

EL EFECTO SILENCIADOR DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

Owen Fiss**

La libertad de expresión ha sido siempre una cuestión de gran interés para los juristas estadounidenses. No es una excepción que ahora también lo sea. Aunque los asuntos han cambiado -de la amenaza comunista y la subversión a la pornografía, el discurso de odio (étnico, sexista, etcétera) y los financiamientos de campaña- las divisiones y pasiones que éstos provocan, son parecidas a aquéllas que encontramos en el pasado.

Resulta tentador ver las controversias contemporáneas sobre la libertad de expresión como una repetición del pasado. No obstante, mi reclamo es que algo más profundo y más significativo está ocurriendo. Estamos siendo convocados, incluso obligados, a reexaminar la naturaleza del Estado y a plantearnos si acaso deba jugar un papel preponderante en asegurar la libertad de expresión.

En los debates del pasado, se asumió que el Estado era un enemigo natural de la libertad. Se veía al Estado como tratando de silenciar a los individuos en sus declaraciones. Debía, por tanto, limitarse al Estado en este particular. La Primera Enmienda estableció que «el Congreso no deberá hacer ley alguna que restrinja la libertad de expresión», y ha sido considerada como manifestación de la demanda del liberalismo clásico de limitar al Estado.

El liberalismo, no obstante, jamás fue un absoluto. Ha sido sólo una aspiración, pues cierta forma de regulación a la expresión ha sido siempre permitida. La tarea que quedó fue la de marcar fronteras específicas al rededor del estado y en el curso del siglo veinte, ha sido la Suprema Corte la encargada de llevar a cabo esta tarea. La Corte ha escuchado a las partes en conflicto. De un lado, los intereses del Estado en apoyo a medidas regulatorias (los llamados contra-valores) y del otro, los intereses en favor de la libertad. En este proceso, ha emergido un cuerpo de doctrina judicial que ha buscado acomodar los intereses en conflicto.

* Estoy agradecido con el profesor Rodolfo Vázquez y con los otros miembros del seminario, por sus comentarios y hospitalidad. Agradezco también, de manera especial, el apoyo de mis asistentes de investigación: Patricia L. Cheng, Andrew L. Shapiro y Oliver S. Sultan. La traducción del inglés es de David Mena.

** Profesor de la Cátedra de Sterling de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale.

En términos de este marco judicial, los liberales tendieron a favorecer la libertad de expresión en tanto que los conservadores favorecieron los contra-valores; unos buscaron limitar al Estado, otros, fortalecerlo. En el pasado, los contra-valores incluyeron valores tales como el orden público, la seguridad nacional y el principio religioso. Los liberales tomaron estos contra-valores en serio -un teórico destacado de este período, remarcó que la libertad de expresión no constituía una libertad civil de lujo-¹ pero, no obstante, los liberales siempre consiguieron pronunciarse en favor de la libertad de expresión. Sin embargo, en las controversias que actualmente predominan en los encabezados, es realmente difícil saber qué es lo que piensan los liberales. Los contra-valores han cambiado, tanto como el liberalismo.

Mientras que el liberalismo decimonónico fue definido por las demandas de libertad individual y podía reducirse a la demanda unívoca de un gobierno limitado, el liberalismo actual abarca una pluralidad de valores. Este se define tanto por sus compromisos con la libertad como con la igualdad, la transformación del liberalismo puede deberse a un sinnúmero de factores, la mayoría de los cuales no tiene conexión alguna con el derecho. Entre los relacionados con el derecho, el factor más relevante es la decisión *Brown vs. Comité de Educación*² de la Suprema Corte. Como asunto meramente técnico, la decisión Brown invalidó la segregación racial; no obstante, en términos más amplios, redefinió la Constitución, al conceder a la igualdad un lugar en el orden constitucional, tan importante como el concedido a la libertad y reconociendo, a la vez, el rol del Estado en la procuración de dicho valor.

En los años que siguieron a la decisión Brown las ramas ejecutiva y legislativa actuaron de manera coordinada para ampliar el campo de la igualdad. Los resultados incluyen el Acta de Derechos civiles de 1964, los Derechos de Voto de 1965 y el Acta de Derechos Civiles de 1968³. En las décadas posteriores, tanto la Corte como la Presidencia se movieron hacia la derecha, pero el Congreso reaccionó y asumió el liderazgo en la lucha por los derechos civiles⁴. El resultado fue la adopción de estatutos singulares -aprobados durante las administraciones Reagan y Bush- tales como las enmiendas al Acta de Derechos de Voto de 1982, el Acta de Americanos con discapacidades de 1990 y el Acta de Derechos Civiles de 1991⁵.

¹ Ver Harry Kalven, Jr., *A Worthy Tradition*, published by?, p. xxii (1988).

² 347 U.S. 483 (1954).

³ Acta de Derechos Civiles de 1964, Publ. L. núm. 88-352, 78 Stat. 241 (1964); Acta de Derechos de Voto de 1965, Pub. L. núm. 89-110, 79 Stat. 437 (1965); Acta de Derechos Civiles de 1968, Pub. L. núm. 90-284, 82 Stat. 73-92 (1968).

⁴ William N. Eskridge, Jr., *Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game*, en *California Law Review*, núm. 79, p. 613 (1991).

⁵ Enmiendas a los Derechos de Voto de 1982, Pub. L. núm. 89-110, 79 Stat. 437 (1982); Acta de Americanos con discapacidad de 1990, Pub. L. núm. 101-336, 104 Stat. 237 (1990); Acta de Derechos Civiles de 1991, Pub. L. núm. 102-166, 105 Stat. 1071 (1991).

Como resultado de estos desarrollos a lo largo de los últimos 30 ó 40 años, más y más esferas de la actividad humana -elecciones, educación, empleo, transporte- han venido a ser cubiertos por la ley antidiscriminación, de tal manera que, actualmente en los Estados Unidos no hay virtualmente actividad pública de importancia que esté fuera de su alcance. Más aún, la protección de la ley ha sido extendida a un amplio conjunto de grupos con desventajas -minorías raciales, religiosas y étnicas, mujeres y discapacitados. Los grupos que definidos por su orientación sexual también están demandando ser incluidos.

Es verdad que las políticas de bienestar del Estado moderno estuvieron lejos de satisfacer las expectativas que despertó la Guerra contra la Pobreza lanzada en los sesenta. Hoy en día parecemos más tolerantes con la desigualdad económica. Pero las normas que protegen a los pobres contra la discriminación, mantienen su vigencia en ciertos ámbitos especiales tales como los procesos criminales y los electorales⁶. Más aún, a pesar de los repetidos asaltos al Estado de Bienestar durante los setenta y los ochenta, hemos mantenido el compromiso de satisfacer las necesidades mínimas de los económicamente desfavorecidos -proveyéndolos, aunque en ocasiones de manera inadecuada, de alimentos, vivienda y cuidado médico. Estas políticas de bienestar, como las medidas sobre derechos civiles, son activamente sustentadas por el liberalismo contemporáneo.

Frente a estos antecedentes, no es extraño que hoy, al confrontar la regulación del discurso del odio, la pornografía y el financiamiento de campañas, muchos liberales encuentren difícil el saber qué hacer. El compromiso con la libertad de expresión se ha mantenido con la misma fuerza como lo demuestra el apoyo firme a las decisiones de quema de banderas⁷, pero está siendo puesto a prueba por otros ejercicios de poder del Estado en pro de ese otro objetivo distintivo del liberalismo: la igualdad.

⁶ Frank Y. Michelman, The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment, en *Harvard Law Review*, núm. 83 p. 7 (1969); In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls's Theory of Justice, en *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 121, p. 962 (1973); Welfare Rights in a Constitutional Democracy, en *Washington University Law Quarterly*, núm.?, p. 659 (1979).

⁷ Estados Unidos vs. Eichman, 110 S. Ct. 2404 (1990); Texas vs. Johnson, 491 U.S. 387 (1989); ver Medidas para proteger la bandera americana: audiencias ante la comisión del Senado relativa a la propuesta de enmienda constitucional del poder Judicial que autorice al Congreso y a los estados la prohibición de destrucción física de la bandera americana. 101 Legislatura, segunda sesión (1989); Medidas para proteger la integridad física de la bandera americana: audiencias ante la comisión del Senado sobre el poder Judicial, 101 Legislatura, primera sesión (1989); Respuestas estatutorias y constitucionales a la decisión Texas vs. Johnson de la Suprema Corte: audiencias ante la subcomisión de derechos civiles y constitucionales de la comisión de la Casa (de Representativos) sobre el poder Judicial, 101 Legislatura, primera sesión (1989); Frank Y. Michelman, Saving Old Glory: On Constitutional Iconography, en *Stanford Law Review*, núm. 42 p. 1337 (199?); Name? Nahmod, The Sacred Flag and che first Amendment, en *Indiana Law Journal*, núm. 66 p. 511 (1991).

El discurso del odio es regulado por el Estado con base en la teoría que sostiene que tales expresiones denigran el valor de aquéllos a quienes están dirigidas y de los grupos sociales a los que pertenecen⁸. Argumentos en pro de la igualdad pueden también encontrarse en el nuevo ataque de algunas feministas contra la pornografía, que objeta ésta, no sobre la base de razones religiosas o morales, sino porque reduce a las mujeres a meros objetos sexuales y erotiza su dominación. El reclamo es que la pornografía induce a la violencia contra las mujeres en formas que incluyen la violación y más aún, da lugar a un enajenante patrón de desventaja social -lo mismo en asuntos relacionados con la intimidad que con la esfera pública⁹. La regulación de gastos de campañas electorales, como la de las expresiones de odio y la pornografía, está impelida por consideraciones igualitarias. Algunos defienden tales regulaciones como un medio para la prevención de la corrupción, pero también puede ser entendida en términos más generosos: como una forma de ampliar el poder político de los pobres, poniéndolos en un plano de mayor equidad frente a los ricos, y dándoles una oportunidad justa para promover sus intereses y adoptar medidas que mejoren su posición económica¹⁰.

Cada generación tiende a sobrevalorar su propia particularidad y uno debe por ello cuidarse de no sobrevalorar la importancia del momento presente. Regulaciones como las que nos preocupan hoy en día, han sido consideradas por las Cortes en el pasado. En el caso de la regulación de la pornografía, por ejemplo, el marco legal que limitaba la jurisdicción del *ensor* sobre material sexualmente explícito, fue fundamentalmente forjado durante los sesenta¹¹. Aún así, creo que puede encontrarse una importante diferencia en la profundidad del compromiso por la igualdad del sistema legal actual. En los sesenta, el compromiso por la igualdad no era más que una aspiración -capaz, por cierto, de perturbar a la nación, pero aún así, luchando por establecerse en el ámbito constitucional. La igualdad tiene hoy otro lugar en nuestra jurisprudencia: es uno de los cimientos centrales del orden legal; siendo, en sentido estricto arquitectónico.

Muchos de los participantes en los debates actuales reconocen abiertamente la fuerza de la igualdad, pero se niegan a capitular a ella. Honran,

⁸ Ver Mari J. Matsuda, Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story, en *Michigan Law Review*, núm. 87, p. 2320 (1989); Mari J. Matsuda, Charles Lawrence III, Richard Delgado y Kimberle Williams Greenshaw, Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment, Published by?, (1993).

⁹ Ver Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Towards a Feminist Theory of the State*, Published by?, (1987); Catharine A. MacKinnon, *Only Words*, Published by?, (1993); Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon, *Pornography and civil Rights: A New Day for Women's Equality*, published by?, (1988).

¹⁰ Ver Kenneth J. Levit, Campaign Finance Reform and the Return of Buckley v. Valero, en *Yale Law Review*, núm. 103, p. 469 (1993).

¹¹ Ver Kalven, *supra* nota 1 pp. 35-44.

como insistió Harri Kalven, el contravalor, pero terminan resolviendo el conflicto entre libertad e igualdad a favor de la libertad. Argumentan que la Primera Enmienda debe tener prioridad. Tal posición hace referencia a la concepción clásica del liberalismo y quizá por esa misma razón ha mantenido una posición privilegiada en algunos círculos. Sin embargo, no resulta plenamente persuasiva, pues no se plantea ninguna razón por la que se deba preferir la libertad de la igualdad -la Primera Enmienda a la Catorceava. La primacía de la Primera Enmienda parece ser poco más que una afirmación. Aquellos que favorecen la libertad a menudo destacan el papel que desempeñó la libertad de expresión en la preservación de la igualdad en la era de los derechos civiles, sugiriendo que la política democrática es precondition de la realización de una igualdad verdadera y sustantiva. Pero ciertamente, lo contrario, puede también ser verdad: que no se alcanzará una política democrática verdadera, sino hasta que se establezcan plenamente condiciones de igualdad.

Al aseverar lo anterior, no pretendo insistir en la prioridad de la igualdad sobre la libertad -o de la Catorceava sobre la Primera Enmienda. Por ello estoy en desacuerdo con académicos como Catherine MacKinnon, quien defiende la regulación de ciertas formas de pornografía en su planteamiento a partir de la prioridad de la igualdad¹². Más bien, mi punto es que reconozcamos la dificultad o quizá la imposibilidad, de descubrir una base para elegir entre estos dos valores. La regulación del discurso del odio, la pornografía y los gastos de campañas políticas obliga al sistema legal a elegir entre los compromisos trascendentes de libertad e igualdad, sin que la constitución ofrezca guía alguna para llevar a cabo tal elección.

La carencia de una forma con principios claros para resolver el conflicto entre libertad e igualdad parece sugerir que hemos arribado a un *impasse* ineludible. Los liberales están divididos y casi en guerra entre sí, favoreciendo unos la libertad y otros la igualdad. En tanto que sufrimos este lamentable estado de cosas, podría haber otra forma de ubicar el problema más allá de la batalla entre valores trascendentales. He pensado que las regulaciones en cuestión pueden verse como una confrontación de valores discursivos, mientras que lo que se ha planteado como un conflicto entre la libertad y la igualdad es, realmente, un conflicto interno, dentro de las fronteras mismas del valor libertad.

En la historia de la libertad de expresión, el Estado ha defendido algunas veces la regulación de dicha libertad en nombre de la libertad. Por ejemplo, durante los años críticos de la Guerra Fría, la supresión del partido comunista y de su liderazgo fue a menudo justificada como la salvación de los Estados Unidos del estalinismo. Lo que se temía era que la propaganda Comunista pudiera, con el curso del tiempo, persuadir y llevar al derrocamiento del

¹² Ver MacKinnon, supra nota 9.

gobierno o al establecimiento de una dictadura totalitaria. En ese momento, los liberales sabiamente respondieron que la solución era más libertad de expresión¹³ y no la regulación estatal.

Con la pornografía, el discurso de odio y la regulación de campañas, la amenaza a la libertad que la expresión produce es más directa e inmediata. No es que el discurso pueda persuadir a los que lo escuchan a actuar de una forma determinada, por ejemplo, creando una nueva forma de dictadura o subyugando a determinados grupos de la sociedad. El peligro es que el mensaje haga imposible participar en la discusión de los asuntos públicos, a grupos históricamente marginados. En este contexto, el remedio clásico de más y no menos libertad de expresión resulta hueco o vacío. Vanos han sido los esfuerzos de aquellos que han querido responder.

El discurso de odio tiende a disminuir el sentido de valor propio de sus víctimas, impidiendo de este modo su participación plena en muchas de las actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Provoca también que las víctimas se refugien en sí mismas. Cuando eventualmente hablan, sus palabras carecen de autoridad, a tal grado que pareciera que no dicen nada. El mismo efecto silenciador ha sido atribuido al caso de la pornografía. Al reducir a la mujer a mero objeto sexual, la pornografía subordina y acalla a la mujer. Incapacita así su credibilidad y la hace sentir como si no pudiera contribuir a la discusión de los asuntos públicos¹⁴. Del mismo modo, el ilimitado gasto de campañas políticas no sólo reproduce la desigual distribución de la riqueza y pone en desventaja a los pobres en la arena política, sino que tiene también podría tener el efecto de silenciar -hasta el desvanecimiento total- la voz de los que menos tienen¹⁵. Los ricos pueden así dominar el ámbito de la publicidad en los medios y otras esferas de lo público, de tal manera que el público, en efecto sólo escuche su mensaje.

En cada uno de estos casos, no es el Estado la agencia que amenaza los valores de expresión. Sin embargo, no hay necesidad de que la amenaza provenga del Estado para que constituya éste un asunto que despierte nuestra preocupación. El reclamo de intervención estatal se basa, no en la teoría de que la actividad a regular constituye en sí misma una violación a la Primera Enmienda (tal reclamo requeriría formalmente de mostrar la acción estatal), sino sólo en la idea de que la protección de la integridad del discurso público -que asegure que el público escuche todo lo que debe escuchar- es un fin permisible del Estado. Incluso si la dinámica silenciadora a la que me he

¹³ Ver *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927) (Concurre Juez Brandeis).

¹⁴ Ver Catharine A. MacKinnon, *Francis Briddle & Sister: Pornography, Civil rights, and Speech en Feminism Unmodified*, op. cit., pp. 163 y 193 y *The Sexual Politics of the First Amendment in Ibid.*, pp. 206 y 208-9.

¹⁵ Ver *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 257 (1976) (Disiente Juez White); *First National Bank of Boston vs. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978) (Disiente Juez White); *Citizens against Rent Control vs. Berkeley*, 454 U.S. 290 (1981) (Disiente Juez White).

referido es exclusivamente llevada a cabo por individuos desde la esfera privada -por ejemplo, por la persona que lanza epítetos raciales o publica pornografía o utiliza sus vastos recursos económicos para ampliamente dominar campañas políticas- existe, de cualquier modo, suficiente base para justificar la intervención del Estado. Este estaría meramente ejerciendo su poder de supervisión para promover un fin público valioso, tal como lo hace cuando establece leyes sobre control de armas o límites a la velocidad en carreteras. En este caso, el fin resulta ser una concepción de democracia que demanda que el discurso de los poderosos no acalle o impida la expresión de los débiles.

La promoción de valores democráticos es un propósito público, valioso e irrefutable, pero puede cuestionarse el método por el cual dicho fin es alcanzado: específicamente, si la intervención del Estado es consistente con la Primera Enmienda. El tipo de regulación estatal que estamos considerando podría promover la libre expresión de las mujeres, de las minorías y de los pobres, pero sólo a costa de silenciar a los racistas, a los pornógrafos y a los ricos. ¿Qué da al Estado el derecho de privilegiar los derechos de expresión de un grupo sobre los de otro? La respuesta a esta pregunta depende en gran medida de cómo concebimos los intereses de expresión en cuestión.

Si sólo estuvieran involucrados los intereses de expresión de cada grupo -digamos el deseo del racista y el interés de su posible víctima, cada uno expresando su propia opinión- entonces existiría algo arbitrario en que el Estado diera mayor peso al interés del uno sobre el interés del otro. Sin embargo hay, de hecho, algo más de por medio. El Estado no está tratando de arbitrar entre los intereses de expresión de los grupos, sino tratando de preservar la solidez del debate público -de establecer las precondiciones necesarias para el autogobierno de la colectividad, asegurando que todas las posturas sean presentadas al público¹⁶. Si esto pudiera lograrse simplemente mediante el otorgamiento de poder a los grupos débiles, entonces esto sería lo único necesario; pero las regulaciones del tipo que estamos considerando se sustentan en la idea de que en ocasiones es necesario disminuir las voces de unos para que pueda ser escuchada la voz de otros.

Al concebir las regulaciones estatales del discurso del odio, de la pornografía y del financiamiento de campañas políticas de este modo, el valor de la *igualdad* vuelve a aparecer. Pero en esta ocasión, enraizado *no* en la Catorceava Enmienda, sino en la Primera. La preocupación, no es si las expresiones -objeto de la regulación estatal- lesionan o no el estatus social de ciertos grupos, sino la demanda de esos grupos, por tener una oportunidad plena y equitativa para participar en el debate público: lo que importa es la demanda de *su* libertad de expresión. Más aún, el Estado honra esas demandas no por su valor intrínseco o por el mérito de las perspectivas que

¹⁶ Ver Owen M. Fiss, *Why the State?*, en *Harvard Law Review*, núm. 100, pp. 781, (1987).

plantean, ni porque el derecho de expresión de uno sea superior al de otros, sino sólo porque debe preservar la apertura e integridad del debate público. Lo que motiva la acción del Estado no es tanto el interés de los individuos por expresarse, sino el interés de la audiencia -la ciudadanía- por escuchar un debate pleno y abierto de los asuntos de importancia pública.

Podría parecer que la reconceptualización de los problemas planteados por el discurso del odio, la pornografía y el financiamiento de campañas -tal como la he presentado aquí- se ciñe sin mayor dificultad al marco jurídico tradicional. Ese marco analiza los asuntos de la libertad de expresión como un conflicto entre valor y contravalor. En este caso, el contravalor no aparece como el simple orden público, ni siquiera como el -más atractivo- valor de igualdad, sino como la expresión misma. De hecho, una forma de describir la situación que se presenta es diciendo que la libre expresión aparece de ambos lados de la ecuación -como el valor amenazado por la regulación y como el contravalor que ésta promueve. Pero esta forma de considerar el problema subestima radicalmente la profundidad del desafío que enfrentamos. Mientras que el marco tradicional descansa sobre la idea del liberalismo clásico de que el Estado es un enemigo natural de la libertad, estamos ahora comenzando a imaginar al Estado como amigo de la misma.

Es considerable la resistencia a esta inversión de la dialéctica tradicional de la libertad. Una parte de esta resistencia se deriva de una lectura absolutista de la Primera Enmienda, que la considera como *un seguro* contra cualquier regulación estatal de la libertad de expresión¹⁷. Esta perspectiva de la Primera Enmienda proclama que donde dice que «ninguna ley», significa que en efecto, «ninguna ley». Pero como Alexander Meiklejohn ha enfatizado, lo que la Primera Enmienda prohíbe es la limitación legal de la «libertad de expresión», no la libertad de hablar¹⁸. La frase libertad de expresión implica un entendimiento organizado y estructurado de la libertad, uno que reconoce ciertos límites de lo que ha de ser incluido y excluido. Esta es la teoría sobre la que en ocasiones se sustentó la regulación de la expresión con la intención de proteger la seguridad nacional o el orden público. Debería igualmente estar disponible cuando el Estado trate de preservar la integridad y la pluralidad del debate público. Incluso la Primera Enmienda debiera dar lugar a tal regulación pues su objeto es ampliar la visión que subyace en la Primera Enmienda -la autodeterminación colectiva.

Mientras que la Suprema Corte nunca se ha inclinado hacia el absolutismo, en las dos últimas décadas ha asumido un principio que podría seriamente

¹⁷ Ver por ejemplo, *New York Times Co. vs. United States*, 403 U.S. 713, 714-20 (1971) (Concurre Juez Black); Hugo L. Black, *The Bill of Rights*, en *New York University Law Review*, núm. 35, p. 865, (1960).

¹⁸ Ver Alexander Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, en *Supreme Court Review*, pp. 245 y 255 (1961).

impedir -que no cancelar del todo- la capacidad del Estado para proteger la libertad. Me refiero al principio de neutralidad de contenido. De acuerdo a este principio, el Estado está impedido para favorecer o desfavorecer a una de las partes de un debate. Lo anterior, a efecto de evitar que el estado controle la elección de la gente entre una u otra perspectiva que compiten entre sí¹⁹.

Hay muchas situaciones en las que el principio de neutralidad de contenido resulta sumamente atractivo. Las protestas sobre el aborto constituyen un ejemplo. Sería violatorio de los principios democráticos el que el Estado adoptara una regla que protegiera las manifestaciones de la gente que favorece el derecho de aborto y que al mismo tiempo suprimiera los movimientos antiaborto.

Por otro lado, la neutralidad de contenido no es un fin en sí misma y no debería ser reificada. Si tiene algún atractivo, esto es porque responde a la preocupación subyacente -no restringida por este principio- de que el Estado puede usar su poder para orientar un debate de tal manera que pueda producir, un resultado particular. Sin embargo, debería igualmente preocuparnos el que particulares usen su poder para inducir resultados específicos en los debates públicos. Deberíamos reconocer que el Estado podría verse en la necesidad de desfavorecer a algunos de los oradores -el quemador de cruces, el pornografista y el político dispendioso- con el propósito de asegurar que todas las partes sean escuchadas. En este sentido, el Estado estaría actuando como un parlamentario justo que hace juicios de contenido en base a esa capacidad.

Anteriormente, Alexander Meiklejohn y Harry Kalven -los arquitectos de la posición liberal respecto de la libre expresión- reconocieron que el Estado podría tener que actuar como parlamentario. Pero en la mayoría de las ocasiones, se asumió que el Estado desempeñaría esa función siguiendo las reglas de orden de Robert's -un método predeterminado de proceder basado no en lo que transpiraba de un debate sino en algún principio abstracto y universal como el de prioridad temporal²⁰. Hoy en día entendemos que esto no es suficiente. Un parlamentario debe ser sensible a las limitaciones que los recursos, tales como el tiempo y el dinero, imponen al debate. Cualquiera podría argumentar: «Ya hemos escuchado suficiente sobre esa posición. Quizás deberíamos dejar que otros tomaran la palabra antes de votar». Un parlamentario justo quiere escuchar expresiones vigorosas de los diversos

¹⁹ Ver *R. A. V vs. City of Saint Paul*, 112 S. Ct. 2538 (1992); *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1, 48-49 (1976); *Pacific Gas & Electric Co. vs. Public Utilities Commission*, 475 U.S. 1 (1986); *American Booksellers Association vs. Hudnut*, 771 F. 2d 323 (7th Cir. 1986), *aff& per curiam*, 475 U.S. 1001 (1986).

²⁰ Ver Alexander Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*. Published by? pp. 24-28 (1965); Harry Kalven, Jr., *The Concept of Public Forum*, en *Supreme Court Review*, pp. 1, 23-5, (1965).

puntos de vista, pero también es sensible a los excesos a favor de una posición y al impacto de tales excesos en la calidad del debate: «¿Podría Ud. moderar sus intervenciones? ¡Ha abusado tanto en la forma de plantear su punto de vista que algunos de plano se han retirado del debate!».

Sin duda, cualquier regulación del debate tendrá un impacto sobre la toma de decisiones. Cualquier regulación del proceso afectará el resultado: escuchar ambas partes del debate produce una decisión diferente a la que resultaría si sólo se escuchara a una de las partes. En ese sentido, los usos del principio de neutralidad de contenido en la regulación de la pornografía, del discurso del odio y del financiamiento de campaña, podría parecer similar a aquéllos relacionados con las protestas del aborto, donde la intervención del Estado tiene el efecto de favorecer a un lado sobre el otro. Pero hay una diferencia crítica.

Cuando el Estado actúa como parlamentario, su propósito no es determinar el resultado, ni siquiera para preservar el orden público (como podría ser en el caso del aborto) sino el de asegurar la completud del debate público. Tal propósito altera radicalmente el análisis. Digo esto no porque el enriquecimiento del debate público sea un propósito digno que, por ejemplo, el del mantenimiento del orden público y más capaz de neutralizar el impacto que tiene la regulación sobre el proceso y, por tanto, sobre el resultado. Todo esto podría ser verdad, pero mi sugerencia va más allá; estoy sugiriendo que la distorsión del resultado por efecto del ensanchamiento del debate no es motivo de preocupación. No hay nada malo en ello. Lo que la democracia exalta no es solamente que las decisiones sean públicas sino que las decisiones públicas sean tomadas bajo condiciones de plena información y de adecuada reflexión. El que el Estado promueva ese tipo de decisiones es algo que no debemos objetar sino aplaudir.

Pese a lo anterior, hay todavía una razón que obliga cierta cautela. El Estado no solo es un parlamentario. El Estado también es la concreción peculiar de políticas sustantivas. Los depositarios de su poder tienen un interés propio sobre cómo se resuelven los debates. Los políticos mañosos podrían decir que se está regulando el contenido sólo para enriquecer el debate y para asegurar que el público escuche las versiones de ambos lados, pero en el fondo, su propósito podría ser el de determinar el resultado y el de promover ciertas políticas sustantivas. Este peligro siempre estará presente, pero quizá de manera particular en el área de financiamiento de campañas, pues los que están en el poder bien podrían tener la tentación de neutralizar los desafíos de los que se lo disputan, a fin de mantener su predominio.

Por esa razón aquéllos que tienen a su cargo el diseño de las instituciones deben otorgar el poder para regular su contenido -que implicaría actuar como un parlamentario- a agencias ajenas a la disputa política. No es una buena idea depositar la confianza en alguien particularmente inclinado a favorecer cierto tipo de resultado. Más aún, gran parte de la carga de escrutinio

de la acción estatal debería caer en el poder judicial, si acaso el hecho de estar al margen de la disputa política constituyera una buena razón para justificar tal decisión. Al hacerlo así, el poder judicial no debería reparar tanto en el motivo de esta acción, sino determinar cuidadosamente cual sería el efecto global de la regulación estatal sobre el debate público. La Corte debe preguntarse: ¿amplía realmente la intervención la calidad del debate o tiene acaso el efecto opuesto?

Aun un poder judicial vigilante podría no ser capaz de evitar todos los abusos de este poder ampliado. Deberíamos preocuparnos por esas posibles fallas y por el peligro que plantean a la libertad de expresión, pero también debemos tener cuidado de no exagerar su importancia. Ellas no traerían consigo el derrumbe de la república, o dicho modestamente, no desatarían un poder de censura que está en guerra con la Primera Enmienda. El poder judicial no siempre podría prevenir el que algún político pudiera manipular el proceso para determinar el resultado. Se mantendría lo que el Juez Brennan en relación con los casos de *quema de banderas* destacó como el principio de «piedra angular» que desempeña la Primera Enmienda²¹ que establece que ningún oficial del Estado deberá tener el poder para suprimir una idea sólo porque está en desacuerdo con ella o la encuentra ofensiva.

No estoy negando que un Estado más poderoso entraña peligros, sino que el riesgo de estos de que estos peligros se materialicen, así como el daño estimado que podrían causar debe ser ponderado frente al bien que la intervención estatal en esta materia podría traer consigo. No debemos perder de vista el potencial opresivo del Estado, pero tampoco debemos dejar de contemplar la posibilidad de que el Estado utilice su poder en la promoción de metas que son bienes indiscutibles: la igualdad y la libertad de expresión misma. El debate actual sobre el discurso del odio, la pornografía y el financiamiento de campaña nos obliga a considerar esta posibilidad. Por eso es que creo que este debate, en su nivel más fundamental, nos obliga a reflexionar sobre la naturaleza del Estado y sobre lo que tenemos derecho a esperar de él.

²¹ Texas vs. Johnson, 491 U.S. 397, 414 (1989).