

XXXI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

L. A. POWE, Jr.*

DURANTE la Guerra de Vietnam un joven, al recibir sus órdenes para reportarse al servicio militar, exclamó: "No voy a ir. Si me hacen cargar un rifle, el primer hombre al que quiero tener en la mira es L. B. J." Quince años más tarde, al escuchar acerca del intento de asesinato del presidente Reagan, una empleada de oficina de policía expresó que la próxima vez "espero que le den". En cada caso, la Suprema Corte decidió que dichas expresiones estaban protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.¹

Si lo anterior les parece raro, podrán ustedes imaginarse la reacción de los académicos húngaros respecto a un caso de 1968 que sostuvo que los Estados Unidos no podían prohibirle a un miembro del Partido Comunista que trabajara en una instalación de la Defensa Nacional. Los húngaros no podían creer hasta qué grado la Primera Enmienda ha sido interpretada para otorgar una casi total libertad de expresión. Los políticos difamados también saben esto, y uno de ellos expresó su opinión sobre la prensa y la Primera Enmienda de la siguiente manera: "La prensa tiene un derecho constitucional absoluto para mentir y lo ejerce con regularidad."²

Claro está que existen limitaciones. Una mentira difamatoria deliberada es accionable y si una empleada se hubiera desvestido para discutir sus fantasías sexuales, habría sido despedida. Igualmente, si hubiera utilizado un lenguaje realmente común y corriente, pero sin embargo indecente a través de una estación de radio escuchada solamente por jóvenes universitarios, podría haber sido castigada. Finalmente, si el joven hubiera expresado esta frase en una parte del parque destinada para guardar silencio, entonces habría sido castigado, no por amenazar la vida del presidente, sino por hacer ruido.³

Permítanme resumir desde el principio. En los Estados Unidos se puede

* Académico de la Universidad de Texas. Traducción del inglés de Francisco J. de Andrea S.

¹ *Watts vs United States*, 394, U.S. 705 (1969); *Rankin vs McPherson*, 483 U.S. 378 (1987).

² *United States vs Robel*, 389, U.S. 258 (1967).

³ *New York Times vs Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Garrison vs Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Barnes vs Glen Theatre*, 111 S. Ct. 2456 (1991); *Federal Communication Commission vs Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978); *Ward vs Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

decir o escribir virtualmente cualquier cosa que se desee mientras no tenga nada que ver con el sexo y se sea dueño del lugar en donde se dice. Como la prueba más clara, considérese la fuga masiva de seguridad más notoria en la historia norteamericana: la entrega por parte de Daniel Ellsberg de los 47 volúmenes de archivos secretos de Vietnam —los llamados “Documentos del Pentágono”— al *New York Times*. El gobierno federal se vio completamente impedido para evitar su publicación. Tampoco hubo el menor intento por demandar a los periódicos por sus acciones. El ex director de la Agencia Central de Inteligencia, William Colby, resumió el derecho estatutario norteamericano expresando que el Congreso “ha dibujado o establecido una línea entre el espionaje llevado a cabo para una potencia extranjera y la simple revelación de nuestra política exterior y secretos de defensa, y ha decidido que los problemas arriba citados son el precio que debe pagarse por la clase de sociedad que preferimos”. Incluso la adopción subsecuente de la Ley para la Protección de Identidades de Inteligencia, que criminaliza o tipifica la identificación de agentes secretos norteamericanos, se limita a hacerlo dentro de “un modelo de actividades cuya intención es identificar o revelar actividades encubiertas”. De esta manera, la prensa común y corriente, en su cobertura de los asuntos de política exterior, no caería bajo los supuestos de dicha ley, aun y cuando descubriera la identidad de un agente.⁴

La premisa subyacente para esta situación proviene de James Madison, principal autor, tanto de la Constitución como del *Bill of Rights* (o listado de garantías individuales): “Un gobierno popular, sin información popular, o los medios para adquirirla, no es más que un prólogo a una farsa o a una tragedia; o quizá las dos. El conocimiento siempre gobernará sobre la ignorancia; y un pueblo que se propone autogobernarse, debe armarse con el poder que le dan el conocimiento y la información.” Es imposible concebir votaciones inteligentes en una democracia si al público se le prohíbe discutir con entera libertad las cuestiones que enfrenta el país.⁵

De esta manera, mientras que gran parte del derecho constitucional norteamericano está cambiando con la acelerada transformación de la Suprema Corte, aún existen suficientes bases para creer que la virtualmente absoluta protección de la libertad de expresión, tratándose de asuntos públicos, permanecerá intacta. Permítaseme ejemplificar nuevamente, esta vez con una opinión unánime del ministro presidente Rehnquist. El caso involucraba con-

⁴ *New York Times vs United States*, 403 U.S. 7134 (1971); L. Powe, *The Fourth Estate and the Constitution: Freedom of the Press in America*, pp. 173-177 (1991); 50 United States Code 421.

⁵ Citado en Powe, *The Fourth Estate...*, *op. cit.*

trarios polares. Por un lado, estaba el reverendo Jerri Falwell, líder de una organización popular de derecha, conocida como la Mayoría Moral; y no obstante que dicha organización ha dejado de existir, constituyó en su momento una fuerza fundamental contra el liberalismo y lo que percibía como promiscuidad en los primeros años de la década de los ochenta. Por el otro lado, estaba Larry Flynt, el editor de la revista *Hustler*. No existe una manera sencilla de describir dicha publicación que no sea expresando que es una versión disminuida, populachera y vulgar de su mejor conocido antecedente, *Playboy*; si las mujeres desnudas y los artículos de esta última están dirigidos a un auditorio universitario educado de clase alta, *Hustler* se dirige a los trailers. Sin las fotografías, nadie leería los artículos y es bastante probable que si *Hustler* fuese publicada en el idioma árabe su circulación no se vería disminuida. Sin embargo, no es obscena. El caso citado surgió cuando *Hustler* publicó una parodia de mal gusto de Falwell basada en un anuncio, imitación de Campari, en el que *Hustler* mostraba a Falwell diciéndole a un entrevistador que su "primera vez" había sido en un retrete exterior con su madre. Falwell, a su vez, demandó, presentando una variedad de teorías jurídicas, pero basándose esencialmente en la argumentación de que le habían causado intencionalmente una aflicción emocional. La Suprema Corte sucintamente rechazó su alegato sobre una conducta ultrajante, afirmando que "en el mundo del debate sobre asuntos o cuestiones políticas, muchas cosas hechas con motivos poco menos que admirables son protegidas por la Primera Enmienda".⁶

La posición de la Corte sobre el alto valor de la expresión en el campo de los asuntos públicos no debería implicar, pero de hecho lo hace, que la expresión que no trate sobre asuntos públicos tiene menor valor. Esta implicación negativa ha sido traducida a un complejo conjunto de doctrinas que aíslan diferentes clases de la llamada "expresión de bajo valor".

El mejor ejemplo de una expresión de bajo valor es la obscenidad, respecto de la cual la Corte ha sostenido que puede ser prohibida completamente. El problema está en definir qué es obsceno, y desde que la Corte estableció que la explicitud sexual y la obscenidad no son sinónimos, se ha metido en camisa de once varas al tratar de responder a la pregunta: ¿En qué consiste la obscenidad? Si la obscenidad, pero no necesariamente la explicitud sexual, es suprimible, luego entonces debe de existir alguna forma para saber cómo distinguir entre lo que es claramente obsceno, de lo que es meramente franco.⁷

Cuando la Corte ha intentado definir la obscenidad, no le ha ido muy bien puesto que es casi imposible definir o trazar una línea o límite constitucional

⁶ *Hustler Magazine vs Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

⁷ *Roth vs United States*, 354 U.S. 476 (1957).

con palabras, tales como libidinoso, que perdieron su significado hace ya muchos años. A mitad de la década de los ochenta, el comentario más útil y orientador de la Corte fue en el sentido de que la obscenidad no incluye materiales dirigidos a satisfacer un interés normal, *vis à vis* un interés vergonzante o mórbido en el sexo. Es factible que se presenten mayores confusiones derivadas de lo que ya he expresado. Así, la revista *Hustler*, con todo y sus fotografías repugnantes de mujeres desnudas circula libremente, mientras que una entidad federativa puede prohibir números de danza o baile al desnudo en un establecimiento o giro particular como parte de su prohibición respecto a la desnudez pública en general.⁸

En vista de que pocas cosas son calificables como obscenas y, sin embargo, existe una gran presión para regular el sexo explícito, la Corte ha autorizado cierta regulación de "tiempo, lugar y forma" respecto al sexo. A mayor abundamiento, ésta puede ser un área que continuará ampliándose en el futuro cercano. Como están las cosas, no sólo se puede prohibir el baile al desnudo, sino que los cines que exhiben películas sexualmente explícitas pueden ser zonificadas y restringidas a ciertas áreas. Y debido al gran interés que existe respecto a la protección de menores de la explotación sexual, los materiales sexuales que exhiben a menores de edad pueden ser prohibidos por completo. Sin embargo, cuando un grupo de feministas radicales intentó utilizar una teoría similar sobre la explotación sexual para ampliar la clase de material prohibido, su argumentación fue rechazada sumariamente por la Corte.⁹

Después del uso de la libertad de expresión vinculada con el sexo, la siguiente categoría de expresión de bajo valor más sobresaliente es la publicidad comercial. Ahora bien, es tan sólo en los últimos quince años que este tipo de expresión ha sido vista como merecedora de una protección constitucional. Desde entonces, la Corte ha enfrentado tres problemas básicos: la publicidad comercial informativa, la publicidad pura (no informativa) y lo que ha percibido como los problemas especiales de la publicidad vinculada a la profesión de la abogacía. Si bien la doctrina de la Corte no siempre ha sido muy sensata, sus resultados han sido congruentes con la visión de que los gobiernos no tienen facultades para prohibir la publicidad informativa. Ésta se considera lo suficientemente cercana al problema normal de la Primera Enmienda, respecto a la restricción gubernamental de cierto tipo de expresión que responde a un temor de que el escucha puede ser persuadido negativamente, que el anuncio informativo recibe virtualmente el mismo trato

⁸ *Renton vs Playtime Theatres*, 475 U.S. 41 (1986); *Barnes vs Glen Theatre*, 111 S. Ct. 2486 (1991).

⁹ *Renton vs Playtime Theatres*, 475 U.S. 41 (1986); *New York vs Feber*, 458 U.S. 747 (1982); *American Booksellers Ass'n vs Hudnut*, 475 U.S. 1001 (1986).

que la expresión sobre asuntos públicos. El paternalismo es un concepto que tiene una utilidad limitada o inexistente dentro de la jurisprudencia de la Primera Enmienda. La publicidad específica y directa de un producto, sin embargo, es tratada como no informativa y está sujeta, si el Estado así lo desea, a una regulación considerable. De hecho, a Puerto Rico le fue permitido prohibir la publicidad de casinos, no obstante que el juego es legal ahí.¹⁰

Cualquiera que vea la televisión local norteamericana, sabrá que la protección de la libertad de expresión de tipo comercial ha atraído a algunos abogados que se dedican a casos de lesiones personales. Los colegios y las barras de abogados, con las parcialidades derivadas de los grandes despachos, inicialmente respondieron con indignación, pero una serie de casos demuestra que también los abogados tienen el derecho constitucional de presentar ante el público publicidad informativa verificable.¹¹

Existen una o dos áreas más no muy importantes de expresión de bajo valor, pero la cuestión dominante durante los últimos años es si la expresión de bajo valor constituye una categoría cerrada de clases de expresión previamente identificable, o si acaso existen nuevas categorías de expresión de bajo valor que pueden ser creadas —y por tanto reguladas. El área sujeta a debate se relaciona con el uso de la libertad de expresión vinculada al odio racial, típica en *campus* universitarios. Se ha visto un considerable ímpetu para prohibir dicha forma de expresión, ya sea como parte y paquete del movimiento para aplicar la llamada “corrección política” en el *campus* o por parte de administradores universitarios que buscan encontrar una solución barata para pacificar a estudiantes minoritarios descontentos.

Hace 40 años, una Corte Suprema profundamente dividida sostuvo la constitucionalidad de un estatuto sobre libelo o difamación de grupo, pero desarrollos subsecuentes han erosionado esta decisión completamente. Si bien ninguno de los esfuerzos universitarios recientes para prohibir las expresiones ofensivas a las minorías ha llegado hasta un tribunal de apelación, la Corte Suprema parece ser poco receptiva respecto a dichas prohibiciones. En este sentido, hace poco más de una década permitió que algunos neonazis desfilaran uniformados por las calles de Skokie, un suburbio de Chicago con más sobrevivientes del holocausto que cualquier otra comunidad norteamericana. El principio que da sustento a Skokie impide la regulación de expresiones de odio racial y recientemente, en un caso que sostuvo que la quema de banderas no podía ser prohibida, la Corte subrayó que la profanación de

¹⁰ *Posadas de Puerto Rico Associates vs Tourism Company of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986).

¹¹ *Bates vs State Bar of Arizona*, 322 U.S. 350 (1977); *Zauderer vs Office of Disciplinary Counsel*, 471 U.S. 626 (1985).

la bandera ofendía a muchos, pero “lo mismo se puede decir sobre los epítetos étnicos o religiosos virulentos... y si se puede decir que existe un principio-base sólido que sostiene a la Primera Enmienda, éste es el de que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea tan sólo porque la sociedad encuentra que la idea es ofensiva o desagradable”.¹²

Por último, en este breve resumen, llego a lo que para muchos es la más grande de las limitaciones a la Primera Enmienda: el problema del foro. En un país en donde virtualmente se puede expresar cualquier cosa, uno puede de manera legítima preguntar, ¿a quién puede expresarse? Nuestras redes de noticieros alcanzan un auditorio de millones de personas diariamente. Pero la orientación de dichos noticieros es, como puede uno imaginarse, identificable con la tendencia política principal promedio en Estados Unidos. Pero, ¿y qué pasa con las personas que se encuentran fuera de esta tendencia o corriente principal y que no tienen acceso al tiempo de difusión de dichas cadenas? Existe un mito popular (al que se suscriben muchos miembros del Partido Demócrata) de que la Doctrina de Equidad de la Comisión Federal de Comunicaciones, que ostensiblemente requiere de una presentación equilibrada de puntos de vista, podría ser una vía para conseguirles tiempo de difusión. Pero la anterior creencia no fue más que un mito (tal como su falta de acceso lo ha probado), amén de que actualmente dicha doctrina ha sido derogada. Así, la pregunta aún flota en el aire, ¿cómo logran transmitir sus mensajes? La respuesta es fácil, no muy bien. Los principales periódicos los ignoran tanto como la televisión, y en *Miami vs Tornillo*, la Corte sostuvo que un Estado no puede obligar a un periódico a imprimir algo que no quiere publicar.¹³

Sin acceso a los medios de comunicación, los potenciales comunicadores tienen pocas opciones reales. Una opción es realizar algo dramático y hacerse digno de ser noticia. Los quemadores de banderas de los años ochenta y los destructores de cartillas militares de la época de Vietnam son ejemplos. Pero existe un problema. La decisión de brindar publicidad al evento aún está en manos de la prensa del *establishment* (de los poderosos) y el valor noticioso del acontecimiento (bueno por una sola vez) depende de que el hecho sea ilegal. Por tanto, una vez que existe una garantía constitucional que protege la quema de banderas, el hecho de que alguien queme una bandera deja de ser un tema digno de ser noticia.

¹² *Beauharnais vs Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *Collin vs Smith*, 578 F. 2d 1197 (7th Cir.), cert. denied, 439 U.S. 915 (1978); *Texas vs Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

¹³ *Krattenmaker & Powe, The Fairness Doctrine Today*, 1985; Duke L. J. 151; *Miami Herald vs Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

Si no es viable publicar una historia personal en los medios nacionales o hacerse digno de aparecer en las noticias por algún hecho sobresaliente, la siguiente mejor forma de comunicar una idea a la mayor cantidad de personas posible es ser visto y escuchado en un lugar donde se reúnen muchas personas. Existen muchas formas de lograrlo. Una es distribuir volantes a gran número de personas en áreas concentradas. En los Estados Unidos, el lugar típico sería un centro comercial, pero desafortunadamente éstos son de propiedad privada y, por ende, los dueños pueden acudir a la legislación que prohíbe la invasión de propiedad privada para excluir a indeseables. Por otro lado, si se selecciona un lugar público, propiedad del Estado, como un aeropuerto, el resultado dependerá de que el sitio sea considerado como foro público. Los parques públicos y las esquinas de las calles sí son consideradas como tales, y por lo tanto el "volantear" (o hacer uso de la palabra) es permisible. Igualmente, cualquier lugar en que el gobierno permita que la gente hable en general sobre cualquier tema, también será considerado como un foro público. Sin embargo, si el gobierno rutinariamente impide a la gente el uso de un área para actividades que implican ejercer la libertad de expresión, entonces dicha área no es considerable como un foro público, y nuestros potenciales oradores, también serían excluidos.¹⁴

El mensaje contenido en las anteriores afirmaciones es que es el gobierno el que determina qué sitio es o no considerable como un foro público. Por tanto, si desea ser restrictivo, puede serlo. La ciudad de Los Ángeles, por ejemplo, no permite siquiera que los candidatos políticos coloquen propaganda sobre sus postes de electricidad municipales. Puesto que todo anuncio queda excluido, la Corte sostuvo que la prohibición procedía, aun cuando la fundamentación expresada por la ciudad, la destrucción urbana, era evidentemente débil, tratándose de Los Ángeles. Pero aún más cuestionable que la prohibición angelina de usar postes públicos, es la del servicio postal norteamericano, que prohíbe la colocación de materiales sin timbre en apartados postales. El resultado es que los grupos que podrían opcionalmente depender de su propia fuerza motriz (caminar) para comunicar sus mensajes, se ven impedidos de hacerlo de la manera más eficiente. El boleto de entrada a un apartado postal es un timbre de 29 centavos, cifra que multiplicada unos cuantos cientos de veces puede estar fuera de las posibilidades de muchos grupos económicamente débiles. Al apoyar al servicio postal, la Corte Suprema no se molestó en mencionar que la mayor parte de los medios que utiliza

¹⁴ *Lloyd Center vs Tanner*, 407 U.S. 51 (1972); *Board of Airport Commissioners vs Jews for Jesus*, 482 U.S. 659 (1987); *Schneider vs State*, 308 U.S. 147 (1939); *Perry Education Association vs Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983).

el correo sólo necesitan pagar correspondencia de segunda clase, lo que implica un subsidio considerable respecto a los 29 centavos normales.¹⁵

Existe, pues, una amplia libertad de expresión en los Estados Unidos, pero poco o casi nada se hace para poder destinar el uso de la libertad de expresión a un auditorio más extenso. Mientras los Estados Unidos entran de lleno a la época de los medios de comunicación masiva, el gobierno parece limitarse a proporcionar un rincón —tipo Hyde Park— propio del siglo XIX, para que potenciales oradores puedan alcanzar un auditorio inexistente. La habilidad gubernamental para usar regulaciones neutrales de tiempo, espacio y forma para limitar las opciones de oradores que no disponen de foros propios es una falla grave en el sistema norteamericano. Sin embargo, y aun cuando no pretendo ser un experto en otros sistemas jurídicos, no sé de otro sistema que siquiera se le acerque en la cantidad de libertad de expresión permitida. Y a pesar de que existen lagunas, como la falta de foros públicos, éstas se ven opacadas por el hecho de que históricamente, los gobiernos, incluyendo a los norteamericanos, han intentado limitar la libertad de expresión que debilita su autoridad. Casi cualquier ejemplo, pero Watergate es el mejor, demostraría que dichos esfuerzos serían anticonstitucionales en los Estados Unidos y esto, me parece a mí, constituye una increíble fortaleza del sistema.

Para terminar mi intervención, siento que debo mencionar la rápidamente cambiante integración de la Corte Suprema, con la sustitución de liberales por conservadores, y de qué forma esto influirá sobre lo que he dicho. No hay, claro está, forma de saberlo. Sin embargo, se han dado ocasiones en que parece ser que lo único que los actuales ministros conservadores consideran como anticonstitucional es un programa de “acción afirmativa” en auxilio de las minorías. La primavera pasada, en una serie de casos de la Primera Enmienda, ninguno de los cuales tuvo importancia por sí mismo, la Corte “mordisqueó” las orillas de la doctrina establecida. Es mi opinión, que nada de lo que he sostenido cambiará; sin embargo, debo señalar que los jueces conservadores tradicionalmente han sido más receptivos a los señalamientos gubernamentales sobre el supuesto daño resultante del ejercicio de la libertad de expresión y, actualmente, los Estados Unidos tienen una Corte integrada por siete de tales ministros.

¹⁵ *Los Angeles vs Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789 (1984); *United States Post Office vs Greenburgh Civic Association*, 453 U.S. 114 (1981).