

Una libertad tanto personal como política

Owen M. Fiss**

La pluralidad de la condición humana y la capacidad de cada individuo de crear para sí mismo una vida distintiva, son parte central de la visión del mundo de John Stuart Mill. El escribió *Sobre la Libertad* para promover nuestra individualidad, incluso al punto de la excentricidad, y para atacar las fuerzas que nos conducen al conformismo. Advirtió: “el mayor peligro de nuestro tiempo se muestra bien en el escaso número de personas que se deciden a ser excéntricas.” (pág. 108).*

Mill buscó tal diversidad no por su propio bien sino para satisfacer una visión más amplia del desarrollo humano. Defendió la individualidad, y aun la excentricidad, en la teoría de que reflejan el desarrollo más pleno de nuestras personalidades. Sostuvo que tal desarrollo promueve tanto la felicidad de cada individuo como el bienestar de la sociedad. Conforme a su propia visión: “en proporción al desenvolvimiento de su individualidad, cada persona adquiere un mayor valor para sí mismo y es capaz, por consiguiente, de adquirir un mayor valor para los demás.” (pág. 103).

Con estos propósitos en mente, Mill formuló su principio de libertad individual. En tiempos modernos este principio se conoce como el “principio del daño”, pero mejor aún podría ser llamado el “principio del daño a terceros.”¹ Éste dispone que cualquier interferencia en la libertad de un individuo sólo puede justificarse con el fin de evitar que dañe a terceros, y nunca meramente por su propio bien.

La idea de que toda coerción social debe estar justificada y que tal interferencia se justifica sólo si se evita que un individuo dañe a otros, se halla implícita en el principio del daño a terceros. En efecto, éste otorga a cada individuo la libertad de decidir qué es mejor para sí mismo. Mill supuso que esta libertad llevaría al desarrollo más pleno de cada individuo, a punto tal de que “se hace de ellos un noble y hermoso objeto de contemplación” (pág. 102).

El principio del daño a terceros es el tema más importante de *Sobre la Libertad* y posiblemente su contribución más significativa. El ensayo de Mill, sin embargo, es también una afirmación conmovedora de la importancia de la libertad de expresión y por lo tanto

• Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. En su versión en inglés, este artículo fue publicado en una nueva edición del libro de John Stuart Mill *Sobre la Libertad*, junto a otros artículos sobre Mill y su obra [John Stuart Mill, *On Liberty*, edited by David Bromwich and George Kateb, Yale University Press, New Haven, 2003]. La traducción del artículo estuvo a cargo de María Piqué y Victoria Ricciardi, con la colaboración de Mariano Fernández Valle y Alejandra Etchegorry.

* El autor desea reconocer la generosa asistencia de William Fick, Malthew Lindsay y Tali Farimah Farhadian y los comentarios de Robert Post, Samuel Sheffler, y los miembros de su seminario en la Universidad de California, Berkeley.

** *N. de la T.*: en el texto original, el autor identifica entre paréntesis el número de página correspondiente a la citas del libro de Mill. Los números de página incluidos en la presente traducción corresponden a la versión en castellano de dicha obra, John Stuart Mill, *Sobre la Libertad*, Ed. Sarpe, traducción cedida por Alianza.

1. El uso puede ser rastreado hasta Joel Feinberg, *Harm to Others* (New York, 1984).

suele ser leído, especialmente en círculos jurídicos, como el fundamento teórico de su protección –cuestión en la que centraré mi análisis–.

Aunque los abogados modernos tienden a separar la discusión de Mill sobre la libertad de expresión de su defensa más general de la libertad individual, previamente debemos determinar si Mill efectivamente adoptó dos principios distintos, como sostengo que hizo, o si, por el contrario, el principio de la libertad de expresión es simplemente una aplicación específica del principio del “daño a terceros”. En el caso de tratarse de una aplicación específica, la libertad de expresión puede ser protegida sobre la base de la teoría, en ocasiones invocada, de que no causa daño a terceros. Por otro lado, concebir a la libertad de expresión de manera más amplia, como un principio independiente, permitiría proteger la expresión aun si ella causara daño a otras personas.

En el primer capítulo de *Sobre la Libertad*, Mill introdujo el principio del daño a terceros. Sin embargo, en el segundo capítulo, en lugar de desarrollar en profundidad ese principio, se lanzó a la defensa de la libertad de expresión –y no con el débil argumento de que no causa daño a terceros, sino porque ella es un medio necesario para examinar las propias creencias–. Sólo a través de una discusión libre y abierta podemos comprobar si nuestros puntos de vista son verdaderos o falsos. Nadie es infalible, y aún cuando luego de una discusión libre y abierta un individuo adhiriera a las mismas creencias, ese individuo lo hará con una nueva apreciación y una convicción más firme sobre su veracidad.

En el tercer capítulo de *Sobre la Libertad*, Mill reanudó la discusión sobre el principio del daño a terceros e invocó la diferencia entre expresión y acción para definir el alcance del mismo. El principio del daño a terceros se aplica sólo a la acción, sostuvo, y no a la expresión. Los hombres deberían ser libres de formar sus opiniones y de expresarlas “sin reserva.” (pág. 93). Una cuestión diferente surge, según Mill, cuando la gente actúa conforme a esas opiniones. En el campo de la acción, el principio del daño a terceros opera y asegura una libertad más limitada que la concedida a la expresión.

Para Mill la expresión no era una actividad solitaria. Ella tiene lugar en presencia de otros y Mill abogó por una libertad tanto para recibir opiniones como para expresarlas. La libertad con la que insistía era, en una frase que usó repetidamente, una “libertad de discusión”. Al enfatizar la dimensión social de la expresión, él necesariamente reconoció que la expresión podía contribuir con una secuencia de eventos que dañase a terceros. Aún así, exigió una medida de libertad para la expresión de la opinión que trascendía la libertad de acción amparada por el principio del daño a terceros. Como lo dijo Mill, “Nadie pretende que las acciones sean tan libres como las opiniones”. (pág. 93).

Al principio del Capítulo III, Mill reconoció que la expresión podía ser una “instigación positiva” (pág. 93) a alguna acción que dañara a terceros. En un pasaje que se ha convertido en un clásico del repertorio de los abogados, Mill escribió: “La opinión de que los negociantes en trigo son los que matan de hambre a los pobres, o que la propiedad privada es un robo, no debe ser estorbada cuando circula simplemente a través de la prensa, pero puede justamente incurrir en un castigo cuando se expresa oralmente ante una multitud excitada reunida delante de la casa de un comerciante en trigos, o cuando se presenta ante esa misma multitud en forma de cartel”. (pág. 93).

El propósito de este pasaje es establecer la autoridad de la sociedad para restringir a aquellos que incitan a una turba exaltada. En virtud de ese enfoque, Mill no se detuvo a

explicar por qué aquellos que expresan el mismo punto de vista que el instigador de la multitud, pero que lo hacen a través de la prensa, no deben ser molestados. ¿Es porque no causan daño a terceros?, ¿o es porque gozan de la libertad para expresar esa opinión -“los negociantes en trigo matan de hambre a los pobres”, “la propiedad privada es un robo”- a pesar del daño a terceros? Sólo si ignoramos la importancia de la cultura -o, más específicamente, los efectos acumulativos del discurso público sobre la acción, que en ocasiones puede llegar a transgredir la ley- podríamos decir que los ataques sistemáticos desde la prensa a la propiedad privada o a las clases propietarias, no debilitarán el acatamiento o el respeto concedido a la propiedad privada y por lo tanto no afectarán o dañarán a terceros. No hay ninguna razón para creer que éste era el criterio de Mill.

Por lo tanto, es justo decir que al afirmar el derecho de la prensa a llevar a cabo o aún promover ataques contra la propiedad privada, o bien Mill estaba dispuesto a proteger la expresión aun cuando afectara o dañara a terceros o, en su defecto, requería tipos de daños muy especiales para justificar la restricción a la expresión. En este sentido, no sólo la acción dañosa debe ser ilegal, sino que también la relación entre esa acción y la expresión debe ser directa e inmediata y el daño infligido debe ser casi calamitoso, como cuando la multitud exaltada irrumpe en la casa del comerciante de trigo. Bajo cualquiera de estas alternativas, puede interpretarse que Mill trató a la libertad de expresión como un principio independiente que impone límites a la autoridad de la sociedad para interferir con nuestra libertad, límites mayores que aquellos impuestos por el principio general del daño a terceros.²

Aunque Mill no identificó plenamente a la libertad de expresión como un principio independiente del de daño a terceros, en un contexto totalmente diferente -el mercado de bienes y servicios- reconoció explícitamente que el daño a terceros no siempre es una base suficiente para restringir la libertad. En el quinto y último capítulo de *Sobre la Libertad*, “Aplicaciones”, él reconoció que en actividades comúnmente competitivas, la persona que triunfa “...se beneficia con la pérdida de otros” (pág. 144) y que “el comercio es un acto social” (pág. 144). Por lo tanto, conforme al principio del daño a terceros, las restricciones al comercio parecerían justificadas. Sin embargo él negó o evitó esa conclusión, y de ese modo dio vida a lo que refirió como “la llamada doctrina del Libre Comercio”. Sostuvo que las restricciones al comercio “...son malas sólo porque realmente no producen los resultados que con ellas se deseaba producir...” (pág. 145).

En algún sentido, Mill justifica el libre comercio de una manera un tanto diferente que la libertad de expresión. Mientras que el razonamiento que subyace en su defensa a la libertad de expresión -el desarrollo más pleno de cada individuo- es primordialmente moral o humanista, su defensa del libre comercio es, en buena parte, pragmática: las restricciones en el comercio probablemente sean contraproducentes. Sin embargo, a pesar de esta diferencia el principio de libertad de comercio opera de una manera bastante similar que el que garantiza la libertad de expresión. Ambos invalidan restricciones que, de otra manera, bien podrían ser justificadas bajo el principio del daño a terceros.

A lo largo del siglo XX, la libertad de expresión se ha convertido en patrimonio de los abogados más que de los filósofos. Los límites de esta libertad han sido delineados en

2. Para una revisión reciente de la literatura y un análisis que llega a la misma conclusión, véase Daniel Jacobson, “Mill on Liberty, Speech, and the Free Society”, *Philosophy and Public Affairs* 29 (2000): 276-309.

buena medida por los tribunales, y de manera más notable por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Comenzando en el New Deal, la Corte Suprema empezó a ser cada vez más generosa en la protección de la libertad de expresión, y lo hizo incluso al mismo tiempo que sostuvo la autoridad regulativa del gobierno frente a reclamos generalizados de libertad individual del tipo que se podría pensar como protegido por el principio del daño a terceros de Mill. En términos jurídicos, la libertad de expresión triunfó mientras el debido proceso sustantivo colapsó. La libertad de expresión fue protegida aún cuando la Corte Suprema reconoció que, en ausencia de una cuestión relacionada con la libertad de expresión, existían bases suficientes para la regulación por parte de las autoridades públicas.

El debido proceso sustantivo recibió su más dramática y contundente afirmación a fines del siglo XIX y principios del XX, cuando la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda (“ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”) fue utilizada para revocar legislación sobre la base de que interfería con la libertad individual. En ocasiones, el principio del daño a terceros de Mill fue invocado en apoyo a este ataque a la legislación.³ El fallo más memorable sobre el debido proceso en este período fue la decisión de la Corte Suprema de 1905 en *Lochner v. New York*, que dejó de lado una ley de Nueva York que establecía un tope de seis horas en el trabajo semanal en panaderías.⁴ La Corte entendió que la ley constituía una violación inconstitucional a la libertad individual, específicamente a la libertad de los empleados y empleadores de negociar contratos donde se establecieran condiciones laborales.

Sin embargo, durante el New Deal, a medida que la Corte empezó a darle verdadera vida a la libertad de expresión, también repudió *Lochner*, y sus sucesores, sobre la base de que legislación como la de los panaderos de Nueva York favorecía el bienestar general.⁵ Así, la libertad de expresión triunfó, mientras que el debido proceso sustantivo comenzó a debilitarse. Este giro se hizo evidente por primera vez en la decisión de 1931 de *Near v. Minnesota*, en la cual la Corte Suprema invocó principios de libertad de expresión para dejar de lado una orden judicial extensa que presumiblemente servía a propósitos públicos y por lo tanto podía ser entendida como preventiva del daño a terceros.⁶

La orden judicial en cuestión estaba dirigida contra un diario local (el *Saturday Press*) que había publicado una serie de artículos sobre la delincuencia en Minneapolis. En ellos

3. Por ejemplo, véase *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 632 (1887) (Alegato del defensor del condenado). Al solicitarle a la Corte que dejara sin efecto la condena a su cliente por violar leyes estatales que prohibían la producción y venta de ciertas bebidas alcohólicas, el abogado sostuvo: “[n]unca ha habido, y nunca habrá, una cuestión más importante o más vital para la existencia de la libertad civil que la que está en juego en este caso. Es una cuestión discutida durante siglos, sobre la cual los individuos han peleado, han sufrido y han muerto, hasta que de la oscuridad y la lucha sombría han establecido la gran verdad: “[l]a única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás”. John Stuart Mill, ‘On Liberty’”. (pág. 41).

4. 198 U.S. 45 (1905).

5. *West COAST Hotel Co. V. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *NLRB v. Jones and Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937). Véase en general Owen Fiss, *Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910* (New York, 2002), págs. 101-40.

6. 283 U.S. 697 (1931).

se alegaba que un gángster judío controlaba el juego y el contrabando de alcohol en la ciudad y se acusaba a policías, particularmente al jefe de policía, de abandono del deber y de mantener una relación personal con el gángster. Actuando sobre la base de una ley de Minnesota que permitía la restricción o supresión de la tirada de diarios “maliciosos, escandalosos y difamatorios”, la corte estatal libró una orden judicial en contra de nuevas publicaciones del *Saturday Press* o de cualquier otro diario malicioso, escandaloso y difamatorio. La Corte Suprema no cuestionó el carácter difamatorio de los artículos que dieron origen a la orden judicial y tampoco negó el daño que los artículos pudieron haberle ocasionado a los funcionarios públicos. Sin embargo, invalidó la ley de Minnesota y la orden a que ésta había dado lugar, sobre la base de que constituía una forma inaceptable de censura previa sobre las publicaciones. “Esto”, dijo el presidente de la Corte Hughes sobre el modo de regulación estatal, “hace a la esencia de la censura”.⁷

En el período iniciado a partir de *Near v. Minnesota*, durante el cual la tradición jurídica de protección de la libertad de expresión creció en alcance e intensidad, la apasionada defensa de Mill de la libertad de expresión en *Sobre la Libertad* ha sido frecuentemente invocada en apoyo a la postura de la Corte. Desde una perspectiva, tales referencias resultan completamente apropiadas porque parten de la premisa de que Mill presentó dos principios distintos –libertad de expresión y daño a terceros– y asimismo que garantizó una mayor libertad a la expresión que a la acción. Puede decirse que la distinción jurídica entre el debido proceso sustantivo y la libertad de expresión ha hecho explícito lo que en Mill sólo era implícito.

Por otro lado, utilizar a Mill de esa manera, en apoyo de la creciente tradición de protección de la libertad de expresión en los tribunales, resulta engañoso y opaca el carácter fundamentalmente personal, por oposición al carácter político, de la libertad que Mill persiguió. Aunque los principios de Mill de libertad de expresión y daño a terceros son distintos, en el sentido de que el primero puede prohibir restricciones sociales que el último tolera, invocar uno de ellos sin consideración por el otro oculta la base teórica que ambos comparten: el deseo de promover el desarrollo más pleno de cada individuo.

Como he dicho, el desarrollo personal hace a la esencia de *Sobre la Libertad*. Mill deseaba el progreso social, pero lo consideraba una consecuencia natural, casi inevitable, del desarrollo pleno del talento y de la personalidad de cada individuo. Él defendía tanto el principio del daño a terceros como el de la libertad de expresión sobre esta base. Mill valoraba la libertad de expresión pues ella crea el ambiente necesario para que las visiones convencionales sobre cómo vivir la propia vida puedan ser abiertamente criticadas y evaluadas. La discusión libre no garantiza que el individuo sepa qué curso ha de seguir al diseñar su vida, y menos aún que vaya a elegirlo. Pero si el individuo no escucha diversas opiniones ni examina las propias inclinaciones a través de la discusión abierta, tiene pocas esperanzas de adquirir, alguna vez, tal comprensión. La libertad de expresión fomenta la individualidad a través del proceso de auto-evaluación.

En el ámbito constitucional norteamericano, por el contrario, la libertad de expresión no es como en Mill un principio filosófico, sino más bien una regla de derecho articulada en el proceso de creación de una estructura de gobierno. Por lo tanto, tiene un carácter

7. 283 U.S. 713.

más político que personal. Aunque la Constitución de los Estados Unidos contiene algunas presunciones acerca de la naturaleza humana y puede decirse que procura, en última instancia, asegurar el desarrollo más pleno de los ciudadanos y de la sociedad en general, su propósito inmediato era más limitado. Sus diseñadores no pretendieron crear las condiciones necesarias para que los individuos florezcan ni tampoco declararon tal derecho; antes bien, procuraron dar vida a un gobierno y dotarlo de legitimidad democrática. La redacción de la Constitución fue, esencialmente, una empresa fundacional del Estado propia del siglo XVIII, erigiéndose la Primera Enmienda como una parte de esa particular empresa. No pretende promover la clase de individualidad que Mill defendía, sino más bien asegurar el funcionamiento apropiado del sistema de gobierno que la Constitución establece.

Así, mientras que para Mill la libertad de expresión era esencial para el desarrollo pleno de la personalidad individual, desde la perspectiva de la Constitución ella es valorada por su contribución al funcionamiento del sistema democrático. La libertad de expresión fomenta la democracia a través del proceso de deliberación pública. Un debate libre y abierto puede, como Mill sostuvo, ayudar a los individuos a determinar cómo vivir sus vidas, pero desde el punto de vista de la Primera Enmienda ese beneficio es secundario respecto de la prosecución de un fin más político: proveer a los ciudadanos de la información y el conocimiento que necesitan para ejercitar su prerrogativa democrática efectiva y sabiamente.⁸ Desde esta mirada, la libertad de expresión es necesaria para permitir a los ciudadanos decidir cuáles de sus creencias son falsas y cuáles verdaderas –o, dicho de otro modo, quién es el mejor candidato o qué política pública es la más sólida como para que sea perseguida por la ciudadanía–.

La censura que Mill temía era fundamentalmente social. Alzó su voz contra las sanciones informales que un individuo que hablara con franqueza podía experimentar. El rechazo deliberado era más preocupante que una condena a prisión. Por supuesto, Mill condenaba la supresión estatal, pero la consideraba secundaria como amenaza a la expresión. El Estado no era más que el representante de la sociedad y, en este mundo, una menor amenaza a la libertad personal que la sociedad en sí misma. Las herramientas a disposición del Estado bien pueden ser más severas y brutales que aquéllas con que cuentan los miembros de grupos sociales, o que los instrumentos de la opinión popular como los diarios, las escuelas y las iglesias. Pero desde la perspectiva de la libertad, las sanciones sociales podrían restringirla tanto como aquéllas impuestas por el derecho. En efecto, existían razones para temer especialmente a las sanciones sociales, ya que era probable que ellas fueran más intensas que las ejercidas por el Estado. Así, Mill presentó *Sobre la Libertad* como una protesta contra “el despotismo de la costumbre”. (pág. 112).

Él trató la idea de la sanción social principalmente en el contexto del principio del daño a terceros, más que en el de la libertad de expresión. Estaba preocupado por las fuerzas que compelen a las personas a llevar vidas convencionales. Este aspecto de su discusión de ninguna manera es sorprendente –que las personas deberían ser libres de hacer cualquier cosa que desearan siempre y cuando no dañen a terceros es, al fin y al cabo, el tema principal de *Sobre la Libertad*–. Aún así, ello no distorsiona los propósitos de Mill

8. Véase Owen Fiss, “The Ideal of Political Freedom” en *Looking Back at Law’s Century*, ed. Austin Sarat, Bryant Garth y Robert A. Kagan (New York 2002), págs. 35-59.

consistentes en extender el concepto de censura social también al ámbito de la expresión. Una sanción social puede ser tan restrictiva con respecto a la libertad de hablar como a la de actuar.

Mill era cuidadoso en distinguir la sanción social de las reacciones legítimas por parte de terceros respecto de lo que uno hace o profesa. No pretendía una supresión del criterio. Lejos de ello, Mill insistía: “nosotros mismos tenemos también derecho a obrar de distintas maneras según nuestra desfavorable opinión respecto de otro, sin menoscabo de su individualidad, sino sencillamente en el ejercicio de la nuestra” (pág. 122). Tenemos derecho a rechazar a cualquier persona de quien tengamos una opinión desfavorable y aun de advertir a otros respecto de ella. Él estaba entonces a favor de la opinión, pero en contra de la sanción. Mill reconocía las consecuencias dañosas de estos juicios sobre el individuo inconformista, pero utilizaba la idea de intencionalidad (con todas sus debilidades) para trazar el límite entre aquellos y la sanción o entre la respuesta legítima e ilegítima. Escribió: “de estas varias maneras puede sufrir una persona muy severas penalidades de manos de los demás por faltas que, directamente, sólo a él le conciernen; pero sufre estas penalidades solamente en cuanto son las consecuencias naturales y, por decirlo así, espontáneas de las faltas mismas, no porque le sean deliberadamente infligidas por afán de castigo” (pág. 123).

En su identificación de las sanciones sociales como principal preocupación, por oposición a las sanciones jurídicas formales, la visión de Mill bien podría reflejar el contexto histórico en el que se encontraba –la correcta sociedad de mediados de la época victoriana-. Sus ideas pueden haber sido influenciadas por las particulares circunstancias de su propia vida –específicamente, su relación con Harriet Taylor, una relación, descrita de manera más completa por David Bromwich,* que desafió todas las convenciones establecidas-.⁹ Ambos se conocieron en 1830, cuando Harriet Taylor, esposa de John Taylor, agotada de su matrimonio buscó la compañía de Mill. Durante los siguientes veinte años, Mill y la Sra. Taylor se vieron casi diariamente y a veces hasta viajaron juntos. Todo ello ocurrió con la aquiescencia de Mr. Taylor, quien facilitó la relación y se mantuvo en buenos términos con Mill, pero escandalizó a la sociedad londinense y la relación debió ser mantenida en privado. Mr. Taylor murió en 1849. Mill y la Sra. Taylor respetaron el luto tradicional de dos años y se casaron en 1851. Ella falleció un año antes de la publicación de *Sobre la Libertad*, y con una emotiva dedicatoria, Mill le ofrendó esta profunda protesta en contra de la tiranía de la costumbre.

Al margen de tales contingencias históricas, el énfasis de Mill en la censura social, por oposición a la estatal, podría también derivarse del valor que adscribía a la libertad en el proceso del desarrollo individual. Él consideraba a la libertad de expresión como un medio para examinar la validez de las convenciones establecidas, y por lo tanto necesitaba protegerse de la clase de sanciones que podían establecerse para hacer efectivas tales convenciones. Una teoría de la libertad de expresión que condenara la censura estatal permitiendo al mismo tiempo la censura social, haría poco por dotar al individuo de la

* *N. de la T.*: el autor hace aquí referencia al ensayo de David Bromwich [“A Note on the Life and Thought of John Stuart Mill”] publicado en John Stuart Mill, *On Liberty*, citado *supra*.

9. Véase Phyllis Rose, *Parallel Lives: Five Victorian Marriages* (New York, 1983) págs. 101-40.

libertad necesaria para examinar las doctrinas éticas y los credos religiosos prevalecientes o, de manera más general, determinar la mejor manera de vivir su vida.

La concepción política de la libertad de expresión tiene una orientación diferente. Aunque también valora el debate libre y abierto –lo que Mill describía como “la colisión de opiniones adversas”-, (pág. 118) no pretende promover el entendimiento del individuo sino el del ciudadano democrático. La cuestión que enfrenta el ciudadano no es cómo vivir su vida –la preocupación de Mill– sino cómo lograr que los funcionarios públicos sean sensibles a sus deseos y necesidades. En consecuencia, la preocupación principal consiste en que los funcionarios públicos manipulen o controlen a los ciudadanos y por lo tanto comprometan la soberanía del pueblo, suprimiendo la crítica de las políticas estatales o interfiriendo en la elección de candidatos para la función pública. No es extraño, entonces, que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos esté formulada como una restricción a un poder del gobierno: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, **o que coarte la libertad de palabra o de imprenta...**”*

Esta línea divisora entre la libertad política y personal no siempre se distingue nítidamente. De hecho, se ha desdibujado a medida en que la jurisprudencia ha expandido el reconocimiento de los posibles agentes de censura. En un caso estadounidense muy conocido, resuelto a fines de la década del '40, el juez Hugo Black sostuvo que el Estado tiene un deber constitucional de proteger al “orador de la esquina” de la amenaza de violencia por parte de una persona que pretenda interrumpirlo o silenciarlo.¹⁰ Esta opinión expresada en disidencia luego se convirtió en posición mayoritaria¹¹ y sirvió como fundamento de una amplia variedad de argumentos que se utilizaron para expandir el espectro de las fuerzas, incluso algunas más sociales por naturaleza, susceptibles de amenazar la libertad de expresión.

La opinión de Black denegando a un eventual objetor el derecho a silenciar a otra persona fue utilizada, por ejemplo, para impedir que los dueños de un centro comercial excluyeran a activistas políticos de su propiedad, y para requerir a los medios de comunicación la emisión de puntos de vista que, de otro modo, podrían haber sido omitidos.¹² Aquellos que suscribieron esta posición fueron capaces de satisfacer el requisito técnico-legal de “acción estatal” –ya que la Primera Enmienda consiste en una prohibición dirigida a las agencias estatales– al tratar la inacción estatal como una forma de acción. El Estado restringe la libertad de expresión, sostuvieron, cuando no logra proteger a un orador de quien desea silenciarlo, o del dueño de un centro comercial o de un medio de comunicación.

A medida que los abogados y los tribunales fueron expresando su preocupación constitucional hacia la actividad censora de tales actores privados, una importante

* *N. de la T.*: en el original sólo está transcrita la frase de la Primera Enmienda aquí resaltada.

10. *Feiner v. New York*, 340 U.S. 315 (1951) (disidencia de Black). Véase también en general Harry Kalven, Jr. *The Negro and the First Amendment* (Chicago, 1966).

11. Véase, por ejemplo, *Reno v. ACLU* 521 U.S. 844 (1997).

12. *Amalgamated Food Employers v. Logan Valley Plaza*, 391 U.S. 308. (1968); *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). Véase en general Owen Fiss “The Censorship of Television” en *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, ed. Lee C. Bollinger and Geoffrey Stone (Chicago 2002), págs. 257-83.

distinción práctica entre libertad política y personal empezó a desaparecer. El derecho comenzó a acercarse a la postura de Mill en el sentido de que las restricciones ejercidas por el Estado son cualitativamente equivalentes a aquellas ejercidas por actores privados. En efecto, en su desarrollo sobre el principio del daño a terceros, Mill reconoció explícitamente que en casos excepcionales la inacción es una forma de acción (p. 82). No obstante, una importante diferencia subsiste entre Mill y la dirección del derecho constitucional que he descrito. El reconocimiento de que la censura social equivale a la censura estatal cuando el Estado no logra detener a los actores privados que amenazan a la libertad de expresión, no es lo mismo que la rotunda condena a la censura social. El foco constitucional permanece sobre el Estado. Así, casi todas las formas de censura social continúan fuera del alcance de la Constitución y de los tribunales.

El carácter distintivo de la libertad política, como opuesta a la personal, también se refleja en el espectro de actividades de expresión protegidas. Aunque la Corte Suprema ha sido generosa en el uso de la Primera Enmienda para proteger la expresión, en buena medida ha limitado dicha protección a la expresión pública o política por naturaleza, mientras que Mill no impuso tal restricción a las categorías de expresión protegidas por su principio. La diferencia entre las dos teorías se evidencia en la jurisprudencia sobre calumnias e injurias y en uno de los respaldos más enfáticos que la Corte Suprema ha dado a la idea de libertad política: *New York Times v. Sullivan*.¹³

El caso *Sullivan* surgió durante la era de los derechos civiles de principios de la década del '60, cuando funcionarios de Alabama ganaron una demanda ante una corte estatal en contra del *New York Times* por haber publicado una solicitada que apoyaba a Martin Luther King Jr. y sus seguidores. Titulada “Oíd las Voces Crecientes,” la solicitada, que contenía algunos datos falsos, acusaba a los funcionarios locales de Alabama de haber hostigado a activistas de los derechos civiles. En una opinión arraigada en la idea de que “el debate respecto de los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto”,¹⁴ la Corte Suprema revirtió el fallo de la corte estatal e interpretó que la Primera Enmienda exigía, para hacer lugar a esta pretensión de los funcionarios públicos, que las supuestas falsas afirmaciones sobre los hechos de la solicitada hubieran sido realizadas con “real malicia” -es decir, a sabiendas o con temerario desinterés acerca de su falsedad-.¹⁵ Un error por negligencia no era suficiente.

Los jueces eran totalmente conscientes de la enorme implicancia política que tenía el caso *Sullivan* y basaron su decisión en la premisa de que “el significado central”¹⁶ de la Primera Enmienda era prohibir leyes penales sobre sedición que sancionaran la crítica al gobierno. De acuerdo con ello, la Corte ha sido renuente a extender la contundente protección a la expresión manifestada en *Sullivan* a cuestiones no relacionadas con la política. En casos subsiguientes, por ejemplo, la Corte falló que un individuo, por oposición

13. 376 U.S. 254 (1964).

14. 376 U.S., pág. 270.

15. El juez Brennan, autor del voto de la Corte, citó *Sobre la Libertad* en una nota al pie para apoyar su decisión. La nota dice lo siguiente: “aun una falsa afirmación puede considerarse como idónea para hacer una contribución valiosa al debate público, ya que provoca ‘la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error,’” 376 U.S. en 279 n. 19.

16. 376 U.S. en 273

a un funcionario público, podía obtener reparación judicial por una calumnia aun si el emisor había sido simplemente descuidado respecto de la falsedad de sus afirmaciones.¹⁷ No se exigió real malicia en esos casos.

Varios jueces de la Corte también rechazaron expresamente la aplicación del requerimiento de real malicia ante afirmaciones supuestamente difamatorias que no se relacionaban con la política sino que, en cambio, involucraban un falso informe de un crédito en una empresa de negocios. El juez Powell, hablando por sí y por los jueces Rehnquist y O'Connor, explicó que “no toda expresión tiene la misma importancia a la luz de la Primera Enmienda”. Seguidamente eximió del requerimiento de real malicia por “el reducido valor constitucional de la expresión en casos que no involucran asuntos de interés público”.¹⁸

En ocasiones, categorías completas de expresión –por ejemplo, la publicidad comercial– han sido ubicadas fuera de la protección constitucional por no estar lo suficientemente relacionadas con la política. Una publicidad comercial busca persuadir a su audiencia para que compre algún bien o servicio, y por lo tanto, podría decirse que no se trata de un asunto de interés para el público o la comunidad política organizada. Como resultado, la Corte Suprema, tradicionalmente, ha dejado fuera de la protección de la Primera Enmienda a la publicidad comercial.¹⁹

La Corte rompió con esta tradición a mediados de la década del '70, pero lo hizo en un caso que tenía ramificaciones claramente políticas y públicas. La publicidad en cuestión se relacionaba con la posibilidad de practicar abortos y, por lo tanto, implicaba un reclamo de igualdad de derechos para las mujeres y del principio afirmado en 1973 que permitía a las mujeres decidir sobre su salud reproductiva. La publicidad apareció en 1971 en un diario de Virginia. Instaba a aquellas mujeres que quisieran realizarse un aborto a contactarse con el “Pabellón de Mujeres” en Nueva York “para su ubicación inmediata en hospitales y clínicas acreditadas a bajo costo”. La corte estatal sostuvo que la publicidad era comercial y por lo tanto no estaba protegida por la Primera Enmienda. Sin embargo, la Corte Suprema revocó el fallo.²⁰ La publicidad hacía más que simplemente proponer una transacción comercial; informaba, por ejemplo, que los abortos en ese momento eran legales en New York, lo que, a los ojos de la Corte, constituía un material fáctico de claro interés público. La Corte también declaró, no obstante, que la expresión no está automáticamente despojada de la protección de la Primera Enmienda por el sólo hecho de proponer una transacción comercial o involucrar promociones u ofertas.

Poco después, la Corte amplió su doctrina y utilizó la Primera Enmienda para proteger a los farmacéuticos que publicitaban los precios de medicamentos.²¹ Posteriormente, la protección de la Primera Enmienda se extendió a otra clase de publicidades, incluyendo aquéllas cuya intención era promover ofertas en el gasto de electricidad.²² Para 1996 la doctrina había evolucionado al punto que la Corte Suprema utilizó la Primera Enmienda

17. *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

18. *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenbross Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 758, 761 (1985).

19. *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

20. *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).

21. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 478 (1976).

22. *Central Hudson Gas v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980).

para invalidar una ley de Rhode Island que prohibía publicidad fuera de locales comerciales sobre el precio de bebidas alcohólicas.²³ Dos importantes comerciantes minoristas de bebidas alcohólicas habían desafiado constitucionalmente la ley.

En todos estos casos, los jueces estuvieron categóricamente divididos. Aquellos en contra de utilizar la garantía de la libertad de expresión de la Primera Enmienda para proteger la publicidad recordaron a sus colegas el carácter esencialmente político de la libertad garantizada. Ese grupo fue minoría, pero incluso la mayoría prevaleciente realizó un escrutinio de las regulaciones de ese tipo con un considerable menor esfuerzo o entusiasmo que el aplicado a las regulaciones de expresiones de índole política. Esta diferencia en el grado de escrutinio en sí también refleja la distinción entre las concepciones de carácter político y personal de la libertad de expresión.

Muy probablemente, la voluntad de la mayoría de intervenir no derive tanto de la apreciación del valor del discurso comercial sino más bien del deseo de establecer los límites de la autoridad del Estado, o bien de un escepticismo acerca de los intereses públicos a los que se sirve a través de la prohibición de la publicidad, especialmente si el Estado no tenía, como en el caso del licor, voluntad de prohibir o limitar el producto o la actividad publicitados. Al respecto, la mayoría parece estar menos preocupada por la libertad de expresión que por el tradicional debido proceso sustantivo, el cual, como el principio del daño a terceros de Mill, limita la interferencia del gobierno en la libertad individual, cualquiera sea la expresión involucrada.

En esta disputa respecto de la protección concedida por la Primera Enmienda a la publicidad comercial, Mill no apoya a ninguno de los grupos. Dado que adoptó una concepción personal de la libertad de expresión, el argumento del grupo disidente acerca del carácter apolítico de la publicidad comercial no tendría relevancia para él. Pero también era renuente a defender la protección de la publicidad comercial bajo cualquiera de sus principios, libertad de expresión o daño a terceros. En este tema Mill fue bastante explícito.

Hacia el final de *Sobre la Libertad*, Mill consideró el caso de una persona que aconseja, asesora o instiga a otra a ejecutar un acto que no daña a nadie más que a la persona que ejecuta la acción. Reconoció que estas acciones comunicativas son sociales en la medida en que pueden generar que alguien se dañe a sí mismo, y por lo tanto no están estrictamente comprendidas dentro del ámbito de protección de su principio que garantiza la libertad de cada individuo para realizar lo que desee siempre y cuando no dañe a terceros. No obstante, Mill concluyó que las razones que subyacen a ese principio requieren que estas acciones estén protegidas. Notablemente, él no invocó el principio de la libertad de expresión para arribar a esa conclusión sino que escribió: “si se debe permitir que las gentes obren como mejor les parezca y a su propio riesgo, en aquello que sólo a ellas concierne, deben igualmente ser libres para consultar unas con otras respecto a lo que sea más conveniente hacer, para cambiar opiniones y dar y recibir sugerencias. Todo aquello cuya realización esté permitida debe poder ser aconsejado.” (pág. 149).

Así y todo, Mill consideraba la posibilidad de hacer una excepción a esta regla general en los casos en que “...el instigador deriva de su consejo un beneficio personal...” (pág. 149) y la sociedad cree, justificadamente, que la acción puede dañar a la persona que la

23. 44 *Liquormart v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996).

ejecuta. Mill tenía en claro que el mero riesgo de que el licor fuera utilizado en forma desmedida no es una justificación suficiente para que una ley prohibiera su venta, ya que todo artículo que es comprado o vendido puede ser usado en exceso. Empero, él insistía con que bien podríamos reconocer que "...el interés de estos comerciantes en promover la intemperancia es un mal positivo y justifica que el Estado imponga restricciones..." (pág. 151). Con un desdén considerable hacia la industria de la publicidad, aun la que existía en su época, Mill contemplaba un mundo en el cual las personas deciden realizar acciones referidas a sí mismas "... por su propia determinación, lo más libres que sea posible de las argucias de personas que estimulan sus inclinaciones en interés de sus propósitos personales". (pág. 150).

Por estas razones, parece difícil leer la defensa general de la libertad individual de Mill como un escudo de protección para la publicidad comercial. Lo mismo cabe decir respecto de su principio de libertad de expresión, por su naturaleza tan personal y por estar ligado al proceso de auto-evaluación. Así, *Sobre la Libertad* no brinda ningún apoyo a la mayoría prevaleciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación con este tema.

Por otra parte, la idea de Mill sobre la libertad personal puede conceder protección a otra categoría de expresión –el arte– que ha demostrado ser problemática dentro de un régimen constitucional dedicado, fundamentalmente, a proteger la expresión relacionada con la política. Para encontrar apoyo a la protección del arte en Mill, tendríamos que imaginar una fusión de lo político y lo personal –o, expresado de forma diferente, reconocer que la libertad política también depende de una saludable medida de libertad personal–.

La sociedad norteamericana no ha intentado restringir la producción artística en general; como mucho se ha limitado a regular la venta o distribución de libros, revistas y películas sexualmente provocativos. Tal censura ha sido defendida sobre la base de que una difusión generalizada de material sexualmente explícito aumenta el riesgo de violencia sexual contra las mujeres y puede afectar el patrón normal de desarrollo de los niños al exponerlos a temas sexuales a una edad demasiado temprana. Más recientemente, algunos han defendido la regulación de la pornografía sobre la base de que ella transforma a las mujeres en objetos sexuales y, por lo tanto, contribuye a su subordinación.

En las décadas del '30 y del '40, a medida que la expresión comenzó a ganar una mayor protección en los tribunales, la censura estatal de obras de arte sexualmente explícitas era irrestricta, y aun en casos tales como *Near v. Minnesota* se la consideró incuestionablemente válida. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX, claramente a partir de los años 60, la Corte Suprema rompió con su tradición y empezó a ser cada vez más hostil hacia la censura de obras consideradas obscenas o pornográficas. La Corte no ha negado totalmente el poder estatal de censurar la literatura y el arte sexualmente explícitos, pero en nombre de la libertad de expresión ha establecido límites estrictos a esta competencia particular del censor.

El resultado ha sido un cuerpo de decisiones que parece ser muy firme y admirado como parte de la tradición constitucional de protección de la libertad de expresión²⁴. Es difícil imaginar nuestro derecho sin él. Partiendo, sin embargo, de la premisa de que la Constitución está dedicada a proteger la expresión política, la cuestión acerca de cómo

24. Harry Kalven, Jr. *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, ed. Jaime Kalven (New York 1988) págs. 33-53.

justificar estas decisiones surge naturalmente. La democracia bien puede requerir elecciones periódicas, competencia entre candidatos rivales y un debate libre y abierto sobre los méritos de cada uno de ellos y de su desempeño en el cargo. Pero, ¿exige también que seamos libres de leer *El amante de lady Chatterley*?

Mill defendía la libertad de expresión porque ella permite a las personas evaluar críticamente las convenciones sociales que gobiernan sus vidas. Nos permite cuestionar los dogmas religiosos y los principios éticos prevalecientes. Mill consideraba la libertad de expresión como parte de un proceso de auto-evaluación y concebía ese proceso en términos esencialmente racionalistas. Como tal, estaba menos preocupado por la libertad de expresión que por la “libertad de discusión”, la “libertad de opiniones” y la “libertad de pensamiento.” El arte que no expresa una opinión sino que más bien apela a la imaginación podría encontrar dificultades a la hora de asegurarse un lugar en ese esquema racionalista. Pero una vez que reconocemos la importancia del arte en el desarrollo de la personalidad humana –que tiene un rol crucial, por ejemplo, en el desafío de las convenciones al retratarnos las vidas de otras personas y ayudarnos a experimentarlas– podemos comprender que también el arte puede reclamar protección a la luz del principio de libertad de expresión de Mill. Lo que estaría protegido según ese principio no es el acto de creación artística –la expresión del artista– sino más bien la libertad de observar y experimentar el arte, el cual, al igual que el debate libre y abierto sobre religión y ética, es esencial para la evaluación crítica de las convenciones y por lo tanto para el pleno desarrollo de la personalidad humana.

Esta adaptación de la teoría de Mill es más bien menor y por lo tanto es posible entender fácilmente por qué una concepción personal de la libertad protegería el arte. Sin embargo, para incluir el arte dentro del ámbito de protección del principio de la libertad de expresión concebido en términos políticos, es necesario avanzar un paso más y además reconocer que el funcionamiento saludable del sistema democrático depende de una ciudadanía independiente, crítica e imaginativa. En otras palabras, una democracia viva requiere la clase de individualidad que Mill buscó proteger. Los ciudadanos no sólo necesitan escuchar argumentos relacionados con los asuntos públicos, sino que también deben ser capaces de evaluarlos. La democracia es una forma de auto-gobierno y por lo tanto requiere de ciudadanos capaces de gobernarse a sí mismos.

En 1948 Alexander Meiklejohn, también filósofo, publicó una serie de discursos que había dictado anteriormente en la Universidad de Chicago. El libro fue titulado *Free Speech and Its Relation to Self –Government*.²⁵ [*N. de la T.: La Libertad de Expresión y su Relación con el Autogobierno*] En él, Meiklejohn presentó una teoría de la libertad política tan osada y demandante como la teoría de Mill sobre la libertad personal. En las décadas siguientes, a medida que la Corte restringía la cruzada anticomunista encabezada por el Senador Joseph McCarthy, protegía a los activistas de los derechos civiles y limitaba la censura del arte, el trabajo de Meiklejohn se tornó cada vez más importante como clave para entender la doctrina constitucional, incluyendo casos tales como *New York Times v. Sullivan*.²⁶

25. Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self –Government* (New York, 1948), reimpresso como Alexander Meiklejohn *Political Freedom: The Constitutional Power of People* (Wetsport, Conn., 1965).

26. Véase, por ejemplo, William J. Brennan, Jr. “The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment” *Harvard Law Review* 79 (1965); 1-20. Como ya se advirtió, el Juez Brennan escribió el voto mayoritario en *New York Times v. Sullivan*.

Meiklejohn comprendió que la libertad de expresión es funcional a la democracia al mantener la vitalidad del debate público, pero acertadamente percibió que el bienestar de la democracia también depende de la capacidad de los individuos de evaluar aquello que se les dice. Captó la conexión entre la libertad personal y la política. En consecuencia, aunque Meiklejohn creía que la función de la libertad de expresión es mejorar la percepción por parte del sistema político de las necesidades e intereses de los ciudadanos, defendió el esfuerzo de la Corte por detener la censura del arte sobre la base de que la libertad política requiere independencia de criterio, y por lo tanto la libertad que Mill valoraba. Como dijo Meiklejohn en 1961, justo cuando la doctrina de la Corte Suprema sobre la obscenidad iba tomando forma, “como profesor creo que la gente necesita novelas, dramas, pinturas y poesía, ‘porque van a ser llamados a votar’”.²⁷

Algunos de los que, como Meiklejohn, consideraron a la Primera Enmienda como una protección a la libertad política rechazaron esta línea de razonamiento. El ejemplo más notable es Robert Bork. En su famoso artículo publicado en 1971 en el *Indiana Law Journal*, Bork sostuvo que si la Primera Enmienda requiriera la protección del arte con el fundamento de que la libertad política depende de la personal, ello conduciría a una “estampida analógica” que virtualmente tornaría ilimitado el alcance de esa Enmienda. En consecuencia, Bork insistió en la fuerte conexión entre el contenido político y la expresión adecuadamente protegida por la Primera Enmienda: sólo la expresión que estuviera explícitamente referida al gobierno, tal como la crítica a un candidato o el apoyo de una política de gobierno por sobre otra, estaría protegida. Tal principio, por supuesto, dejaría fuera del ámbito de protección de la Primera Enmienda a prácticamente la totalidad del arte y por lo tanto jaquearía el cuerpo normativo a través del cual la doctrina de la Corte Suprema ha establecido límites a la capacidad del Estado para censurar la literatura y las películas sexualmente explícitas.

Todas las consecuencias de la posición sostenida por Bork se hicieron evidentes en 1987, cuando fue propuesto como juez de la Corte Suprema. Luego de un prolongado y áspero debate, el Senado rechazó su nominación. Esta decisión se debió a muchos factores, incluyendo la política partidaria, como también los puntos de vista de Bork respecto de varias cuestiones no relacionadas con su postura frente al arte. (En el mismo artículo de 1971, por ejemplo, Bork criticó la doctrina de la privacidad que más tarde llevó a la Corte Suprema a invalidar leyes que criminalizaban el aborto. Incluso antes de ello, argumentó en contra de la promulgación de la ley de derechos civiles de 1964). Pero las críticas de Bork a las decisiones de la Corte Suprema que limitaban la censura de la obscenidad también jugaron un rol importante en la oposición hacia él, y podemos por lo tanto detectar en el rechazo de su nominación, como así también en la evolución y en la deliberada perseverancia de la propia doctrina judicial, un reconocimiento público del punto de vista según el cual la libertad política se apoya en la clase de libertad personal que hace a la esencia de *Sobre la Libertad*. Esto no equivale a reclamar una prioridad de un tipo de libertad por sobre la otra en alguna escala metafísica, sino sólo a recalcar su

27. Alexander Meiklejohn, “The First Amendment is an Absolute”, *Supreme Court Review* (1961): 263 (con cita a Harry Kalven, Jr. “Metaphysics of the Law of Obscenity”, *1960 Supreme Court Review*, p. 16).

interdependencia. Si Mill no hubiera escrito su ensayo bajo las condiciones políticas que dio por sentadas, seguramente habría reconocido que la libertad personal, tan esencial para la individualidad, depende de la libertad contra la opresión del Estado.

La apreciación de las conexiones entre la libertad política y la libertad personal hace inteligible y consolida una importante rama de la doctrina sobre la Primera Enmienda. Sin embargo, deja dos desafíos para el abogado constitucionalista. El primero es aquél planteado por Bork –frenar la “estampida analógica” que bien podría ocurrir de utilizar la Primera Enmienda para proteger al arte-. En las próximas décadas debemos formular principios que distingan el arte de las múltiples actividades, algunas de carácter comunicativo, que pueden ser esenciales para el desarrollo personal pero que, en principio, parecen ubicarse fuera del ámbito de protección de la Primera Enmienda ¿El empleo? ¿La educación? ¿La danza?

El segundo desafío nace del énfasis puesto por Mill en la censura social, distinta de la estatal y, como ya he dicho, derivada de su concepción personal de la libertad. Reconocer la dependencia de la libertad política de la personal bien puede haber permitido a la Corte Suprema ser firme en su protección al arte, pero debe tenerse en cuenta que la Corte ha restringido el alcance de esa protección, aplicándola sólo frente a supuestos en los que la amenaza de censura proviene del Estado. Para Mill, tal protección contra la “tiranía del magistrado” no habría sido suficiente; “se necesita también protección”, sostuvo, “contra la tiranía de la opinión y sentimiento prevalecientes...” (págs. 31 y 32).

Aunque, en gran medida, la tiranía de la costumbre que Mill temía ciertamente ha disminuido desde la época en que él escribió, persiste la necesidad de desarrollar ciudadanos audaces e independientes, y por lo tanto de defender y proteger la individualidad. Empero, para satisfacer esta necesidad tendremos que confrontar nuevamente el dilema planteado por el hecho de que la garantía constitucional de la libertad de expresión constituye una protección contra la censura estatal. Es cierto que la doctrina que deniega al objetor un derecho a silenciar “al orador de la esquina” enseña de qué manera esta limitación puede ser eludida considerándola como un asunto puramente técnico, en la medida en que la inacción del Estado pueda ser calificada como una forma de acción. Pero el tema es más sustantivo que técnico. La Primera Enmienda puede ser extendida de esta manera sólo en raras y excepcionales ocasiones, todavía a ser definidas, pues de lo contrario subvertiríamos la propia estructura del derecho, la cual deriva del carácter político de la libertad allí garantizada.

