech and its Relation in Self-Government*, Nueva York, Harper & Brothers Publishers, 1948. En su libro *Political Freedom, The Constitu-*

que la sociedad esté informada con pluralidad, objetividad, independencia y en forma completa. La verdad, dice el autor, no es la más profunda de las necesidades, pues si los ciudadanos van a ser sus propios gobernantes, mucho más esencial es que cualquier verdad sea puesta en conocimiento de todos ellos.<sup>700</sup> Y agrega:

Nuestra doctrina de la libertad política no es una visionaria abstracción. Es una creencia basada en la larga y amarga experiencia y que deriva de la prudencia e inteligencia. Se trata de la sobria convicción de que, en una sociedad comprometida en su autogobierno, *no es nunca verdad, al menos a largo plazo, que la seguridad de la nación se vea dañada por el pueblo*. Cualesquiera que puedan ser las inmediatas ganancias o pérdidas, los peligros para nuestra seguridad provenientes de la represión política son siempre más grandes que los derivados de la libertad. La represión es siempre torpe, la libertad siempre sabia.<sup>701</sup>

Bork también se enroló entre los partidarios de esta visión política. Afirma que la libertad de expresión sólo debe ser considerada derecho preferido cuando el discurso se relaciona directamente con lo político y gubernamental,<sup>702</sup> posición que es criticada por Post. Para Post, algún discurso es clara y obviamente reconocible como sustantivamente relevante para el gobierno democrático, y todo discurso sobre oficiales públicos cae dentro de esa categoría. Pero no se sigue de ese hecho que el discurso menos fácilmente reconocible como político pueda ser de plano excluido de los asuntos relevantes de interés público. Para este autor, la propuesta de Bork de limitar la protección constitucional al discurso vinculado con el comportamiento gubernamental, la política o personal fue

*cional Powers of the People*, Galaxy Book, New York University Press, 1965 (la edición, anterior es de la casa Harper, 1960, Meiklejohn explica que una amplia y completa información es necesaria tanto para los ciudadanos, para que puedan pronunciarse de modo informado e inteligente, como también para los actores políticos, para que estén en conocimiento de los intereses de los electores. En forma paralela, la prensa desempeña otra función: la de crítica del gobierno, operando como un vigilante de la ciudadanía sobre el poder gubernamental y otras instituciones que confluyen en la democracia. Así, se va descubriendo la verdad. En suma, la libertad de expresión es una contribución a la gobernabilidad.

<sup>700</sup> Meiklejohn, Alexander, *Free Speech...*, p. 88.

<sup>701</sup> Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom*.

<sup>702</sup> Bork, Robert, "Neutral Principles and some First Amendment Problems", 47 *Ind., L. J.*, 1971, p. 20, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 97.

atractivo, porque parecía desprenderse directamente de la lógica democrática del autogobierno y ofrecía una clara y precisa definición de discurso acerca de asuntos de interés público. Pero una mirada más cercana, dice Post, revela que la propuesta de Bork es inadecuada, porque olvida el punto fundamental que la primera enmienda salvaguarda el discurso público no sólo porque conforma el proceso de decisión gubernamental, sino porque le permite a una sociedad culturalmente heterogénea fraguar una voluntad común democrática. La formación de ese discurso depende de la habilidad del público para mantener la deliberación acerca de nuestra identidad como pueblo, y sobre aquello que específicamente queremos que haga el gobierno. Es por eso que podríamos incuestionablemente considerar discurso público la discusión pública sobre temas tales como el rol de la maternidad o el significado de la ciudadanía norteamericana, aun cuando esa discusión no ocurra en un contexto específico de una acción real de gobierno.<sup>703</sup>

Como sostiene Bobbio, en el Estado liberal, la política no es todo —porque el individuo tiene otros intereses ajenos a la política—, pero la política es de todos.<sup>704</sup>

Dice Smolla que la libertad de expresión se relaciona con el autogobierno al menos en cinco modos: participación, la persecución de la verdad política, la realización de la voluntad de la mayoría, frena los abusos de un tirano e inepto, y la estabilidad del sistema. Pero, se podría preguntar —en forma retórica—, ¿por qué el concepto de regla mayoritaria no ha de prevalecer siempre en democracia, incluso, en materia de libertad de expresión? ¿Cómo puede ser que proteger los puntos de vista minoritarios contra los deseos de la mayoría sea mejor para el orden y la estabilidad? Brandeis respondió a ese interrogante diciendo que los autores de la Constitución sabían que el orden no podía ser asegurado sólo a través del miedo al castigo de la infracción, porque el miedo engendra represión, la represión engendra odio y el odio amenaza el gobierno estable.<sup>705</sup>

<sup>703</sup> Post, Robert C., “The Constitutional Concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation and *Hustler Magazine vs. Falwell*”, 103, *Harvard Law Review*, 1990, p. 601, artículo incluido también en la Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 113.

<sup>704</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 61.

<sup>705</sup> Smolla, Rodney, *op. cit.*, p. 113.

A la pretensión de exclusividad de esta doctrina se le formularon muchas críticas.

A la doctrina del autogobierno se la critica que sólo le daría protección preferente a la expresión de carácter político, mientras que el hombre se nutre también de expresiones artísticas, religiosas y de otro carácter que no deberían merecer protección menor y que incluso, con frecuencia, son difíciles de escindir de la expresión política.

Además, en defensa de otros argumentos no vinculados con el autogobierno, se puede sostener: 1) nadie mantiene que el discurso no político sea intrínsecamente menos valioso que el discurso político e, incluso, una cultura que considerase a la política como más importante que otros asuntos sería una cultura estéril, diseñada por burócratas; por eso, el diario dominical es mucho más que la sección política, y sólo una visión muy estrecha podría considerar que esa sección es la única que merece la protección de la primera enmienda;<sup>706</sup> 2) no hay ningún factor lógico de la teoría del autogobierno democrático que demande exclusividad; 3) en la sociedad moderna es imposible identificar algún tópico que no tenga relación con el autogobierno, pero el autogobierno no explica todo; incluso Meiklejohn, quien en 1948 hizo un gran esfuerzo para circunscribir la protección constitucional al discurso político más esencial, tuvo que reconocer, en 1961, que hay muchas formas de pensamiento y de expresión en el amplio rango de las comunicaciones humanas —educación, desarrollos en la filosofía, la ciencia el conocimiento y la comprensión del hombre, literatura y arte— de las cuales los votantes derivan sus conocimientos, inteligencia, sensibilidad hacia los valores humanos y la capacidad para expresar sus juicios en las elecciones.<sup>707</sup> Es más, algunos sugieren que es una visión elitista y estatista, o por lo menos estrecha, sostener que sólo el discurso político que sirve para la empresa de gobierno es el único merecedor de protección, porque incluso sería el gobierno el que debería definir lo que es útil o valioso decir y lo que no lo es valioso o conveniente que sea dicho, algo para lo que el gobierno no tiene título moral alguno.

Sunstein también señala algunos contraargumentos contra la concepción política: 1) es difícil, a veces, encuadrar y saber si ciertas expresiones,

<sup>706</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>707</sup> Smolla, Rodney, *op. cit.*, p. 16, señala que para el Meiklejohn más tardío, la justificación del autogobierno democrático termina sin poder distinguirse de la justificación del libre mercado o de la justificación de la autosatisfacción.

por ejemplo, artísticas, son políticas y merecedoras de protección o no lo son (se me ocurre, por ejemplo, un desnudo que quiera simbolizar una protesta social). Tanto el discurso comercial como la pornografía son políticas en un sentido crucial de que ellos reflejan un punto de vista acerca de cómo estructuran las cosas importantes en el mundo (*polis*); 2) tampoco es claro que el discurso no político no será merecedor de la protección de la primera enmienda, pues a veces los mayores desafíos para la política están en la literatura, el arte, la música y la expresión sexual, y, precisamente por ello, el gobierno los pretende regular. Sunstein ensaya algunas respuestas contra estas críticas: 1) la distinción entre discursos es plausible, pero no debe pretenderse, claro está, es aceptable que sea difícil trazar la línea divisoria; 2) es imposible operar un sistema de libertad de expresión sin trazar líneas divisorias. La solución que busca Sunstein es ampliar la esfera de lo político, incluyendo tanto lo específicamente político, como el arte, literatura y todo aquello que tenga características de comentario social, es decir, que sea una contribución a la deliberación pública.<sup>708</sup>

En este trabajo me preguntaré si se puede sostener que la justificación del autogobierno es suficiente para considerar que los temas vinculados exclusiva y directamente con ese asunto merecen, sí, una protección, no ya sólo preferida, sino absoluta; si no debe ampliarse la concepción de lo político; si la distinción de discursos debe pasar por el discurso político y no político o por el discurso público y el discurso privado, y si esta distinción debe trasladarse a las fuentes, para distinguir entre fuentes de

<sup>708</sup> Sunstein, Cass R., "Free Speech Now", 59 *U. Chicago L. Rev.*, p. 255, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 123. El autor también observa que sostener, como él hace, que se protege el discurso político no equivale a sostener que también deba ser protegido el discurso que no es político en sí mismo (por ejemplo, el acoso racial de los empleadores a los trabajadores), pero que sí tiene consecuencias políticas (en el ejemplo, las consecuencias políticas del acoso son el desincentivo de negros y mujeres de ir al trabajo). Por eso, sostiene que un discurso es político y merecedor de protección porque tiene causas y efectos políticos, es decir, que todas las palabras e imágenes serían merecedoras de tal protección y, por lo tanto, quedarían inmunizados de la posibilidad de regulación legal a menos que se demuestre un daño claro e inmediato. Yo contestaría con otro ejemplo: la obra artística puede ser ofensiva de una religión y traer consecuencias políticas; por ejemplo, una revuelta del sector católico ofendido por la obra artística; en este caso, la emisión no es política, pero sí las consecuencias, pero ¿se animarían los ciudadanos de una verdadera democracia a decir que la sociedad plural debe prohibir esa obra, por ofensiva que ella sea? ¿No es acaso característico de la sociedad plural confrontar ideas?

asuntos públicos y fuentes de asuntos privados o, si en cambio, se puede sostener el principio de que, partiendo de que toda expresión está permitida sin censura, se puede sostener el principio de que toda utilización de fuentes debe ser protegida de modo absoluto, sin perjuicio de la irresponsabilidad de la información política o de la responsabilidad ulterior por los daños que cause la información no política. Por las dificultades que plantea la distinción, anticipo que la fuente debe ser protegida sin distinción de la información que suministra, sin perjuicio de la responsabilidad ulterior que genera la información, según su naturaleza pública o privada. Distinguir entre asuntos que ocurren en el secreto de la fuente y no a la luz del día y, además, la posibilidad de que la fuente sea al mismo tiempo originadora de información pública y privada, en asuntos distintos, o que, incluso, en un mismo caso, esa información se entremezcle, muestra la conveniencia de no extrapolar la diferenciación político/no político, que algunos autores hacen respecto del discurso, al problema de la fuente.

No hay duda de que la justificación del autogobierno es la más importante para considerar a la libertad de expresión como un valor preferido, pero sabiamente la Corte norteamericana ha rehusado la tentación de limitar la primera enmienda a la protección del discurso político. Reconociendo que en muchos casos el discurso político subyace en el corazón de la primera enmienda, sin embargo, hay que señalar que las garantías para la expresión y la prensa no tienen por finalidad proteger sólo el discurso político y el debate sobre asuntos públicos, de modo que la protección de la expresión no queda confinado a algún determinado campo de interés humano,<sup>709</sup> e incluye política, economía, religión y los demás asuntos culturales.

## 2. *El mercado de ideas*

La búsqueda de la verdad —sostiene esta teoría— depende del libre mercado de ideas, un mercado fundado en una libertad tan amplia como la que propone la teoría del *laissez-faire* para la teoría económica.

Uno de los primeros en exponer esa visión fue Stuart Mill, quien expresó:

<sup>709</sup> *United Mine Workers vs. Illinois Bar Association*, 389 US. 217, 223 (1967), citado por Smolla, *op. cit.*, p. 17.

En primer lugar, si se obliga a cualquier opinión al silencio, dicha opinión podría ser verdadera. Negar esto es suponer nuestra propia inhabilidad. En segundo lugar, aun cuando la opinión silenciada esté equivocada, es posible —y ello ocurre a menudo— que contenga una porción de verdad; y desde que la opinión dominante sobre cualquier tema raramente o nunca tiene toda la razón, es sólo a través del choque de opiniones contrarias que existe la posibilidad de que pueda apostarse el resto de la verdad. En tercer lugar, aun cuando la opinión tradicional no sólo sea verdadera, sino completamente verdadera, ésta será considerada como un prejuicio por la mayoría de los que la reciben, con poca comprensión o sentimiento acerca de sus fundamentos racionales, a menos que se tolere que se la controvierta en forma vigorosa y sincera. Y no sólo esto, sino también en cuarto lugar, el significado mismo de la doctrina correrá el riesgo de perderse o debilitarse y de verse privada de su efecto vital sobre el carácter y la conducta...<sup>710</sup>

La libertad de prensa es una de las condiciones necesarias para que las ideas se desarrollen libremente en el mercado de ideas. Esta doctrina que si bien parece nutrirse de algunas ideas que ya vimos en Milton y que, como se vio anteriormente, fue expuesta por Mill, fue introducida en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana por el *justice* Oliver Wendell Holmes.

Mientras su colega Brandeis hablaba del debate de ideas desde el punto de vista republicano de la soberanía política, Holmes incorporó la noción del *marketplace of ideas* en su voto disidente en la sentencia *Abrams vs. United States*, de 1919, donde dijo: “El mejor criterio de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competición del mercado”.<sup>711</sup> Holmes incorporaba la palabra como parte de un mercado político que el gobierno no puede distorsionar legítimamente.

Cuando los hombres se dan cuenta de que el tiempo ha alterado muchas lealtades enfrentadas, pueden empezar a creer, más incluso que en los fundamentos de su propia conducta, en que el máximo bien deseado se alcanza más fácilmente a través del libre comercio de las ideas, que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para conseguir su acepta-

<sup>710</sup> Bianchi, Enrique Tomás y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*, La Plata, Librería Editora Platense, 1997, p. 9.

<sup>711</sup> 250 US. 616 (1919) *Abrams vs. United States*.

ción en el mercado libre, y que la verdad es el único terreno sobre el que sus deseos pueden cumplirse de forma segura.<sup>712</sup>

Como observó algún autor, no es que sea el mejor test, sino que no hay otro.<sup>713</sup>

El *justice* Brennan, en el caso *New York Times*, sostuvo que la primera enmienda parte de suponer que “las conclusiones correctas son más probablemente alcanzadas por una multitud de voces que mediante cualquier tipo de selección hecha por la autoridad”.<sup>714</sup>

Subyace en esta posición una visión optimista de la sociedad, que siempre tiende inexorablemente a la búsqueda de la verdad, mediante la libre competencia de ideas, y que cree que, en definitiva, la verdad termina por prevalecer. Quizá esa visión, que puede parecer desacertada en el corto plazo, sea correcta si se tiene en cuenta que el progreso humano —por ejemplo, plasmado en el respeto de los derechos humanos, en la igualdad, etcétera— tiende a imponerse en el largo plazo.

Pero, a su vez, se debe aceptar que la verdad a la que se llega es siempre provisional, porque siempre aparecen nuevas ideas, las que defendidas por cada uno en una abierta competencia hacen que termine prevaleciendo una nueva verdad.

Por cierto, habrá que lograr también otras condiciones para que esa participación sea real, como un cierto nivel de bienestar mínimo para que los habitantes puedan dedicarse a pensar y a participar de los asuntos de gobierno.<sup>715</sup> Asimismo, en la década del sesenta y setenta del siglo XX,

<sup>712</sup> *Abrams vs. United States*, 250 US 616, 635 (disidencia del *justice* Holmes).

<sup>713</sup> Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom*.

<sup>714</sup> 376 US. 270 (1964) *New York Times vs. Sullivan*.

<sup>715</sup> Robespierre, en el discurso del 2 de diciembre de 1792, dijo: “De todos los derechos, el primero es el de existir. Por lo pronto, la primera ley social es aquella que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios para existir; todas las demás están subordinadas a esta”. Plácido Fernández-Viagas, Bartolomé, *La conjura de los iguales. El mito del mercado de las ideas*, Granada, Comares, 2004, p. 123. Uno de los objetivos de la Revolución francesa era establecer la igualdad y la libertad en todos los planos. Por eso, el artículo 544 del Código Civil napoleónico, para garantizarle a cada persona un espacio inalienable de bienestar, estableció el derecho de propiedad en términos absolutos: “La propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta...”, sostiene la norma. Esta propuesta del liberalismo político, claro, no siempre se cumplió, y buena parte de la historia de los siglos XIX y XX registra periodos de gran acumulación de riquezas y de concentración de poder. Pero no es censurando a la prensa

el profesor Jerome Bacon consideró que el mercado de ideas tenía poco significado para las minorías, para los disidentes y otros grupos con similares características, los cuales no podían lograr un acceso para expresar sus ideas en los medios de comunicación.<sup>716</sup> Pero la libertad de información es, sin duda, una condición para que las ideas y opiniones puedan confrontarse libremente. Nada mejor que sacar una idea a la plaza, al mercado público, para confrontarla con el error y con el libre juego de la oferta y de la demanda.<sup>717</sup>

La interpretación de la primera enmienda como soberanía del consumidor es la que explica por qué la Corte norteamericana le da protección constitucional a la publicidad comercial<sup>718</sup> o por qué declaró inconstitucionales, por violar la libertad de expresión de los candidatos, los límites de gastos de campaña que intentaron imponer las leyes.<sup>719</sup>

Mientras algunos autores entienden que bajo este criterio subyace una posición escéptica, que parte de aceptar que es mejor que las ideas, por muy firmes que parezcan, se sometan al filtro del contraste para ver si lo aprueban,<sup>720</sup> considero que allí subyacen otras dos nociones propias del paradigma sociológico evolucionista y el del conflicto social,<sup>721</sup> donde la

—condición necesaria, pero no suficiente para la igualdad— como se solucionará ese problema.

<sup>716</sup> Stein Velasco, José Luis F., *Democracia y medios de comunicación*, México, UNAM, 2005, p. 126 señala que Bacon propuso que todo ciudadano tuviera derecho a publicar las *advertising colums* en los diarios o compara un espacio para publicar sus ideas, así como también los diarios deberían abrir sus páginas a las respuestas de los servidores públicos que hubieran sido señalados por ese medio. Con ideas similares, a favor de establecer la *fairness doctrine*, rechazada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se puede leer Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.

<sup>717</sup> Esto presupone que lo falso no puede prevalecer sobre lo verdadero y que la verdad siempre se impone. La historia demostró que los pueblos, en ocasiones, caen en grandes errores y persisten en ellos durante largos periodos. Pero no es suprimiendo la libertad, sino con más libertad, como la verdad puede llegar a prevalecer.

<sup>718</sup> 517 US. 484 (1996) *Virginia State Bd. of Pharmacy vs. Rhode Island*.

<sup>719</sup> 424 US. I (1979) *Buckley vs. Valeo*.

<sup>720</sup> Plácido Fernández-Viagas, Bartolomé, *op. cit.*, p. 163.

<sup>721</sup> De Fleur, Melvin L. y Ball-Rokeach, Sandra J., *Teorías de la comunicación de masas*, México, Paidós, 1988, aparecida originariamente en Nueva York en 1982, explican que se han formulado diversos paradigmas para explicar las relaciones entre los medios, sociedad e individuos: el *funcionalismo estructural*, que señala la tendencia de la sociedad hacia el equilibrio; la perspectiva *evolucionista*, que se nutre de las ideas de Herbert Spencer, y según el cual las leyes de la evolución hacen que la sociedad avance hacia mayores

idea de progreso cobra un significado vital. Frenar el desenvolvimiento de las ideas es frenar el progreso y la búsqueda de la verdad.

Debajo de esta concepción también subyace cierta tendencia a creer en la racionalidad del debate y en la supuesta natural tendencia de la colectividad a alejarse del absurdo, pues es difícil que todos se equivoquen al mismo tiempo. Algo imaginó Spinoza en este sentido cuando dijo que “los absurdos son menos de temer en un Estado democrático”.<sup>722</sup> La realidad muestra que las sociedades nacionales no siempre obraron así, aunque en términos más amplios la sociedad internacional supo imponer correctivos.

Obsérvese dos precisiones: por un lado, sólo la libre competencia de ideas es la que alumbró la verdad; pero a su vez, como nadie tiene una verdad definitiva, no hay motivo para aceptar que el Estado pueda tenerla, imponiendo la última palabra en el debate.

Todas estas justificaciones confluyen en una conclusión: la libertad de prensa puede entrar en colisión con derechos individuales, como el honor, pero cuando lo que está en juego es la conformación de la opinión pública, el debate libre y la agenda política en el mercado de ideas debe prevalecer la libertad de expresión. Ésta es la conclusión a la que unánimemente llegaron, por distintos caminos, las cortes supremas de los Estados Unidos y de la Argentina<sup>723</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>724</sup>

grados de perfección; el modelo del conflicto social, cuyas ideas podemos encontrarlas en autores tan disímiles como Hobbes, Karl Marx y Ralph Dahrendorf, que en 1958 formuló una de las manifestaciones más claras de este paradigma: todos los competidores de la sociedad intentan imponer sus intereses y resistir las ideas e intereses de los contrarios, y de este conflicto surge un continuo proceso de cambio, lo cual le da un sentido sociológico a las batallas legales alrededor de la primera enmienda, según señalan De Fleur y Ball-Rokeach; el *interaccionismo simbólico*, propuesto por Charles Horton Cooley y George Herbert Mead, según la cual los medios aportan interpretaciones de la realidad, que son internalizadas por las personas, las que a su vez construyen, sobre la base de la influencia de los medios, desarrollos construcciones subjetivas y compartidas de la realidad; y por distintas formulaciones psicológicas cognitivas, que hacen hincapié no ya en los significados, sino en diversos componentes de la personalidad.

<sup>722</sup> Spinoza, Baruch, *Tratado teológico-político*, Madrid, Ediciones Orbis, Hyspamerica, 1985.

<sup>723</sup> *New York Times vs. Sullivan* 418 US. 323 (1974); *Gertz vs. Robert Welsh* 418 US. 323, 339-340 (1974); Morales Solá, CSJN.

<sup>724</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Lingens, STEDH del 8 de junio de 1986: “La libertad de prensa constituye uno de los mejores medios para que la opinión pública conozca y juzgue las ideas de los dirigentes. El libre desarrollo del debate político se halla en el corazón mismo de la noción de sociedad democrática que domina el

Meiklejohn critica la doctrina del mercado de ideas sosteniendo que con ella se pierde cualquier posibilidad de distinguir entre la verdad y la falsedad, pues lo único que les interesa a los defensores de esa doctrina es que las ideas que vayan a ser aceptadas son las que se imponen en el mercado. El objetivo, entonces, no sería avanzar en el camino de la verdad, sino ganar la pelea, la discusión y mantener la presión para hacerlo posible. La verdad es lo que un hombre, un interés o una nación pueden hacer al respecto.<sup>725</sup>

Para Meiklejohn, más importante que una idea gane en el mercado, es que, si vamos a creer en el autogobierno, esa idea esté disponible para todos los ciudadanos. La primera enmienda no es, en primer término, un dispositivo para ganar una nueva verdad, a pesar de que ello es muy importante, sino para compartir las verdades entre todos, cualesquiera que sean las mismas.<sup>726</sup> Dice ese autor:

Cuando los hombres votan, no alcanza con que algunos conozcan la verdad, por algunos académicos, administradores o legisladores. Los votantes deben tener acceso a ella, todos ellos. El primer propósito de la Primera Enmienda es, entonces, que todos los ciudadanos deban, tanto como sea posible, entender los tópicos sobre los que gira la vida en común. Es por eso que ninguna opinión, ni duda, ni creencia, ni contracreencia, ni información relevante deba ser mantenida fuera del alcance de ellos. Dentro de nuestro sistema constitucional, hay acuerdo en que los hombres no deben ser gobernados por otros hombres, sino que deben gobernarse a ellos mismos.<sup>727</sup>

La fuerza de la idea no es la verdad misma, sino el hecho de comparar las verdades y falsedades, para que estén en condiciones de ser discutidas.

Es claro que la noción de mercado de ideas conlleva otros problemas.

CEDH en su totalidad. Por ello, los límites de la crítica admisible son más amplios cuando ésta se dirige contra un político, en su calidad de tal, que cuando el objeto de la misma es un simple particular...". En el caso Fayed, STEDH del 21 de septiembre de 1994, extendió la protección de la prensa para hacer una crítica más amplia a los hombres de negocio que participan activamente en empresas de grandes sociedades anónimas, quienes tienen menos protección que los simples particulares.

<sup>725</sup> Meiklejohn, Alexander, *Free Speech...*, p. 86.

<sup>726</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 89.

El mercado de ideas, como cualquier otro mercado, tiene ciclos positivos y negativos. Además, en la actualidad, todos los países regulan en alguna medida los mercados económicos para corregir las excesos y grandes fluctuaciones, con lo cual el mercado económico no es tan libre como postula la teoría, lo que conlleva el riesgo de que se pretenda regular, en medida similar, el mercado de ideas. El tercer problema es que las ideas de las personas socialmente más acomodadas, de los poderosos o de los que saben utilizar mejor las herramientas de comunicación —*marketing*, medios audiovisuales, etcétera— tendrán mayor acceso al mercado que las ideas de los menos aventajados, y en la actualidad se gastan millones de dólares para influenciar a los consumidores.

Es decir, como señala Smolla, nuestra experiencia cotidiana contradice la pretensión de que el mercado lleve a la verdad, sea por la influencia de todos los factores que vimos hasta aquí, sea porque la verdad es elusiva y la humanidad es falible. Pero esas dificultades que presenta el mercado nos deben llevar a proteger la libertad de expresión con mayor intensidad, no con menos. Como dijo Locke en 1689 —según ya lo vimos en el capítulo anterior—, si la verdad no se impone por su misma luz, será más débil aún si se pretende imponerla por el uso de la fuerza.<sup>728</sup> Y, como señaló Holmes, el mayor beneficio del mercado de ideas no será el de arribar a una verdad final y última, sino la integridad del proceso. Es decir, la disponibilidad de la idea para todos los demás y el proceso de debate es más importante que la idea misma.

### 3. *Crítica y control político*

La figura de Madison es muy importante, porque fue el redactor de la primera enmienda. Del Reporte de Virginia (1799-1800) surge su visión del tema, muy importante para nuestro trabajo. Para él, la doctrina legal británica de la libertad de prensa, que consiste sólo en la prohibición de la censura previa y permite el ulterior castigo penal por libelo, representaba un concepto muy estrecho de libertad, inaplicable en América. En Inglaterra —decía—

...los representantes de la gente en la legislatura no están solo exentos de descreimiento, sino que son considerados guardianes suficientes de los de-

<sup>728</sup> Smolla, Rodney, *op. cit.*, p. 7.

rechos de los súbditos contra los peligros del Ejecutivo... En contraste, en los Estados Unidos, los magistrados del Ejecutivo no son tenidos por ser infalibles, ni la legislatura es tenida por omnipotente, y ambos son electivos y responsables... ¿No es entonces natural y necesario que bajo tan diferentes circunstancias, un grado diferente de libertad en el uso de la prensa debe ser contemplado?<sup>729</sup>

Recuerda Blasi que Madison criticaba la ley de sedición porque la libertad de criticar a los oficiales de gobierno es esencial para el proceso mediante el cual el electorado echa del gobierno a aquellos que perdieron la confianza de la gente. Si esa confianza fue perdida y en qué medida, sólo puede ser examinado por el pueblo, mediante una comunicación libre.

También Jefferson tendía a ver la libertad de prensa en términos de contrapeso. En una carta de 1790 distinguió entre

...derechos que los individuos retienen porque su cesión no es consistente con los propósitos del gobierno y otros derechos que constituyen ciertas barreras que la experiencia ha probado peculiarmente eficaz contra el mal... Del primer tipo es la libertad de religión; del segundo, el juicio por jurado, el hábeas corpus, y la libertad de prensa.<sup>730</sup>

En sentido contrario a Blasi, que hace una interpretación amplia de la primera enmienda, se expresa Levy, pero este autor, si bien es partidario de sostener que no había colisión entre la primera enmienda y la ley de sedición, reconoce que el pueblo se oponía a esta ley, y que la misma no tuvo aplicación práctica durante el siglo XVIII.<sup>731</sup>

<sup>729</sup> Blasi, Vincent, "The checking value in the First Amendment Theory", *ABF. Res. K.J.* 1977, 521 528-538, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 7. En contra de esta interpretación, sosteniendo que la primera enmienda sólo protege contra la censura anterior a la publicación, pero no contra la sanción por sedición, Levy, Leonard W., "Surgimiento de la libertad de prensa", publicado en la misma recopilación citada en esta nota. Argumenta que los autores de la Constitución conocieron la ley de sedición, y muchos de ellos no la consideraron inconsistente con la primera enmienda, aunque esa ley se volvió no efectiva ya en el siglo XVIII, por la oposición popular que había desperdado, y si bien siguió vigente, la doctrina de la sedición ya no se aplicaba para el tiempo de la revolución.

<sup>730</sup> Blasi, Vincent, "The Checking Value...". También en Garvey, John and Shauer, Frederick, *The First Amendment: a Reader*, 2a. ed., West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1916, p. 7.

<sup>731</sup> Véase nota 53.

Para Blasi, la libertad de expresión y los medios de comunicación, más que servir para consolidar el gobierno democrático y la participación ciudadana, sirven como contrapeso frente a los abusos del poder político.<sup>732</sup> El autor señala que el abuso de los funcionarios fue un tema que siempre develó a los pensadores, y Locke le dedicaba mucho de su segundo *Tratado sobre el gobierno civil*. Pero Locke no enfatizó el rol de la prensa en el proceso de hacer control de la autoridad pública, porque fue sólo en las décadas inmediatamente posteriores a sus escritos cuando dos instituciones: la prensa y los partidos políticos de oposición, se convirtieron en las mayores fuerzas políticas de su tiempo. En este sentido, el principal escrito fue redactado bajo el seudónimo de Cato, al que ya hicimos referencia en el capítulo anterior.

La Corte Suprema norteamericana afirmó que

...es de extrema importancia que el público discuta el carácter y las cualidades de los candidatos a sus sufragios. La importancia para el Estado y para la sociedad de tal disección es tan vasta y, las ventajas derivadas, tan grandes, que más que compensan los inconvenientes que pudieran afectar a participantes cuyas conductas pudieran ser envueltas y los ocasiones daños a la reputación de los individuos tienen que ceder al público bienes, aunque a veces tales daños puedan ser granes. El beneficio público de la publicidad es tan grande y la posibilidad de daño es tan pequeña que tal género de discusión debería ser privilegiado.<sup>733</sup>

Frente a un escenario de democracia de masas y gobiernos populistas, la expresión de la palabra puede tener un sentido mayoritario, pero también una función de control y de llamado de atención a las mayorías.

En nuestros días, la voluntad popular, lejos de encarnar el ideal de la autodeterminación democrática, tiende a identificarse con la voluntad de mayorías miopes, dominadas por los deseos irracionales de las masas irresponsables —despolitizadas o perfectamente adoctrinadas—, incapaces de hacer frente a las malas artes del líder carismático, fascista o populista. Es cierto que la desconfianza frente a las mayorías siempre asoma en el horizonte del pensamiento democrático, pero el hecho es que, ahora, se dan ciertas condiciones objetivas para que pueda intensificarse. Bloqueada

<sup>732</sup> Blasi, Vincent, “The Checking Value in the First Amendment Theory”, *Am. B. Fund. Res J.*, 1977, pp. 521 y ss. Véase Garvey, John, *op. cit.*, nota 730, p. 2.

<sup>733</sup> Caso *New York Times vs. Sullivan*. Véase nota 42.

la vía democrática, la otra vía, la de la Constitución y los derechos, recobra su atractivo y se presenta como alternativa para reparar la dañada legitimidad del sistema político que se ha vuelto cada vez menos representativo.<sup>734</sup>

Por eso, desde mi punto de vista, garantizar la más amplia expresión de palabra es una vía adecuada y absolutamente necesaria para alertar a las mayorías y ejercer un control.

Stuart Mill encará, también, otro aspecto del asunto: dijo que el hombre también debe protegerse contra la opinión pública, por lo cual hay que aceptar que la libertad de expresión y de prensa tienen una dimensión individual, capaz de oponerse a lo social, al peso de la mayoría, posibilitando al hombre una herramienta para llamar la atención sobre los desvíos en los que incurre la mayoría: de todas formas, es igualmente aleccionadora la desconfianza que sentía Stuart Mill respecto de la opinión pública, porque nos reconcilia con el individualismo y con la posibilidad de que la libertad de prensa sea entendida, no como formación de la voz de la mayoría, sino como una llamada de alerta de la minoría:

Se llegó a pensar que frases como el *gobierno de sí mismos* y el *poder de los pueblos sobre ellos mismos* no expresaban el verdadero estado de las cosas; el pueblo, que ejerce el poder, o es siempre el mismo pueblo sobre el que se ejerce, y el gobierno de sí mismo de que se habla no es el gobierno de cada uno por sí mismo, sino de cada uno por los demás. La voluntad del pueblo significa, en realidad, la voluntad de la porción más numerosa y activa del pueblo, de la mayoría, o de aquellos que consiguieron hacerse aceptar por tal mayoría. Por consiguiente, el pueblo puede desear oprimir a una parte de sí mismo, y con él son tan útiles las precauciones como contra cualquier otro abuso del poder... Es siempre importante conseguir una limitación del poder del gobierno sobre los individuos... La tiranía de la mayoría se incluye ya dentro de las especulaciones políticas como uno de esos males contra los que la sociedad debe mantenerse en guardia... Se requiere, además, protección contra la tiranía de las opiniones y pasiones dominantes, contra la tendencia de la sociedad a imponer como reglas de conducta sus ideas y costumbres a los que difieren de ellas, empleando para ello medios que no son precisamente las penas civiles contra su tendencia a obstruir el desarrollo e impedir, en lo posible, la formación de individualidades diferentes.<sup>735</sup>

<sup>734</sup> Greppi, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006, p. 25.

<sup>735</sup> Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 25.

#### 4. *La igualdad política*

Hay, entre democracia, libertad de prensa e igualdad, un vínculo que creo necesario resaltar, que normalmente es soslayado por la doctrina, y que este trabajo propone recuperar.

El poder, por más que emane teóricamente de la soberanía del pueblo, en sus manifestaciones prácticas es desigual, porque, por definición, supone que algunos mandan y otros, los excluidos de mandar, obedecen. La libertad de prensa acrecienta las posibilidades de poner en pie de igualdad al poder político y a los grupos y personas que lo critican u objetan, permitiendo que cada uno de ellos se exprese e influya sobre las instituciones representativas.

Es decir, según mi visión, no sólo importa que el hombre esté en condiciones de criticar, sino que, en forma creciente, se desarrollen mecanismos que nivelen al hombre y a los grupos frente al poder, para ponerlo en pie de igualdad relativa, esencial para que sus críticas tengan una posibilidad cierta de ser escuchadas y ser tenidas en cuenta.

La libertad de información es una condición para la igualdad de información, pero la igualdad de información de los ciudadanos es condición para la existencia de una verdadera democracia.

Por eso, se puede decir que el pleno acceso a la información es una condición necesaria, aunque por cierto no suficiente, para la igualdad política. Sólo cuando esté garantizada esa posibilidad se podrá hablar de gobierno del pueblo y por el pueblo.

Después de años de desigualdades —cimentadas en la raza, la propiedad, la ciudadanía o cualquier otra circunstancia que fuera usada para justificar diferencias políticas—, la más plena libertad de prensa es una respuesta a la reivindicación de igualdad, pues es un camino para diseminar igualmente información entre quienes tienen que votar. Por el contrario, la censura sería un mecanismo para direccionar el voto y el pensamiento.

#### 5. *Neutralidad estatal*

Existe una función olvidada o poco señalada que se cumple a través de la máxima libertad de prensa, y particularmente a través de la libertad informativa: la neutralidad del Estado.

Según la tesis liberal de la neutralidad estatal, el Estado debe abstenerse de apelar, como justificación de sus políticas, a la afirmación de una determinada doctrina comprensible, religiosa, filosófica o moral, como si fuera verdadera o correcta. El Estado debe ser neutral respecto de las diversas o, a veces incompatibles, concepciones del bien.<sup>736</sup>

No cabe duda de que la primera enmienda de los Estados Unidos o los artículos 14 y 32 de la Constitución nacional cumplen un rol a favor de esa neutralidad: si el Estado no puede censurar ni amenazar legislativamente la expresión de ideas o informaciones, no tendrá en sus manos una herramienta importante para permitir o inhibir la difusión de ciertas expresiones que considere favorables o desfavorables. Pues bien, en esa misma línea se inscribe, entiendo, la prohibición de revelar las fuentes de información periodística: el Estado no podrá definir, en principio, qué información debe salir a la luz —salvo que tenga un interés legítimo y absolutamente impostergable en hacerlo—, pues es tarea del periodista, parte de la sociedad, hacer esa selección y difusión.

Smolla sostiene al respecto que el principio de neutralidad abarca un conjunto de preceptos que forman el corazón de la moderna jurisprudencia de la primera enmienda: la mera oposición del Estado a una idea nunca es suficiente, por sí sola, para justificar la restricción del discurso, porque el gobierno no puede preferir y elegir a una idea entre ideas distintas, sino que debe adoptar un punto de vista neutral. Todas las ideas son creadas iguales en la mirada de la primera enmienda, incluso aquellas que parecen ir contra los principios constitucionales aceptados. Bajo la primera enmienda, la Corte Suprema estableció que no hay tal cosa como una falsa idea. Por perniciosa que pueda parecer, dependemos para su corrección no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competencia de ideas.<sup>737</sup> Mientras que, según Smolla, la primera enmienda no es un absoluto, el principio de neutralidad sí lo es.<sup>738</sup>

<sup>736</sup> Leclerq, Garreta, “Rawls: legitimidad política, neutralidad estatal y razonabilidad”, en Amor, Claudio, *Rawls post Rawls*, Universidad Nacional de Quilmas, Prometeo, 2006, p. 53.

<sup>737</sup> Smolla, Rodney, *op. cit.*, citando el caso *Gertz vs. Roberto Welch, Inc.* 418 US. 323, 339-340 (1974).

<sup>738</sup> Smolla, Rodney, *Free Speech in an open society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 46.

## 6. Escenario igualitario de la política agonial

Otra argumentación que es frecuentemente soslayada por los autores, y que quiero resaltar, es que los medios de comunicación, ofreciendo la palabra a los contendientes de la democracia, ponen a disposición de esos actores un escenario común para que debatan sus ideas.

No trato aquí de reiterar lo expuesto en el criterio de la igualdad, que intenta poner en condiciones óptimas a quien está en una situación de obediencia del poder, es decir, en una situación desventajosa, sino señalar un aspecto moderno de esa igualdad: los medios mismos son un escenario común —una plataforma— para el debate, por lo cual los grupos y personas, si saben utilizar las herramientas que son propias no sólo de su disciplina, sino también de la disciplina mediática, tendrán la oportunidad de entrar en una plataforma común, con sus códigos, herramientas, y lenguajes propios.

Desde la sociología señala Balandier<sup>739</sup> que en los últimos años se ha acelerado la teatrocracia, una exasperación de lo espectacular del poder, en la que lo mediático define lo político y redefine la democracia. Hay una teatralidad de la democracia y una dramatización de sus ritos. Por eso, hoy, no es posible pensar la política o la sociedad al margen de lo que muestran los medios, que con sus mensajes construyen y reconstruyen incesantemente esa sociedad y la libertad de expresión que la caracteriza. Los medios han venido transformando la democracia, y es indudable que son su escenario. Los regímenes pluralistas vinculan las dramatizaciones de la oposición institucional a las del poder: las confrontaciones organizadas por los medios de masas, los debates, los sondeos, las reuniones espectaculares de partidos, las campañas electorales, las pugnas parlamentarias y su televisación, los efectos sorpresa, las palabras inesperadas y, últimamente, también, Internet y los elementos propios de Internet (*chats, bloggs*, etcétera) que son recibidos y recreados por los medios gráficos y audiovisuales y, también, a través de los sitios *online* de estos medios, ponen de relieve hasta qué punto es estrecha tal relación. La palabra y la imagen son un mensaje que se multiplica, se descompone y se diversifica en forma incesante.

Los adversarios se enfrentan en un mismo terreno, recurriendo a los mismos medios, y el número de medios es cada vez mayor. Por eso, des-

<sup>739</sup> Balandier, Geroges, *El poder en escenas. De la representación del poder al poder de la representación*, Paidós, 1994.

de un punto de vista muy actual, los medios cumplen una función de escenificación, de teatro, y la libertad de prensa le da a los ciudadanos y a la oposición la posibilidad de subirse a ese mismo escenario, en el que pueden, incluso, echar luz sobre lo que está oculto.

Quienes trabajan en medios de comunicación saben, hablando ya específicamente sobre las fuentes de información, el efecto que produce en el poder echar luz sobre un asunto que las autoridades quieren mantener en secreto, y también saben que las fuentes secretas son, muchas veces, personas que disienten con el gobierno o que lo integran, pero que disienten con algunas de sus políticas o circunstancias. Así, la libertad de prensa cumple una función de desenmascarar al poder, desmitifica a sus titulares, exponiendo sus miserias y nivelándolos en las críticas a todos los demás habitantes. Remueve las máscaras, que son propias del teatro.

### *7. Participación en la formación de la decisión política*

Una función esencial de la libertad de expresión es la de proveer participación en el proceso de decisión política, mediante la posibilidad de una discusión abierta que está al alcance de todos los miembros de la comunidad. Para que el proceso opere de la mejor manera, cada hecho relevante debe ser incorporado, cada opinión debe ser puesta a consideración. El sistema requiere la participación de todos, y la supresión de la discusión hace imposible llegar a un juicio racional.<sup>740</sup>

### *8. La conformación de la opinión pública<sup>741</sup>*

La burguesía, a medida que va tomando conciencia de su presencia en la sociedad, va conformando la opinión pública y, obviamente, en muchos países, también irá tratando de imponer su supremacía sobre otras clases sociales, que también disputan su presencia social, recurriendo a diversos mecanismos, como, por ejemplo, el voto calificado. De esa forma, la opinión pública va a pasar a ser un factor de influencia, pero tam-

<sup>740</sup> Emerson, Thomas I., *Toward a general theory...*, también en Garvey, John and Shauer, Frederich, *The First Amendment...*, *cit.*, nota 730, p. 51.

<sup>741</sup> He estudiado las definiciones que han dado los filósofos y científicos sociales sobre opinión pública en otra obra: *Poder y opinión pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 71 y ss.

bién un ámbito sobre el que muchos querrán influir y dominar, para imponer sus criterios de gobierno.

En ese clima, la libertad de prensa y la amplia circulación de información va a ser necesaria para tratar de derribar los antiguos regímenes<sup>742</sup> y, también, para tratar de ganar la puja por influir sobre el poder.

Así, el devenir de la Revolución francesa de 1789 no se decidió en los discursos de la Asamblea Constituyente, sino en la calle, en los alones de la inteligencia burguesa —como el de madame Roland—, en los clubes populares, jacobinos o franciscanos, pero sobre todo en la prensa. El pueblo se hizo por primera vez dueño de la historia. Y la fuerza de su poder podía demostrarse en el simple hecho de escribir un panfleto. Como advierte Lamartine, el periodismo, foro universal y cotidiano de las pasiones del pueblo, se había hecho inaccesible a todos al obtener la libertad.<sup>743</sup>

Según Robespierre, sólo la opinión pública, que es la mayoría absoluta de la sociedad, puede ser el último juez. Si la opinión pública no existiera, los déspotas nunca podrían ser sometidos a legalidad.

¿Cuál es la principal ventaja, el fin esencial de la libertad de prensa? Contener la ambición y el despotismo de aquellos a los que el pueblo encomendó su autoridad, atrayendo constantemente su atención sobre los atentados que pueden cometer contra sus derechos. Por lo tanto, si le dejais el poder de perseguir, presentando calumnia a los que osen condenar su conducta, ¿no resulta claro que ese freno resultaría completamente ineficaz o nulo? Pero, además, ¿quién juzgará a los jueces? Porque, en definitiva, es necesario que sus prevaricaciones o sus errores comparezcan, como las de los demás magistrados, ante el tribunal de la censura pública... los ciudadanos deben tener la facultad de expresarse y de escribir sobre la conducta de los hombres públicos sin verse expuestos a ninguna condena legal.<sup>744</sup>

<sup>742</sup> Plácido Fernández-Viagas, Bartolomé, *op. cit.*, p. 115.

<sup>743</sup> Lamartine, Alphonse de, *La Revolución francesa (historia de los girondinos)*, Barcelona, Ramón Sopena, 1931, p. 116.

<sup>744</sup> Robespierre, *Ouvres de Maximilien Robespierre*, París, Presses Universitaires de France, 1953, t. VII, p. 330, citado por Plácido Fernández-Viagas, Bartolomé, *op. cit.*, p. 116. Este autor cita a Wilson, Francis Gram, *A theory of public opinion*, Chicargo, Henry Regnery Company, 1962, quien explica que la opinión pública sólo se puede desarrollar en libertad, mientras que desde el momento en que los poderes públicos deciden controlar la opinión pública, manipulando esos símbolos en lugar de apelar a la razón, ya no estamos frente a la opinión pública libremente formada, sino frente a propaganda de gobierno. En estas circunstancias, los argumentos de la opinión pública se mezclarán, en el ágora imaginaria, con los mensajes lanzados por la propaganda para manipular a las masas.

La Revolución francesa, y de ahí en adelante la política agonal, se libró a través de la prensa, donde nunca faltaron los excesos. Pero no era ese tiempo para poner límites. Era tiempo de plena libertad —aunque la Revolución francesa no eliminó plenamente la censura, pues Voltaire y Diderot fueron encarcelados— y, al menos, cualquier restricción debía ser justificada. No debe leerse en estas líneas un endiosamiento de la opinión pública: hace dos siglos Tocqueville señaló sus peligros; hizo hincapié en que los hombres que viven en tiempos de igualdad, a medida que los ciudadanos se hacen más iguales, disminuye la inclinación de cada uno a creer ciegamente a un cierto hombre o en determinada clase, pero aumenta la disposición a creer en la masa, y viene a ser ésta la opinión que conduce al mundo, y los hombres confían de un modo casi ilimitado en el juicio del público —encuentran la verdad del lado del mayor número de personas—. <sup>745</sup>

La libertad de prensa surge como un camino, un espacio para respirar (*breathing space*) para la búsqueda de la verdad y para su difusión. <sup>746</sup> Quizá, la libertad de debate que confluye en la conformación de la opinión pública no siempre termine necesariamente en la verdad, pero sin duda esa libertad para confrontar certezas, errores, ideas, convicciones y desafíos es prerequisite ineludible para que esa verdad pueda llegar a alcanzarse. Por eso, el caso *New York Times vs. Sullivan* admite que los medios tienen un margen de error— por la velocidad con la que deben desempeñar su actividad para controlar al gobierno—.

De esa forma, la opinión pública es una suerte de ágora invisible y amplia, donde se da un debate que no es necesariamente racional ni completo; un espacio necesario y vital, donde se desarrolla un plebiscito continuo y cambiante, que se transforma a medida que el debate popular cobre vida, y cuya pretensión es la de influir sobre el poder político y sus decisiones.

<sup>745</sup> Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, p. 396. Y, a continuación, señala el autor que poco se avanzaría si se sustituyese la tiranía de uno por la de todos, cuando dice: “Si a todos los poderes diversos que sujetan y retardan sin término el vuelo de la razón individual, sustituyesen los pueblos democráticos el poder absoluto de una mayoría, el mal no haría sino cambiar de carácter: los hombres no habrían encontrado los medios de vivir independientes; solamente habrían descubierto, cosa difícil, una nueva fisonomía de la esclavitud... En cuanto a mi, cuando siento que la mano del poder pesa sobre mi frente, poco me importa saber quien me oprime; y por cierto no me hallo más dispuesto a poner mi frente bajo el yugo, porque me lo presenten un millón de brazos” (Tocqueville, *op. cit.*, p. 397).

<sup>746</sup> Como ya vimos, este pensamiento tiene una indudable raíz protestante.

Vemos, aquí, varios argumentos vinculados con la necesidad de favorecer el libre debate de la opinión pública:

- La necesidad de permitir que los distintos grupos influyan sobre el poder.
- La necesidad de limitar los abusos del poder, exponiéndolo a la crítica.
- La inconveniencia de que sea el juez, una autoridad del gobierno, el que tenga la última palabra sobre la opinión de la sociedad y sobre qué es verdadero y qué no lo es y, en lo que es materia de esta trabajo, la inconveniencia de que sea el juez el que decida si está bien o está mal que determinada materia, que permanecía en secreto y que salió a la luz, entre en el debate.

### 9. *Recuperar la representación, haciéndola visible*

La libertad de prensa, que incluye la de investigar todos los actos de gobierno, tanto públicos como privados, viene a echar luz sobre los actos ocultos, haciendo que en ese ejercicio de control la representación de las autoridades recobre sentido.

La representación, tanto la teatral como la que ejercen las autoridades respecto de su representaos, sólo puede tener lugar en público, en la esfera de la publicidad, pues representar significa hacer visible. Las reuniones, acuerdos y decisiones secretas pueden ser muy importantes, pero jamás pueden tener carácter representativo.<sup>747</sup>

<sup>747</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 68. Bobbio (p. 70) cita la obra de Kant, “Respuesta a la pregunta ¿qué es el iluminismo?”, en *Scritti politici e di filosofia Della storia e del diritto*, Turin, Utet, 1956, pp. 145 y 148, recordando que para él la publicidad no sólo es una necesidad política, sino también moral, pues el iluminismo requiere la más ofensiva de todas las libertades, es decir, aquella de utilizar públicamente la propia razón en todos los campos, y señala que Kant considera como principio trascendental del derecho público el principio según el cual “todas las acciones referentes al derecho de otros hombres cuya máxima no sea susceptible de publicidad, sin injustas”, pues su publicidad provocaría tal escándalo que impediría su misma realización. ¿Qué oficial público podría declarar que piensa tomar el dinero público en provecho propio? Esa acción debe ser hecha en secreto; por eso, el principio de publicidad permite diferenciar entre lo lícito y lo ilícito. Uno de los temas más recurrentes de los escritores políticos que con sus teorías de la razón de Estado acompañan la formación del Estado moderno es el tema de los *arcana imperii*. En el Estado autocrático, el secreto de Estado es la regla, y lo común es los actos de ocultamiento, de simulación, de disimulo y la mentira.

La publicidad de los actos ocultos de gobierno, entonces, no sólo permiten al pueblo ejercer una función de control, sino recuperar la representación de esos actos.

Las relaciones de poder pueden ser simétricas (democracia) o asimétricas (autocracia). Idealmente, la democracia nace de un acuerdo de cada uno con todos los demás, es decir, de un *pactum societatis*. El contrato representa el tipo ideal de relación simétrica. Considerando la pareja mando-obediencia como la pareja característica de la relación asimétrica del poder, aquel que manda es más terrible en cuanto está más escondido; aquel que debe obedecer es más dócil en cuanto es más escrutable y expuesto.<sup>748</sup> El desequilibrio del mando-obediencia, en una democracia, tiende al equilibrio y la igualdad.

Frente a esa situación, la plena libertad de prensa, afirmo, procura recuperar la simetría. Las libertades de expresión y de prensa son, así, “anticuerpos” que protegen la democracia de la tendencia natural del poder al oscurantismo.

## 10. *Tolerancia*

En concordancia con todas las ideas sobre tolerancia que vimos hasta aquí, el *justice* Black, en una disidencia, sostuvo: “No creo que sea una reiteración excesiva señalar que las libertades de palabra, prensa... garantizadas por la Primera Enmienda, deben ser acordadas a las ideas que odiamos; de lo contrario, tarde o temprano, serán denegadas a las ideas que amamos”.<sup>749</sup>

No hay duda de que una de las características de la democracia moderna es la del pluralismo, y el pluralismo se nutre de la tolerancia.

## 11. *El valor del disenso*

Mucho de lo que hoy tenemos asimilado en la secular tradición de la libertad de expresión tiene sus raíces en los debates del disenso religioso, pero fue a partir de Spinoza, quien en el *Tratado teológico-político*

<sup>748</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 76.

<sup>749</sup> Disidencia del *justice* Black en la causa *Communist Party of the United States vs. Subversive Activities Control Board*, 367 US. 1. 137 (1960), citado por Bianchi, Enrique Tomás y Gullco, Hernán, *op. cit.*, p. 16.

(1670) sostuvo que “en un Estado libre todo hombre puede pensar lo que le guste y decir lo que piensa”; el trabajo de Cato y el juicio contra John Meter Zenger, que esa tradición de disenso religioso se transformó plenamente en una tradición de disenso político.

Dijo Stuart Mill que es probable que los disidentes, que no comparten la aparente unanimidad del mundo sobre un asunto cualquiera, tengan que decir, incluso aunque el mundo esté en lo cierto, alguna cosa que merecería ser escuchada, y es probable también que la verdad perdiera algo con su silencio.<sup>750</sup>

Sostiene Bobbio que la prueba de fuego de un régimen democrático está en el tipo de respuesta que se da a preguntas tales como ¿qué hacemos con las personas disidentes? ¿Las aniquilamos o las dejamos sobrevivir? ¿Las detenemos o las dejamos circular? ¿Las amordazamos o las dejamos hablar? No quiere decir el autor que la democracia sea un régimen de disenso, sino que en un régimen de consenso no impuesto desde arriba, alguna forma de disenso es inevitable. Por eso, existe una relación necesaria entre democracia y disenso.<sup>751</sup> Libertad de asociación y libertad de opinión deben considerarse como condiciones fundamentales del buen funcionamiento de un sistema democrático, porque ponen a los actores en un sistema basado en la demanda proveniente de abajo.<sup>752</sup>

En D'Arcais descubre que el principio de la mayoría, único límite intrínseco a las decisiones del *demos*, conlleva en su esencia, y no sólo por una exigencia normativa, el respeto de las minorías. La soberanía de la mayoría significa que esta misma mayoría podrá decidir mañana de forma diferente a la mayoría de hoy. Las mayorías pueden ser suplantadas. La mayoría que niega o limita a la minoría este derecho sobre el futuro ya ha destruido el principio de la mayoría y, en consecuencia, su legitimidad. Una mayoría lo puede todo, salvo limitar las libertades de la minoría de hoy. Siendo esto así, entonces no se puede quitar este poder ni siquiera a la minoría de esa minoría, y a la minoría de una minoría de una minoría, hasta llegar a esa minoría imposible de dividir; esto es, el individuo componente del *demos*. En definitiva, la decisión de la mayoría no puede en ningún caso amputar el “todos” de la soberanía de ningún individuo, pues esto sería en germen la supresión del *demos*. La verdad se-

<sup>750</sup> Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 64.

<sup>751</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 49.

<sup>752</sup> *Ibidem*, p. 57.

creta e incontrolable del principio de mayoría es, en consecuencia, el disidente. La libertad del disidente, su soberanía frente al futuro, viene antes del poder de la mayoría y del principio de mayoría, pues constituye la condición de posibilidad de ambos. Así, el principio de mayoría, seguido hasta el extremo de su hilo de Ariadna, nos informa en definitiva que la democracia no es, en absoluto, el dominio de la voluntad de la mayoría, sino el reconocimiento del poder y de la libertad de todos, implicados individualmente. La democracia que descuida el primado del disidente es una democracia que reniega de sí misma, una democracia empantanada. La democracia tomada en serio es la forma de convivencia donde el poder pertenece a cada uno.<sup>753</sup>

Hay elementos, entonces, para sostener firmemente la individualidad de la democracia y de la libertad en su mayor extensión.

Puesto que esto es indudablemente así, es decir, que en la democracia el poder pertenece —o, por cierto, debe pertenecer— a cada uno y donde cada uno no debe pertenecer al poder, la democracia tomada en serio es el individuo tomado en serio, su poder de pensar siempre diferente y su querer ser siempre de otra manera: el disidente.<sup>754</sup>

Por otra parte, la democracia es decisión libremente compartida (a través del mecanismo de la mayoría): esto implica que ninguno del “todos” que forma el *demos* debe mantenerse en la ignorancia. En consecuencia, la democracia es incompatible con los *arcana imperii*.<sup>755</sup> No tolera la mentira del poder. La mentira soberana (se puede decir, también, el ocultamiento del soberano) excluye la soberanía del ciudadano, y la censura o la manipulación la frustran parcial, progresiva e irremisiblemente. La mentira y el ocultamiento son las coartadas que el poder ilegítimamente ejercido le pone a la democracia.

## 12. Autorrealización personal

Dijo Spinoza: “Nada es tan peligroso como someter al derecho divino las cosas de la mera especulación e imponer leyes a las opiniones

<sup>753</sup> Bertoni, Eduardo Andrés, *op. cit.*, p. 34.

<sup>754</sup> D’Arcais, Paolo Flores, *El soberano y el disidente. La democracia tomada en serio*, Madrid, Montesinos, 2006, p. 23.

<sup>755</sup> D’Arcais, Paolo Flores, *op. cit.*, p. 29. En este sentido, tal como lo vimos al hacer referencia a la etimología y polisemia de la voz “secreto”, recordamos que Bobbio también se refiere a esa idea en *op. cit.*, p. 72.

que son o pueden ser objeto de discusión entre los hombres. El gobierno, en efecto, no puede ser sino violento allí donde las opiniones, que son propiedad de cada cual, son imputadas como crímenes”.<sup>756</sup>

Spinoza, para explicar esa compulsión de los hombres a pensar por sí mismos, sostiene:

No es posible que un hombre abdique de su inteligencia y la someta absolutamente a la de otro —se refiere a la voluntad del rey o autoridad—. Nadie puede hacer así una renuncia de sus derechos naturales y de la facultad que en él existe de razonar libremente las cosas, nadie a este puede ser obligado... Nunca podrá hacer —el soberano— que los hombres no juzguen de las cosas con su entendimiento y no sean por el afectado de tal o cual manera... Si nadie, pues, puede abdicar el libre derecho que tiene de juzgar por sí mismo, si cada cual, por un derecho imprescriptible de la naturaleza, es señor de sus pensamientos, ¿no resulta que nunca podrá ensayarse en un Estado, sin las más deplorables consecuencias, obligar a los hombres, cuyas ideas y sentimientos son tan distintos y aún tan opuestos, a no hablar, sino conforme a las prescripciones del poder supremo?... Convengo de buen grado en que esta libertad podrá ser origen de algunos inconvenientes, pero ¿cuál es la institución tan sabiamente concebida que no sea origen de inconveniente alguno? Querer someter todo al rigor de las leyes, es irritar el vacío, más bien que corregirle. Lo que no puede impedirse debe permitirse, a pesar de los abusos que de ello nazcan... esta libertad de entendimiento es absolutamente necesaria al desarrollo de las ciencias y de las artes, las cuales no se cultivan con éxito sino por los hombres que gozan de toda la libertad y plenitud de su entendimiento...<sup>757</sup>

La versión jurisprudencial y más moderna fue expuesta por el *justice* Thurgood Marshall, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien sostuvo:

La primera enmienda no sirve solamente a las necesidades de la organización política, sino también a aquellas del espíritu humano, un espíritu que requiere autoexpresión. Tal expresión es una parte integral del desarrollo de las ideas y le proporciona al sujeto un sentido de la identidad. Suprimir-

<sup>756</sup> Spinoza, Baruch, *op. cit.*, p. 194.

<sup>757</sup> *Ibidem*, pp. 207-211.

la es rechazar el deseo humano básico que procura reconocimiento y afrenta la dignidad y valía individual.<sup>758</sup>

Para algunos teóricos, la libertad de expresión debe ser valorada, no como un medio para buscar colectivamente la verdad o por ser un elemento necesario para el autogobierno, sino como un fin en sí misma, pues es una parte esencial de la libertad del ser humano.

El hombre se distingue de otros animales principalmente por las calidades de su razón. Tiene poder para pensar y para sentir de manera distinta y única, frente a los animales. Tiene la capacidad de pensar en términos abstractos, usar lenguaje, comunicar su pensamiento y emociones y construir cultura. Fue a través del desarrollo de esa capacidad como encontró su lugar en el mundo.<sup>759</sup>

Me pregunto, entonces, ¿se le puede restringir su capacidad de investigar? La respuesta es: no.

Es consustancial al hombre el expresar sus opiniones de modo desafiante e irreverente, sólo porque es su propia opinión.

Esta concepción es criticada por varios autores, entre ellos Bork, porque el concepto de autorrealización personal es muy amplio, y también puede encontrarse en él fundamento a favor de cualquier otra libertad —según las preferencias personales de quien invoque esa razón—, por lo que si se asume que el gobierno tiende a regular todas las actividades, la teoría no nos puede explicar por qué habrá de dársele más importancia a la libertad de expresión.

Del mismo modo, esa justificación podría justificar la expresión de opiniones, pero no alcanza para justificar la circulación irrestricta de información.<sup>760</sup>

Por eso, Bork sostiene que la única justificación de la libertad de expresión es la del autogobierno democrático, porque sólo el discurso político puede ser distinguido claramente para afirmar que sirve intereses superiores a cualquier otra forma de autosatisfacción personal.

Smolla sostiene que hay dos respuestas a este último planteo. Desde un punto de vista liberal, podría sostenerse que el gobierno, en rigor, no debe

<sup>758</sup> 416 US. 396, 1974 *Procunier vs. Martínez*.

<sup>759</sup> Emerson, Thomas I., *op. cit.*, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 48.

<sup>760</sup> Smolla, Rodney, *op. cit.*, p. 9.

intervenir en los asuntos del individuo con la sola excusa de que una mayoría política consideró que esa intervención es razonable, pues el único motivo que podría justificar tal intervención sería que el gobierno demuestre que tiene un interés imperioso (*a compelling interest*) para tal intrusión, como cuando es necesario evitar el daño que un individuo le puede provocar a otro. Este requerimiento de daño (*harm requirement*) con una descalificación moral que la mayoría le asigne a una determinada actividad o con un disgusto o una disidencia, sino con la existencia de una verdadera víctima, distinta del agresor. La segunda respuesta posible es que mientras el placer y las gratificaciones son aspectos que los hombres y los animales buscan por igual, la autosatisfacción se refiere a aquellos aspectos que son particulares del ser humano: la autosatisfacción que proviene de la peculiar condición humana de pensar, imaginar y crear. En tercer lugar, una vez que se acepta la primacía de la libertad de pensar, se sigue la posición preferida de la libertad de expresión. Esto no quiere decir que la libertad de expresión es un absoluto ni que el gobierno no pueda regular la expresión en mayor medida que el pensamiento: significa, sí, que en la medida en que la libertad de expresión está conectada con el pensamiento en mayor medida que otras formas de gratificación, se puede pretender que el gobierno debe satisfacer exigencias mayores que las que debe satisfacer cuando regula cualquier otra actividad.<sup>761</sup> Desde esta perspectiva, la primera enmienda es un llamado para promover que los habitantes hablen, tomen posición, demanden ser escuchados y reclamen participación.

Emerson agrega otra respuesta, que parece convincente: la libertad de expresión es un bien en sí misma o, al menos, es un elemento esencial de una buena sociedad. La sociedad debe perseguir el logro de otros y más inclusivos valores, como la virtud, la justicia, la igualdad o la máxima realización de las potencialidades de sus miembros. Esos problemas no serán necesariamente resueltos aceptando las reglas de la libertad de expresión, pero, como proposición general, la sociedad no podrá buscar esos valores por vía de suprimir las creencias y opiniones de los individuos que son miembros de ella.<sup>762</sup> Y, en esa misma línea, el autor agrega que si se admite que la sociedad puede restringir la acción, hay que señalar que la expresión ocupa una posición especialmente protegida: en ese

<sup>761</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>762</sup> Emerson, Thomas I., *op. cit.*, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 49.

sector de la conducta humana, el derecho social de supresión o compulsión llega a su menor punto, o en algunos aspectos no existe.

## II. DEBATE ABSOLUTISMO/RELATIVISMO

No está completamente claro cuál la fue medida de la influencia de Blackstone sobre la primera enmienda, que hoy se considera que no sólo protege contra la censura previa, sino también, en alguna medida y dentro de ciertas condiciones, contra la responsabilidad ulterior.

Algunos autores consideran que el criterio de Blackstone, al limitarse a postular la protección contra la censura previa, es un criterio absoluto—no absolutamente absoluto, sino de un absolutismo relativo—, aunque es insuficiente y primitivo,<sup>763</sup> pues su posición fue que la protección contra la censura previa era total, aunque una vez que el discurso entraba en la esfera del dominio público no gozaba de protección especial y podría ser sancionado por ser discurso de tendencia pernicioso.<sup>764</sup>

No hay duda de que la postura de Blackstone está en el corazón de la primera enmienda y que ésta protege contra la censura previa. Pero el debate que se planteó en los Estados Unidos a lo largo de los años fue si la primera enmienda protege algo más, y la jurisprudencia ha admitido que sí protege otros supuestos.

Importantes juristas y jueces norteamericanos sostuvieron la teoría absoluta de la libertad de expresión, por lo menos para tutelar la expresión política.

Entre los jueces de la Corte puede citarse a Hugo Black, quien sostuvo que esa libertad no está sujeta a condición alguna, ni sin peros,<sup>765</sup> y por William O. Douglas, quien sostuvo que la prohibición de leyes que restrinjan la libertad de expresión es total y completa.<sup>766</sup>

<sup>763</sup> Smolla, Rodney, *op. cit.*, p. 30.

<sup>764</sup> Cuánto influyó Blackstone en la primera enmienda sigue siendo material de debate. Thomas Jefferson envió una carta a James Madison en 1788 aconsejándole que respaldara una declaración de derechos con el argumento blackstoniano de decir que “una declaración de que el gobierno nunca restringiría la libertad de prensa no significaría que los impresores iban a dejar de ser responsables por libelo por las falsedades que imprimiesen”.

<sup>765</sup> *Beauharnais vs. Illinois* 343 US. 250 275 (1972), Black dissenting, citado por Smolla, *op. cit.*, p. 22.

<sup>766</sup> *Columbia Broadcasting System, Inc. vs. Democratic Nat. Committee* 412 US. 94, 156 (1973).

Entre los juristas, algunos la defendieron con ciertas cortapisas, como Bork, quien sostiene que la libertad de expresión debe ser considerada una libertad preferida sólo en cuanto ese discuso se relaciona con política y gobierno.<sup>767</sup>

Pero fue Meiklejohn, en dos de sus libros, *Free Speech and its Relation to Self-Government*<sup>768</sup> y *Political Freedom*<sup>769</sup> quien, quizá, encaró la defensa más fuerte y clara a favor de la libertad de expresión sin censura previa como un absoluto.<sup>770</sup>

Meiklejohn parte de distinguir que hay dos clases de libertades: una, la libertad de usar y disponer del derecho de propiedad, que el Congreso puede limitar, y la otra, la libertad de expresión de creer y argumentar a favor o en contra de lo que se crea, que el gobierno no puede limitar.<sup>771</sup>

También explica que en un país que se funda en el autogobierno, los hombres libres no son hombres sin gobierno, sino hombres que se gobiernan a sí mismos.<sup>772</sup>

Por eso, cuando la Constitución norteamericana estableció, en la primera enmienda, que “El Congreso... no podrá tampoco restringir la libertad de palabra o de prensa...”, esa afirmación quiere decir:

1) *Prohibición de leyes restrictivas*. El Congreso no está impedido de dictar cualquier tipo de ley en materia de libertad de expresión, sino sólo aquellas leyes que restringen esa libertad, pero sí puede dictar leyes que la extienden y enriquecen.

<sup>767</sup> Bork, Roberto, “Neutral Principles and some First Amendment Problems”, 47 *Ind., L. J.*, 1971, p. 20, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 97.

<sup>768</sup> Meiklejohn, Alexander, *Free Speech...*, 1948.

<sup>769</sup> Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom...*, 1960. Este libro es, en rigor, la segunda edición del citado en la nota anterior, pero, además, contiene una exposición en la que el autor defiende la libertad de discurso político frente al Congreso norteamericano. Para esta tesis, fueron estudiadas ambas obras.

<sup>770</sup> En sentido contrario, Bork, Roberto, “Neutral Principles...”, p. 20, trabajo incluido también Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 94, que dice que si la libertad es absoluta, debe ser contrastada con hipótesis absolutas, y nadie se atrevería a negarle al Congreso atribuciones para prohibir un motín a bordo cuando el barco está en guerra contra naves extranjeras u otros ejemplos similares. Nadie, dice Bork, ni siquiera un completo absolutista, negaría esta posición extrema, pero si es así, hay que concluir que el absolutismo es frágil.

<sup>771</sup> Meiklejohn, Alexander, *Free Speech...*, p. 2.

<sup>772</sup> *Ibidem*, p. 16.

2) *La prohibición es absoluta.* La prohibición que establece esa norma es no calificada, sino que, por el contrario, es absoluta. No admite excepciones. Decir que no pueden ser hechas leyes de cierto tipo significa decir que puede ser hecha ninguna ley de ese tipo. Esa prohibición es aplicable tanto en épocas de paz como de guerra. Los hombres que adoptaron la Declaración de Derechos no eran ignorantes de las necesidades de la guerra o de peligro nacional. En realidad, sería más exacto pensar que fueron esas necesidades y peligros los que ellos tuvieron en mente cuando planearon defender la libertad de expresión por sobre esas necesidades. Por su propia experiencia ellos sabían cómo el terror y la guerra podían llevar a los hombres a actos de irrazonable supresión. Y, para ambos casos, para la guerra y la paz, establecieron una prohibición absoluta contra la restricción de la libertad de expresión. La misma afirmación, por las mismas razones, se mantiene hoy vigente.<sup>773</sup>

El propio autor dice que contra esa afirmación se podría argumentar que América, en el siglo XX, no aceptaba una teoría absoluta, contra lo que sí se sostenía en el siglo XVIII. Pero responde que el tema de la libertad de expresión no puede ser mirado tan sólo con este razonamiento a priori del siglo XX, sino también hay que examinar cuidadosamente la estructura y funcionamiento del sistema político de los Estados Unidos como un todo, para entender cómo juega ese principio de libertad de expresión, aquí y ahora, en ese sistema. Y ese examen conduce a concluir que las palabras de la primera enmienda significan literalmente lo que dicen, y lo que dicen es que bajo ninguna circunstancia puede ser restringida la libertad de expresión.<sup>774</sup> La libertad de expresión no sirve para todo, sino para el autogobierno.<sup>775</sup> El interés último de la protección no es la libertad de los que hablan, sino también la de quienes escuchan. El objetivo principal es el conocimiento e información hacia quienes están llamados a votar. El bienestar de la comunidad requiere que aquellos que deciden cuestiones (el pueblo) las puedan entender y que sepan sobre qué están votando. Y esto requiere que todos los hechos e intereses relevantes para esos problemas puedan ser expuestos a la comunidad.<sup>776</sup>

<sup>773</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>774</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>775</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>776</sup> *Ibidem*, p. 25.

Cuando los hombres se gobiernan a sí mismos, son sólo ellos los que deben juzgar lo que no es sabio ni equitativo y es peligroso. Y esto significa que las ideas no sabias deben tener igual oportunidad de ser oídas que las ideas sabias, y las ideas peligrosas deben tener la misma oportunidad de ser escuchadas que las ideas más seguras, y las ideas contrarias al país, la misma oportunidad de ser escuchadas que las ideas favorables al país. Lo contrario sería una mutilación, y es contra esta mutilación del proceso de pensamiento de la comunidad contra el que se dirige la protección de la primera enmienda. El principio de la libertad de expresión surge de las necesidades del autogobierno. Tener miedo de las ideas, de cualquier idea, es no estar preparado para el autogobierno.<sup>777</sup>

Hasta aquí vemos dos puntos interesantes. Por un lado, el fundamento de la libertad de expresión es el autogobierno,<sup>778</sup> y que la necesidad de dejar la mayor libertad para que sean los hombres los que juzgan esas ideas no se justifica recurriendo a la concepción del mercado de ideas, sino por las necesidades mismas del autogobierno.

3) *El test del peligro claro y presente es errado*. Asimismo, es muy interesante cómo Micklejohn desbarata la doctrina del peligro claro y real (*clear and present danger*) que elaboró la Corte norteamericana, a partir de 1919 y de la mano de Oliver Wendell Holmes,<sup>779</sup> para justificar cierta capacidad del Congreso para entremeterse y restringir ciertos discursos —a pesar de que la primera enmienda no lo autoriza—. La teoría del peligro claro y real anula, dice Meiklejohn, el propósito más significativo de la primera enmienda. Esa teoría fue elaborada a raíz de un debate surgido durante la Primera Guerra Mundial sobre una circular que envió un determinado grupo de personas en contra del reclutamiento de tropas. Dijo Holmes en ese fallo que normalmente los imputados habrían actuado dentro del límite de sus derechos constitucionales, pero

<sup>777</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 27.

<sup>778</sup> Sunstein, Cass R., “Free Speech Now”, 59 *U. Chicago L. Rev.*, p. 255, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 116, sostiene que muchos autores frecuentemente entienden que la posición de Meiklejohn es la que, años después, reflejó el fallo *Sullivan* de la Corte norteamericana, construida sobre la base de la soberanía política, el autogobierno y la necesidad de asegurar que el gobierno no inhibe la expresión política.

<sup>779</sup> Cabe recordar que el *justice* Holmes no explica la libertad de expresión por la necesidad de satisfacer el autogobierno (como sí lo hacía Brandeis), sino por la explicación de la teoría del mercado de ideas.

...el carácter de cada acto depende de las circunstancias en que es realizado... No podría ser protegido un hombre en un teatro gritando fuego y causando pánico... La cuestión en cada caso es determinar si las palabras son usadas en circunstancia tales y son de tal naturaleza para crear un peligro claro y presente que pudieran traer uno de los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir. Es una cuestión de proximidad y de grado. Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que podrían ser dichas en tiempo de paz son tan importantes para sus esfuerzos que... la justicia no las puede considerar protegidas por derecho constitucional alguno...

Para Meiklejohn, la fórmula del peligro claro y presente (real) no es una interpretación del principio de la libertad de expresión, sino que la Corte la diseñó como una excepción de ese principio.<sup>780</sup> Para este autor, la fórmula presenta varios problemas, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) *No es posible encontrar la línea divisoria.* Es muy difícil encontrar la línea que permite diferenciar la palabra protegida por la primera enmienda de aquella que cae fuera de la protección.

b) *La inmunidad de expresión de los legisladores es absoluta y no puede ser recortada, por lo cual menos podría serlo la libertad de expresión de los representados:* el principio de la libertad de discusión pública ya estaba reconocida en la Constitución norteamericana antes de la inclusión de la declaración de derechos, cuando, en el artículo I, sección 6, que definió los deberes y privilegios de los miembros del Congreso, la Constitución estableció el privilegio de la inmunidad de expresión. Meiklejohn toma esta inmunidad como una prohibición contra la restricción de la libertad de expresión, que “tampoco puede ser recortada y es igualmente absoluta, como la Primera Enmienda. No calificada, la libertad de debate de nuestros representantes es protegida de cualquier interferencia restrictiva”.<sup>781</sup> El autor se pregunta si esta protección constitucional podría ser limitada en tiempo de peligro claro y presente, y afirma que ello no es posible: Meiklejohn dice que nadie puede posiblemente dudar o negar que el debate legislativo, en ocasiones, puede traer una seria e inmediata amenaza al bienestar general (por ejemplo, una norma sobre re-

<sup>780</sup> Meiklejohn, Alexander, *op. cit.*, p. 31.

<sup>781</sup> *Ibidem*, p. 35.

clutamiento de tropas) e, incluso, los legisladores a veces critican las iniciativas de otros legisladores con una acidez que no alcanza ningún discurso de un ciudadano particular, así como también algunos legisladores del propio Congreso pueden bloquear las iniciativas de paz que quiera celebrar el presidente, lo cual produce daño al país y la nación. Y, sin embargo, a pesar de todo ello, esos legisladores nunca podrían ser cuestionados ni llevados a juicio por esas ofensas, porque si la inmunidad legislativa no fuera absoluta, se caería todo el programa del autogobierno representativo. Del mismo modo, la misma inmunidad es garantizada a los jueces en sus cortes, por lo cual las disidencias de los jueces —como todo el mundo sabe, son un peligro claro y presente que amenaza la efectividad de la decisión de la mayoría— no pueden ser cuestionadas.<sup>782</sup> Y esto echa luz por qué la libertad de debate de la primera enmienda debe gozar de igual inmunidad: en última instancia, no son nuestros representantes los que nos gobiernan, sino que nos gobernamos a nosotros mismos usándolos a ellos. La libertad que le garantizamos a nuestros representantes no es más que una derivación de la primaria libertad que nos corresponde a los votantes.

c) *La libertad pública de expresión no puede ser restringida ni siquiera mediante debido proceso legal, porque no es la libertad de expresión de la quinta enmienda, sino de la primera enmienda.* La quinta enmienda, por contraste a la primera enmienda, echa también luz sobre esta última. La quinta enmienda es la que establece que ninguna persona “puede ser privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”. Esto quiere decir —interpreta nuestro autor— que hay una libertad de expresión que sí puede ser recordada o suprimida con el debido proceso legal, pero también quiere decir que, en realidad, hay dos libertades de expresión: hay una libertad de expresión que la primera enmienda, vinculada con la libertad de debate público, declara no restringible y otra, que la quinta enmienda, vinculada con los derechos privados, declara que sí se puede recortar.<sup>783</sup> De modo tal que la libertad de expresión de la pri-

<sup>782</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>783</sup> *Ibidem*, p. 38. Vale la pena señalar que esa distinción hace que no pueda restringirse en modo alguno el discurso público, mientras que sí podría restringirse la libertad de publicidad comercial, que es un discurso privado. Esto es importante, por dos asuntos: por un lado, como veremos, Sunstein también es partidario de esto último, y considera que la jurisprudencia de la Corte norteamericana, en cuando evolucionó hacia la total protección de la libertad de expresión comercial, se basa en una interpretación de la teo-

mera enmienda está más allá de cualquier limitación, incluso más allá del debido proceso. Si Holmes se atrevió a recortar la primera enmienda, dice Meiklejohn, fue porque Holmes creyó erróneamente que la quinta enmienda y el debido proceso podrían tomar su lugar.

d) *Es difícil distinguir entre discurso-expresión y discurso-acción y, además, el discurso que se vuelve acción también merece protección:* Holmes dice que el discurso puede ser castigado cuando se vuelve acción o es incitación a la acción. Para Meiklejohn, esto es absurdo, porque el ciudadano, en una consulta, vota *si* o *no* a una propuesta de políticas públicas, en realidad, ha actuado. El juez que condena, el Congreso que declara la guerra o el presidente que veta una ley del Congreso también realizan actos en el mismo sentido en que lo hace un hombre que grita “¡fuego!” en el teatro. Y si los votantes deben votar libremente y esas autoridades también deben poder expresarse libremente y esas libertades de expresión no pueden ser restringidas, es obvio que esa pretensión de establecer la distinción discurso-acción se vuelve difícil de ser llevada a cabo. Holmes logra decir que hay un discurso-acción, de carácter criminal, que no debe estar protegido, pero no logra demostrar que todo discurso-acción no deba estar protegido.<sup>784</sup>

e) *La Declaración de Derechos es un listado de actos en los que la legislatura no se puede inmiscuir.* La invasión de la legislatura no es válida. Y, por otra parte, muchos actos legislativos son más perniciosos que los efectos que intentan evitar.

f) *Silenciar a las minorías.* La doctrina elaborada por Holmes —advierte Meiklejohn— viene a afirmar que en toda situación de peligro las minorías, aun cuando se comporten conforme con la ley, deben ser silenciadas y, aun cuando hablen honestamente, se pone sobre ellas el peso de la sospecha criminal.<sup>785</sup>

g) *La doctrina del peligro claro y actual se volvió, con los años, peligrosa e irreconocible.* La aplicación de esta doctrina judicial dio paso a

ría del mercado; por otro lado, es importante para leer la Constitución argentina porque si bien aquella diferenciación de dos libertades no es enteramente extrapolable a nuestro texto constitucional, especialmente porque el artículo 14 CN protege contra la censura previa de cualquier “idea”, también es cierto que los consumidores tienen un derecho a la información veraz (artículo 42). De todos modos, este asunto debería ser objeto de otra tesis.

<sup>784</sup> Meiklejohn, Alexander, *op. cit.*, p. 43.

<sup>785</sup> *Ibidem*, p. 49.

que, ante los crecientes peligros de censura, los jueces Holmes y Brandeis —pero sobre todo por obra del segundo— fueran exigiendo cada vez un peligro más profundo, y con el tiempo la doctrina se volvió irrecognocible. Con los años, ya no bastaba que el peligro fuera *claro y presente*, sino también *tremendo*. Y en 1927 se exigió que el peligro fuera *inmediato*, inminente, es decir, que se produzca el daño antes de que haya tiempo a que se produzca el libre debate. La supresión sólo estaba justificada, en opinión de Brandeis, en una situación de emergencia, por lo cual siempre existía la posibilidad del ciudadano de demostrar que esa emergencia no existía ni estaba justificada. Pero esto significaba que estaba abandonando la doctrina del peligro claro y actual para establecer que la supresión sólo se justificaba en caso de emergencia, en la que el proceso de discusión pública se viera totalmente interrumpido e imposibilitado de ser llevado a cabo, no ya por un partido, sino por todos los partidos.<sup>786</sup>

Apuntando a ese tipo de razonamientos que intentan morigerar el absolutismos, sostiene Smolla, no con relación a Holmes, sino con relación a la distinción que hacía el *justice* Black entre discurso y conducta, que este intento, hecho por un juez que sostenía la concepción absoluta de la libertad de expresión, era una válvula de seguridad para morigerar su absolutismo.<sup>787</sup>

4) *La enmienda XIV prohíbe a los estados de la Unión restringir los privilegios e inmunidades de los ciudadanos*. Esta enmienda —similar al artículo 5 de la Constitución argentina— dice que “ningún Estado deberá hacer o aprobar ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni privarla de la vida, la libertad o propiedad sin el debido proceso legal...”. Para nuestro autor, la prohibición de restringir inmunidades y privilegios de los ciudadanos está

<sup>786</sup> Meiklejohn, Alexander, *op. cit.*, pp. 53-56. Smolla, Rodney, *Free Speech in an open society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 53, afirma que la distinción entre hechos y opiniones no es sencilla de trazar, porque muchas afirmaciones combinan elementos de hecho y de opiniones: por ejemplo, la afirmación puede estar expresada exteriormente en la forma de hechos, como sería la frase “John Smith es un asesino”, pero la misma podría ser una opinión si, en el contexto en que es formulada como parte del derecho de protestar contra el aborto y las prácticas abortivas del referido doctor, porque el subtexto sería “el aborto es asesinato; John Smith hace abortos, John Smith es un asesino”.

<sup>787</sup> Smolla, Rodney, *Free Speech in an open society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 25.

expresada en términos similares —incluso, la enmienda XIV usa el término *restringir* que usa la enmienda I— y tan absolutos como los de la primera enmienda. Y, además, esta restricción está fuera del alcance del debido proceso. La Corte norteamericana —se lamenta el autor que comentamos— sin embargo, en ocasiones, colocó la garantía de la primera enmienda bajo el alcance del debido proceso, de modo que las expresiones no quedan ya protegidas de cualquier restricción —como pretende la primera enmienda— sino de las restricciones indebidas.

5) *La expresión no puede estar sujeta a ponderación con otro interés social importante.* Chaffee sostuvo la doctrina de que el verdadero límite de la primera enmienda puede ser fijado sólo si el Congreso y los jueces advierten que el principio sobre cuál es el discurso legalmente admisible y cuál no lo es envuelve un balanceo de dos intereses sociales muy importantes: la búsqueda de la verdad y la seguridad pública, de modo que corresponde elegir entre uno de ambos intereses. Para Meiklejohn, no es eso lo que dice la Constitución, y no hay nada en ella que justifique esa aseveración y, además, la lógica del plan de autogobierno rechaza la teoría de la ponderación. Para la primera enmienda, la integridad de la discusión pública y la protección de la seguridad pública son intereses coincidentes —y no distintos, entre los que haya que optar—. El método del autogobierno no permite optar entre la búsqueda de la verdad y la seguridad, sino que se funda en la búsqueda de la verdad. Debemos escuchar ideas, incluso contrarias a las nuestras, no porque quienes las pronuncian tengan derecho a hacerlo, sino porque necesitamos escucharlas. Ésa es la seguridad pública. La seguridad pública es el camino del autogobierno.<sup>788</sup> En Occidente, siempre que nuestros inquisidores quisieron suprimir la libertad política, recurrieron al argumento de la necesidad de proteger la seguridad pública. Es por eso que la primera enmienda quiso y quiere declarar ilegal este argumento.<sup>789</sup>

6) *El Congreso es subordinado de la gente.* En la segunda de las obras citadas anteriormente, publicada en 1960, Meiklejohn transcribe su discurso ante el Congreso de los Estados Unidos, pronunciado ante el Subcomité de Derechos Constitucionales del Senado. Allí vuelve a interpretar que la primera enmienda declara que, con respecto al pensamiento político, a la discusión política, al debate político, nuestros ciudadanos

<sup>788</sup> Meiklejohn, Alexander, *op. cit.*, pp. 64-68.

<sup>789</sup> *Ibidem*, p. 112.

son soberanos, y el Congreso es su subordinado. El Congreso está autorizado, bajo fuertes salvaguardias contra el abuso del poder, a limitar la libertad de los hombres sobre cómo ellos manejan sus asuntos privados, sus asuntos no políticos; pero esos mismos hombres están, en materia de discusión pública, más allá del alcance del Congreso. *El Federalista* nos enseña que la Convención Constituyente quiso proteger a los hombres de la tiranía de la legislatura. En materia de la primera enmienda, la Constitución no delegó en el Congreso la posibilidad de hacer un balance de intereses, sino que la Convención misma hizo ese balance, pues quienes escribieron el texto constitucional sabían que el programa de la libertad política era peligroso y podían prever que la libertad de expresión podría ser usada irresponsable y torpemente, incluso en tiempos de guerra, e igualmente la consagraron.<sup>790</sup> La supresión de esa libertad es una tontería, y los peligros que emergen de esa supresión siempre son mayores que los peligros que surgen de mantener la seguridad de la libertad política.<sup>791</sup> Es decir, ésta genera menos peligros que la supresión de la libertad de expresión.

7) *Las excepciones admisibles por los jueces serían demasiadas; es mejor no admitir ninguna.* En efecto, los tribunales encontraron peligrosa innumerable cantidad de situaciones en las que se puede justificar la restricción de la opinión, usando calificaciones, muchas veces vagas, variadas e imprecisas, como “libelo”, “expresión provocativa”, “opinión contraria a la moral pública”, “ofensiva”, etcétera. Pero la intención de la primera enmienda no fue suprimir el control sobre el poder.

8) La Constitución contiene una delegación de poderes en los poderes constituidos, pero hay un poder que el pueblo no delegó: el artículo I (2) autoriza al pueblo, en su capacidad de electores, a elegir a sus representantes y, por eso, somos nosotros, el pueblo, los que gobiernan a otros que, por el poder que le delegamos, nos gobiernan a nosotros.<sup>792</sup>

### 1. *Críticas a la teoría absoluta*

Se han formulado a la teoría absoluta muchas críticas, que aquí se repasan:

<sup>790</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>791</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>792</sup> *Ibidem*, p. 116.

1) Las teorías absolutistas, o sea, el esfuerzo por crear una fórmula que genere una zona de protección absoluta y reducir así el margen de discrecionalidad judicial, han sido heroicas, pero fallan en uno o dos puntos, y terminan por alcanzar consistencia y operatividad a expensas de excluir de su cobertura a mucho de lo que una teoría amplia de libertad de expresión debería incluir. Fallan porque, por un lado, no hay una sola razón que permita elegir un área de protección y, en segundo lugar, porque al no poder predecirse el futuro, no sabemos qué excepción puede surgir al principio que se pretende formular de modo absoluto. En cambio, podemos sabiamente tener una herramienta más afinada si combinamos la relativamente vaga definición de la cobertura del derecho (por ejemplo, discurso de importancia pública o toda discusión) con una relativa vaga especificación del peso que debe tener el derecho (por ejemplo, que debe prevalecer en todos los casos en que no tenga una justificación por razón de que exista un peligro claro y presente).<sup>793</sup>

A esto se podría responder, respecto de la pretensión de darle protección total a un área a costas de desproteger las demás (lo que podría llamar la tesis de la frazada corta), que: 1) no propongo proteger tan sólo la expresión política dura, sino toda la relacionada indirectamente con ella, en el sentido más amplio de la *polis*; 2) propongo, también, que se debe proteger a la expresión durante un momento crucial, el momento previo a su enunciación o difusión, y también durante todo momento ulterior en la medida en que, recayendo una restricción durante ese momento ulterior, produzca un efecto desalentador similar al que produce la censura previa (ya volveré sobre ese asunto en otro capítulo); 3) que si hay confianza plena en el valor del diálogo, éste debe hacerse sobre bases igualitarias, que excluyen el secreto. También habré de igualar luego si se puede admitir una excepción, una restricción, a la libertad de expresión cuando ese diálogo se interrumpe de manera definitiva —como propone Meiklejohn—, por ejemplo, por una guerra o ataque de características excepcionales.

2) Sostener que la libertad de expresión o, mejor dicho, alguno de sus aspectos pueden ser considerados como derechos absolutos o como garantías absolutas, significa excluir a ese tramo del derecho o garantía del criterio de la ponderación (balanceo) de intereses entre el interés en la libertad de expresión y otro interés socialmente relevante. La teoría del ba-

<sup>793</sup> Schauer, Frederick, "Categories and the First Amendment: a play in three acts", 34 *Vand. L. Rev.*, p. 265; también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *op. cit.*, p. 197.

lanceo o de la ponderación parece simple y lógica: cuando entran intereses encontrados en juego, la justicia debe resolver, caso por caso, cuál es el interés que debe prevalecer. El juez Félix Frankfurter fue partidario del criterio de ponderación, al que consideró más apropiado y flexible que una teoría absoluta.

Pero el criterio de ponderación, sin embargo —señala Smolla, quien paradójicamente no es un absolutista— tiende a resultar en un nivel más bajo de protección, porque devalúa el discurso al nivel de cualquier otro interés social.<sup>794</sup> Además, los jueces, cuando usan el criterio de la ponderación, parten de una deferencia hacia el criterio político de la mayoría, y asumen que el control de inconstitucionalidad de las leyes sólo debe ser ejercido con carácter excepcional, como *ultima ratio*, por lo cual es de esperar que si se aplicara este criterio a las leyes que restringen la libertad de expresión, el resultado de la ponderación frecuentemente podría ser favorable a la validez de estas leyes. Y, hay que señalar, los gobiernos tienen un natural instinto hacia la censura, no a la apertura, y a sobrevalorar otros intereses (por ejemplo, la seguridad) que entran en conflicto con la libertad de prensa.

En sentido contrario, al carácter absoluto de la libertad de expresión se manifiestan varias objeciones.

Algunos autores, como Sunstein,<sup>795</sup> han sostenido que considerar a la primera enmienda como un absoluto es tan sólo “un mito beneficioso”, pues contribuye a desanimar al gobierno si está tentado a hacer cosas que no debería hacer en esa área, al mismo tiempo que otorga mayor fuerza retórica a los críticos de la censura gubernamental ilegítima. Pero no pasa —dicen— de ser un mito.

En ese sentido, se arguye que el gobierno, cuando regula el derecho de propiedad de los medios de comunicación, está haciendo una regulación sobre el uso de la palabra, porque al mismo tiempo que beneficia a los medios no permite que ciertas personas —las personas que no trabajan en ellos o quienes son escuchados por ellos— puedan expresarse a través de esos canales. Estimo, con relación a este argumento: en principio, la regulación sobre los medios de radiodifusión es admisible sólo en la medida en que esté destinada a reglamentar aspectos que no son de contenido, sino que tienen relación con un bien escaso, como lo es el espectro radioelctri-

<sup>794</sup> Smolla, Rodney, *op. cit.*, p. 39.

<sup>795</sup> Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 142.

co u otros asuntos operativos de los medios, pero tal reglamentación está sujeta, para su validez constitucional, al requisito de que no apunte a convertirse en una vía indirecta de censura. Incluso, en el sistema interamericano, no hay duda de que tal regulación sería inválida si tuviera en mira esta finalidad subalterna.

El segundo argumento de Smolla es que el gobierno puede actuar en lo tocante a virus informáticos, copias no autorizadas de trabajos protegidos por un copyright, consejo médico ilegal, intentos de soborno, pactos ilícitos sobre previos, amenazas de asesinato al presidente, chantajes (si no se me paga cierta suma, contaré al mundo sobre tu vida privada) incitaciones a cometer delito (¿podrías ayudarme a asaltar un banco?), que son todas formas de expresión penalizadas por la ley. Si, al menos, alguna de esas formas de expresión está penada por la ley, no puede decirse que el derecho a la expresión sea absoluto.

En tercer lugar, quienes sostienen que el eje de la protección de la libertad de expresión pasa por el discurso político suelen admitir que el gobierno sí puede tomar iniciativas comerciales para regular la publicidad comercial. Así, la publicidad falsa y engañosa está más sujeta a control gubernamental que el discurso político falso y engañoso.

En cuarto lugar, sostiene Sunstein a lo largo de su libro ya citado muchas veces en esta obra, que la doctrina del foro público sí justifica que el gobierno tome iniciativas, no para restringir el discurso democrático, sino para ampliarlo y enriquecerlo y fomentar objetivos democráticos. Por ejemplo, sería admisible la regulación que obliga a los canales a dedicar cierto número de horas/semanas a la programación infantil educativa o a ceder determinada cantidad de espacios a la emisión gratuita para los candidatos a ocupar cargos públicos electivos, o que dediquen un tiempo específico a la cobertura electoral. En cambio, para quienes creen que la libertad de expresión se apoya en la soberanía del consumidor, esas regulaciones sí serían muy problemáticas, y les parecerían una vil profanación a la libertad de expresión. En cambio, esas regulaciones no serían objetadas por quienes asocian en principio de la libertad de expresión con los objetivos democráticos.<sup>796</sup> En rigor, estimo, no sería inconstitucional obligar a los canales a brindar determinado tipo de programa-

<sup>796</sup> Incluso, hay países, como Alemania e Italia, que ven con buenos ojos que se pueda regular a los medios de comunicación cuando el objetivo es mejorar el autogobierno democrático.

ción, sino que lo inconstitucional sería obligarles a observar determinado contenido predeterminado, como por ejemplo que la programación infantil tenga determinada orientación o que la programación política respete una doctrina del equilibrio (*fairness doctrine*) u otra concepción similar.

Quinto, no hay motivo para sostener que los propietarios de los canales no pueden ser regulados en cuanto a sus contenidos, y que tienen un derecho inalienable a decidir qué aparece en sus medios, pues las cadenas de radio y televisión deben sus licencias a una concesión del gobierno, y los titulares de los sitios web disfrutan de sus derechos de propiedad gracias, en parte, a la legislación que crea y hace respetar los derechos de propiedad. En realidad, si el gobierno no favorece ningún punto de vista y está mejorando el proceso democrático, no habría base legal para quejarse.

Sexta objeción que formula Smolla: el discurso político, dado que se asocia al autogobierno, no se puede regular sin una justificación gubernamental especialmente sólida. Pero sí se puede regular cuando esa justificación sólida existe. Este sería el caso, como vimos, de la doctrina del peligro claro y actual. Respecto de este punto, coincido con las respuestas de Meiklejohn sobre el particular.

Considero que la insistencia en que la responsabilidad del gobierno es mayor —o, directamente, no tiene competencia alguna— cuando se regula el discurso político surge de entender que el gobierno tiene mayores incentivos para entrometerse en el discurso político y más probabilidades de actuar en esa dirección para defender intereses ilegítimos, como la autoprotección o la ayuda a determinados intereses privados. El gobierno es menos digno de confianza cuando intenta controlar el discurso que puede dañar sus propios intereses.<sup>797</sup>

Es probable que asuntos como el consejo médico ilegal y la incitación a delinquir no formen parte del debate político. Para quienes arguyen que la libertad de expresión se apoya en la protección del autogobierno, no verían objeción a la regulación de esos aspectos, pero tampoco tendrían que lidiar con ese problema.

En cuanto a la regulación estructural y técnica, que no supone el control del discurso, como digo anteriormente, es inobjetable, pero pasa a serlo cuando es una vía indirecta para controlar el discurso, pues configura una restricción indebida a la expresión.

<sup>797</sup> Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 147.

Incluso, quienes admiten cierto tipo de control estatal, como el que permite establecer ciertas pautas para los programas infantiles, admiten que cuando lo que está en juego es el discurso que afecta al autogobierno democrático, el gobierno debería ser extremadamente responsable al emprender cualquier iniciativa para regular el discurso político.<sup>798</sup>

El gobierno puede pretender utilizar distintos criterios para regular el discurso, pero no son equivalentes ni igualmente inocuos: a) puede regular el discurso de forma neutral, con respecto al contenido del discurso en cuestión: este es el modo menos censurable de regulación del discurso, y se expresa, por ejemplo, cuando el gobierno restringe el derecho de manifestación pública en zonas residenciales fuera de determinada banda horaria o prohíbe enviar virus informáticos, más allá de cuál sea el contenido de los prohibido; b) el gobierno regula el discurso teniendo en cuenta el contenido del mismo, pero sin discriminar ningún punto de vista: por ejemplo, se aplicó cuando estuvo vigente, por decisión judicial, la *fairness doctrine* (la doctrina de la imparcialidad), que exigía que cadenas de radio y televisión cubrieran temas de interés público y permitieran la expresión de opiniones opuestas; otro ejemplo: que la regulación establezca que las páginas pornográficas de Internet no sean asequibles a los niños, o si el gobierno prohíbe hablar sobre el aborto en televisión, lo que supone la exclusión de un contenido, pero no un punto de vista; en estos casos es posible que se encuentren sólidos argumentos para cuestionar la constitucionalidad de tales medidas, aunque algunas medidas podrían parecer legítimas, como la que dispone transmitir programación educativa para menores, y c) el gobierno puede regular un punto de vista que teme o que no es de su agrado, es decir, hace una discriminación de punto de vista. Es lo que hace, por ejemplo, cuando prohíbe hacer afirmaciones por cuestiones raciales. Este tercer camino puede ser muy objetable, sostiene Sunstein, y no cabe duda de que la regulación sea probablemente inconstitucional,<sup>799</sup> mientras que se podrán encontrar más razones para defender la regulación neutral del discurso.

Es importante notar, en este punto, un asunto que está directamente relacionado con este trabajo: si el gobierno, una vez publicada una información, pretende que se levante el secreto de la fuente, estaría intentando imponer —por vía de la pretensión de un funcionario de lograr la aplica-

<sup>798</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>799</sup> *Ibidem*, p. 150.

ción de una ley que así lo dispone o por vía de un juez— una regulación sobre el contenido de la información: esto es, una vez conocido el contenido de la información cuya información disgusta al gobierno, el gobierno pretende saber la identidad de la fuente o conocer cuáles datos complementarios tiene el periodista en su poder o directamente para castigar al periodista. Y, como vimos, hay sólidas razones para sostener que esa regulación es inconstitucional, porque, por un lado, sería una restricción que atiende al contenido de la información y, además, sería una restricción no neutral.

También se ha objetado un criterio absoluto de expresión, sin censuras, que tal proceso completamente abierto conlleva muchos riesgos. Las respuestas son muchas: la Constitución ya hizo la opción por nosotros y se inclinó por que la sociedad corra el riesgo; y una sociedad abierta debe asumir los riesgos, pues tampoco se puede pretender alcanzar seguridad absoluta. Los cambios son inevitables; la única cuestión es la proporción y el método. Más aún, la experiencia indica que los riesgos son usualmente imaginarios, que la supresión es invocada más frecuentemente como prejuicio o como excusa para satisfacer un supuesto bienestar general que para su verdadero logro. Más aún, esos riesgos son el mal menor, porque restringir la libertad de expresión puede conllevar mayores<sup>800</sup> o igualmente graves.

## 2. *Teoría del impacto comunicativo/impacto no comunicativo*

El profesor Tribe, luego de criticar las teorías expuestas más arriba, por su imposibilidad de solucionar todos los problemas que presentan, intenta formular una distinción que tiene especial interés para esta tesis sobre fuentes periodísticas:<sup>801</sup> en mi opinión, la propuesta de Tribe es desacertada, y la intentaré rebatir.

Tribe sostiene que el gobierno puede pretender restringir el discurso, más allá de su atribución de hacerlo, de dos maneras distintas: 1) *con medidas que atienden al impacto comunicativo*: apuntando, con medidas concretas o penalizadoras, ideas o información por: a) su punto de vista o mensaje específico (por ejemplo, condena de críticas al Estado o despidos

<sup>800</sup> Dice Emerson, Thomas I., *op. cit.*, también en Garvey, John and Shauer, Fredrich, *op. cit.*, p. 55.

<sup>801</sup> Tribe, Laurence, *op. cit.*, p. 790.

de empleados públicos que tienen material subversivo), o b) por el efecto que esas ideas o información podrían producir (por ejemplo, la prohibición de deber político durante la veda política anterior a los comicios); 2) con *medidas de impacto no comunicativo, pero que, a pesar de esto, tienen efecto adverso en la oportunidad comunicativa, por medio de medidas que restringen el flujo de información e ideas, pero que persiguen otros fines*: a) limitar una actividad de transmisión de ideas (por ejemplo, la prohibición de altavoces en zonas residenciales), o b) estableciendo reglas que pueden desalentar la comunicación de esa información o ideas (por ejemplo, la demanda del gobierno de que la fuente que pretende permanecer anónima declare ante el gran jurado o límites a las contribuciones de campañas).

Ese jurista le asigna a ambas regulaciones distintas posibilidades frente a la Constitución y es particularmente permisivo con la de segundo tipo, entre las cuales me interesa especialmente la expuesta en el punto 2b), es decir, la regulación de impacto no comunicativo que pueden indirectamente desalentar la comunicación de ideas o informaciones.

Tribe, citando jurisprudencia norteamericana en su apoyo,<sup>802</sup> dice, respecto de las restricciones del primer tipo (1), que el gobierno no tiene poder para restringir expresiones por razón de su mensaje, ideas, materia o contenido, y que si la garantía constitucional no ha de ser trivializada, debe significar que el gobierno no puede justificar restricciones a la expresión por referencia a las consecuencias adversas que se pueden seguir de ciertas ideas o informaciones si entran en la discusión pública. En definitiva, la elección entre los peligros de suprimir información y los peligros de mal uso si esa información es libremente asequible ya fue hecha, por nosotros, por la primera enmienda.<sup>803</sup> En cambio, respecto de las medidas de la segunda clase (2), sostiene que son de un orden totalmente diferente. Si el gobierno persigue un objetivo no comunicativo, el correcto resultado en cada caso se refleja en el balanceo, la ponderación de los intereses encontrados; esas regulaciones, pensadas por peligros que no son causados directamente por las ideas o información, son aceptables en la

<sup>802</sup> *Police Department of City of Chicago vs. Mosley*, 408 US. 92 (1972), donde la Corte levantó una prohibición estatal de una manifestación, porque el estado, al sancionar la ordenanza, no fue neutral; *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* 425 US. 748 (1976), etcétera.

<sup>803</sup> *Virginia Board*, 425 US. at 770.

medida en que indebidamente no constriñan el flujo de la información e ideas.<sup>804</sup> En este caso, dice el autor, la Constitución no hizo la opción por nosotros, pero requiere ser medido en la ponderación para asegurar si el balance, en una particular situación, refleja un perjuicio a la posición central de la libertad de expresión en el esquema constitucional.

Así, según Tribe, la Corte norteamericana efectuó un doble camino de aproximación a las restricciones oficiales a la libertad de expresión. Si la restricción se ubica en lo que Tribe llama pista uno (*track one*), la regulación es inconstitucional, a menos que el gobierno demuestre que el mensaje suprimido posee un peligro claro y presente, constituye una falsedad difamatoria o cae más allá de la línea de protección trazada por la Corte; si, por el contrario, el gobierno encara una regulación de impacto no comunicativo, estaremos ubicados en la pista dos (*track two*), donde la regulación es constitucional, incluso si se aplica a una conducta expresiva, en la medida en que no constriña indebidamente el flujo de información e ideas; un dilema que se analizará, mediante un criterio de ponderación, caso por caso.

De esta forma, Tribe pretende superar la disputa entre absolutismo y relativismo. De los dos polos de ese debate, en la primera vía, estaremos en un terreno donde prevalece el absolutismo, mientras que en los casos de la segunda vía prevalece la ponderación.

Si bien la lectura que hace Tribe de los fallos no es objeto de discusión en este trabajo, lo que parece incorrecto es la aprobación de ese criterio de análisis que sí formula el citado constitucionalista. Teniendo en cuenta los ejemplos que suministra el propio autor, como la prohibición de usar altavoces o límites a las campañas, esas regulaciones tienen, a priori, un impacto similar sobre todos los potenciales afectados, porque son establecidas de antemano, con anterioridad a la emisión del mensaje, e, incluso, con anterioridad a la posibilidad de que esos potenciales afectados hayan sido individualizados.

En cambio, el caso en que el gobierno pretende que la fuente de la información declare ante el gran jurado, presenta una situación completamente distinta, porque tal pretensión es formulada con posterioridad a la emisión de la información, por lo cual, por un lado, el gobierno persigue el origen de una información atendiendo a su contenido y, en segundo lu-

<sup>804</sup> Tribe, Laurence, *op. cit.*, con cita de *Cox vs. New Hampshire*, 312 US. 569, 574 (1941).

gar, el gobierno no tiene igual pretensión respecto de todas las informaciones reservadas que trascienden a la luz pública, sino que sólo persigue el conocimiento de la fuente de aquellas informaciones que por el contenido o su efecto son significativamente molestas.

Tribe, por cierto, advierte las dificultades de su criterio de análisis, porque él mismo hace la salvedad de que tal criterio es válido en la medida en que no constriña el flujo de información. Pero no advierte que cuando se aplica tal criterio sobre la fuente periodística, en rigor, el gobierno está actuando *ex post facto*, una vez que conoció el contenido de la información y se decide a perseguir una determinada fuente.

Por eso, o bien el criterio de Tribe es completamente desacertado o, lo que me parece a mí correcto, es que la aplicación de ese criterio sobre la fuente periodística pone de manifiesto una inconsistencia: las restricciones sobre las fuentes no impactan sobre aspectos colaterales de la información, sino sobre el contenido mismo, por lo cual no son propias de la pista 2b, sino de la pista 1, porque tienen impacto comunicativo y, por lo tanto, son constitucionalmente inadmisibles.

En segundo lugar, falla Tribe cuando dice que ese criterio satisface la pretensión de los absolutistas de proteger adecuadamente la libertad de expresión en tiempos de crisis. Según la lectura que hace del problema, en casos de crisis, el Poder Judicial no está siempre en condiciones de darle adecuada protección, en un esquema de caso por caso, a las disidentes frente a la tiranía de la mayoría, y el resultado de ese criterio será algunas victorias famosas de la libertad de expresión a costa de la poca seguridad general de que las conductas expresivas siempre tendrán protección constitucional. Una regla categórica diseñada por la justicia protege mucho mejor la expresión que una aproximación caso por caso. Digo que Tribe se equivoca porque es precisamente en tiempos de crisis cuando el periodista está más requerido que nunca a revelar el secreto de la fuente. Así ocurrió en los Estados Unidos, y también en la Argentina. Por eso, dejar librado durante tiempos de crisis al periodista y a la fuente a la ponderación judicial, caso por caso, no parece el criterio más seguro para la libertad de expresión.

Incluso, el propio Tribe ve los límites de su propia teoría cuando afirma que ciertas medidas, como las requisas en las redacciones, la infiltración militar en reuniones anteguerra, o la revelación forzada de las fuentes periodísticas, incluso cuando se trata de medidas propias de la vía 2

(*track two*), son medidas que, si son muy severas, sí presentan un problema para la primera enmienda.<sup>805</sup>

Todo esto muestra la dificultad de establecer la línea que divide restricciones al contenido de aquellas restricciones establecidas con otros fines, especialmente cuando nos referimos al secreto de la fuente.

<sup>805</sup> Tribe, Laurence, *op. cit.*, p. 831.