

Conferencia del Profesor Owen Fiss en la Universidad de Palermo

A continuación se reproduce el texto de la conferencia pronunciada por el Profesor Owen Fiss, en ocasión de recibir el Doctorado Honoris Causa por parte de la Universidad de Palermo, en la ciudad de Buenos Aires, el 30 de junio de 2008.

El Profesor Fiss es Sterling Professor of Law de la Universidad de Yale. Estudió en las universidades de Dartmouth, Oxford y Harvard. Fue relator del juez Thurgood Marshall (cuando Marshall era juez del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos), y luego del juez de la Corte Suprema William J. Brennan, Jr. También trabajó para la División de Derechos Civiles [Civil Rights Division] del Departamento de Justicia. Antes de incorporarse como profesor en Yale, enseñó en la Universidad de Chicago. Es especialista en libertad de expresión, derecho constitucional, teoría legal y derecho procesal.

Su profusa producción académica incluye The Irony of Free Speech [hay versión en castellano: La ironía de la libertad de expresión, Barcelona. Gedisa. 1999]; Liberalism Divided; Troubled Beginnings of the Modern State; A Community of Equals; A Way Out/ America's Ghettos and the Legacy of Racism, y The Law as it Could Be.

La Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, por su parte, ha publicado varios artículos suyos: “La teoría política de las acciones de clase” (Año 1, Número 1, páginas 5-12); “Contra el acuerdo extrajudicial” (Año 3, Número 1, páginas 59-70), y “Una libertad tanto personal como política” (Año 6, Número 1, páginas 39-53).

Palabras introductorias del Profesor Roberto Saba

Recibir el título de Doctor Honoris Causa de una Universidad, imagino, pues obviamente nunca me sucedió y dudo que me suceda, debe ser razón de inmenso orgullo y placer personal por parte de quien lo recibe. Es una muestra de reconocimiento a una trayectoria y a los logros alcanzados en muchos años de trabajo duro y de alta calidad académica.

Sin embargo, dar este Diploma al Profesor Owen Fiss es para la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y para los profesores que trabajamos en ella, la causa de *nuestro* inmenso orgullo y placer. Un privilegio inmenso por el que nosotros nos sentimos agradecidos al propio Owen Fiss que nos da la oportunidad de usar este diploma como vehículo para expresarle lo afortunados que nos sentimos de haberlo conocido y de haber trabajado y continuar haciéndolo con él.

Decir una pocas palabras en esta ocasión también es un privilegio para mí. Privilegio que claramente no merezco, pues estoy seguro de que muchas otras personas en esta sala lo harían mejor que yo y sobre la base de excelentes razones. Sin embargo, mis colegas y amigos de esta Facultad conspiraron eficientemente para lograr ponerme en este lugar. Nunca la víctima de una conspiración sintió tanta satisfacción como siento yo en este instante.

Es tradición en este tipo de presentaciones que se explique y justifique por qué la persona que recibe el Doctorado Honoris Causa es merecedora de él.

Pero cuando me preguntaba si esto era necesario en el caso de Owen Fiss y frente a esta selecta audiencia que lo conoce bien, me respondía a mismo que no, que nada sería más superfluo que esa explicación. Sin embargo, honrar las tradiciones es algo que valoro, Owen lo sabe bien, y diré brevemente por qué el Profesor Owen Fiss es merecedor de éste título de Doctor Honoris Causa que la Universidad de Palermo le entrega.

Owen Fiss nació en el Bronx hace algunos años. Comenzó su formación académica en el Dartmouth College. Continuó su educación filosófica en la Universidad de Oxford, y recibió entrenamiento jurídico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. En esta última facultad cuyo nombre no me animo a repetir en una sala repleta de graduados de Yale, se graduó Magna Cum Laude.

En los complicados años 60 tuvo la suerte de trabajar junto a Thurgood Marshall cuando éste era Juez de Apelaciones del Segundo Circuito, y luego se sumó al equipo del Juez de la Corte Suprema William Brennan. Siempre me pregunté si Marshall y Brennan lo buscaron a Owen o si Owen los buscó a ellos, pero es claro que de esas asociaciones no podía salir nada que no fuera muy bueno.

Hacia el final de esa misma década de los 60s, y con las obvias implicancias que todos ustedes conocen, Owen estuvo a cargo la División de Derechos Civiles del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos realizando aportes significativos en un momento complejo de la historia política y social de ese país.

En 1986 inició su carrera académica como Profesor de la Universidad de Chicago, y en 1974 se mudó a New Haven, donde se convirtió en Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale (allí fue *Alexander M. Bickel Professor of Public Law* entre 1982 y 1992 y *Sterling Professor of Law* desde 1992 hasta el presente).

Su obra sobre derecho procesal, derecho constitucional, decisión judicial, interpretación del derecho, justicia distributiva, igualdad y libertad de expresión ha tenido un impacto enorme en su país y en todos los países donde se conoce su trabajo, como es el caso de Argentina.

Por todas estas razones y muchas más, es claro por qué Owen Fiss merece este título honorífico y todos entienden ahora mejor que antes por qué mi duda acerca de si era necesario hacer lo que acabo de hacer.

Sin embargo, sí me parece necesario decir por qué nuestra Facultad de Derecho y aquellos que trabajamos en ella tanto ahora como en el pasado reciente, creemos que hay razones particulares para que esta institución sienta que tiene una obligación moral de manifestar su agradecimiento a Owen por medio de este reconocimiento.

Como algunos de ustedes saben, yo me siento fuertemente atraído por las teorías constructivistas de Ronald Dworkin y Carlos Nino. La idea de que existen objetos que se construyen colectivamente a lo largo de generaciones me ha poseído, y creo que la integridad es una cualidad que alcanza no sólo al derecho, sino a muchas creaciones humanas que requieren de la acumulación de aportes individuales para tomar forma y adquirir identidad.

Estoy convencido de que hay proyectos que sólo cobran sentido, como en el caso de la novela encadenada de Dworkin o de la catedral medieval de la metáfora constructivista de Nino, cuando cada autor o cada constructor, en su momento histórico, en su turno, realiza su aporte a esa construcción colectiva sabiéndose parte de una empresa conjunta y de largo plazo que debe preservar su identidad. Nuestro paso por estos proyectos, en principio y a menos que no haya opción, no debería ser nunca re-fundacional, sino que existe un deber de intentar preservar lo valioso de lo construido hasta el momento con miras a continuar con esa construcción. Cada aporte individual o grupal no debería ser otra cosa que una contribución a la integridad de la novela o de la catedral.

Nuestro trabajo en esta facultad es sin duda un proyecto colectivo que empezó hace catorce años. Hay aquí presentes al menos tres generaciones de profesores y alumnos que estuvieron o están involucrados en él. Profesores y profesoras que fueron alumnos y alumnas de docentes y que hoy también enseñan en esta casa. Profesores y profesoras que pasaron por nuestras aulas como estudiantes. Docentes que, como corresponde, siguen siendo estudiantes. Estas tres generaciones han hecho y continúan haciendo aportes para la construcción colectiva de un proyecto académico. Algunos han hecho su aporte en el pasado, otros lo están haciendo en el presente y otros se preparan para hacerlo en el futuro. Todas las personas que han contribuido a este proyecto forman parte de una misma comunidad académica que aún se reúne como en una especie de acto ritual una vez al año en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, el SELA, que acaba de culminar su 14ava edición en Buenos Aires, empresa de la que también hago responsable a Owen.

Toda novela, sin embargo, tiene un primer capítulo y toda catedral tiene cimientos. Todo proyecto constitucional tiene padres y/o madres fundadoras. Toda construcción intergeneracional empieza en un creativo momento revolucionario que luego se consolida con el trabajo duro pero gratificante de la construcción cotidiana. Desde mi punto de vista, el proyecto académico que impulsamos en esta facultad en 1994 y que empezó a gestarse un par de años antes en el Centro de Estudios Institucionales que dirigía Carlos Nino, y del

que tuve el honor de ser junto con Martín Böhmer un testigo privilegiado, también tuvo su momento revolucionario, su primer capítulo, sus cimientos y sus padres fundadores.

Estoy seguro que todos y todas los aquí presentes coincidirán conmigo en que Owen Fiss y Carlos Nino son los máximos responsables de haber puesto en marcha esta construcción colectiva que ya promedia su segunda década.

En nombre de los que trabajamos y trabajaron en este proyecto, en nombre del padre fundador que hoy ya no está físicamente con nosotros, en nombre de mis colegas, amigos y amigas que hicieron un aporte increíblemente significativo y que han seguido con sus brillantes carreras en otras geografías o instituciones, en nombre de los que estamos involucrados en esta empresa y en nombre de los que se siguen y seguirán sumando a ella, quiero expresar a Owen nuestro agradecimiento por el privilegio que significa para nosotros poder darle este título de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Palermo.

Muchas gracias.

Las dos caras del Estado

Owen Fiss*

La democracia es un sistema que confiere el poder último de gobierno a ciudadanos individuales. Como se evidencia a partir de la regla que requiere la extensión del sufragio universal y la regla que exige una persona un voto, gran parte del atractivo de la democracia reside en la exaltación del principio que proclama la igualdad moral de los ciudadanos: se presupone que las opiniones de una persona merecen tanto respeto como las de cualquier otra.

Este postulado incomoda a muchos porque sabemos que ciertas personas están, a decir verdad, mejor calificadas que otras para ejercer el poder de gobierno. Son más inteligentes, están mejor informadas, son más conscientes del mundo que las rodea y mucho más capaces de ejercer un sabio juicio. Este hecho ha causado que algunos le den la espalda por completo a la democracia. Otros han respondido buscando asignar el derecho al voto según criterios que examinan la conciencia cívica y el alfabetismo.

Aunque los estadounidenses hemos probado esta última alternativa en varios momentos de nuestra historia, la hemos rechazado posteriormente, en gran medida porque ella fue utilizada de manera injusta para negarle el derecho al voto a grupos desaventajados. Nuestra estrategia actual es más inclusiva: intentamos expandir el conocimiento y entendimiento de todos los ciudadanos para asegurarnos de que todos estén capacitados para ejercer el poder de gobierno de una manera sabia e inteligente.

Esta, creo, es una de las funciones centrales de un sistema de educación formal y una razón importante por la cual, en los Estados Unidos, la educación primaria y secundaria son obligatorias. El propósito del sistema de educación formal no es meramente dotar a los individuos de las herramientas necesarias para hacerlos totalmente productivos, y volverlos miembros sociables de la sociedad. El sistema –y tal vez de manera más importante– está diseñado también para permitirnos a todos cumplir apropiadamente con los deberes de la ciudadanía. De esta manera, la educación obligatoria le da contenido a la premisa igualitaria que subyace a la democracia.

El sistema de educación formal de los Estados Unidos, con sus componentes tanto públicos como privados, es vasto y abundante. A decir verdad, es uno de los tesoros más preciados de nuestra nación. Pero no es ilimitado. Aunque algunos ciudadanos continúan su educación formal ya entrados en la adultez, para la mayoría ella concluye en su adolescencia tardía. Para ese momento, resulta justo suponer que las bases apropiadas ya han sido establecidas. Sin embargo, la democracia requiere que el proceso educativo continúe; los ciudadanos tienen que poder actualizar y reevaluar su conocimiento a medida que el mundo circundante cambia y se enfrentan a nuevas situaciones. Una democracia que funciona bien no sólo depende de un sistema de educación formal sino también de un continuo sistema de educación informal.

* Traducido por María Cecilia Garibotti.

El sistema de educación informal tiene muchos componentes –películas, libros, revistas de opinión, carteleras– pero el componente principal son los medios masivos de comunicación, como los diarios, la radio y la televisión. Los ciudadanos dependen de los medios masivos de comunicación para informarse acerca de la actualidad de los asuntos políticos y el mundo que los rodea.

Estos días, nosotros, en los Estados Unidos, tendemos a dar a los medios por sentado, y prodigamos gran atención a la tecnología comunicativa recientemente introducida por la computadora personal y la red informacional (*informational network*), la Internet, creada por medio de vincular a las computadoras entre ellas. Una de estas tecnologías de la comunicación es el correo electrónico. Como el teléfono, aunque ahora en la forma escrita, el correo electrónico hace que las distancias geográficas pierdan sentido y, de esa manera, realza la habilidad de los individuos para interactuar y para aprender el uno del otro. Otra tecnología comunicativa basada en la computadora, la *World Wide Web*, también juega un rol enorme en el sistema de educación informal. Les da a los ciudadanos acceso directo e inmediato a vastas fuentes de conocimiento. Información que alguna vez estuvo guardada dentro de las bibliotecas académicas más importantes del mundo de repente se ha vuelto disponible por medio de la red a todo ciudadano que tenga acceso a una computadora personal y aprenda cómo usarla.

Estos medios de comunicación basados en la computadora, y los otros que puedan surgir, harán sin duda que los ciudadanos sean menos dependientes de los medios masivos de comunicación como fuente de información. Debemos, sin embargo, tener cuidado de no sobreestimar el valor de la revolución digital para la democracia e ignorar a los medios masivos de comunicación.

Por un lado, estas nuevas tecnologías se encuentran acotadas por lo que conocemos como “brecha digital”. El acceso a los medios de comunicación basados en la computadora sigue siendo limitado, y esta limitación varía dentro de distintos grupos definidos en términos de ingresos, grupo étnico y, ¡ay!, edad. El acceso a los medios que cobran a los televidentes y lectores individuales una suscripción –por ejemplo la televisión por cable o los diarios– puede estar sujeto a limitaciones basadas en los ingresos, y estos medios pueden estar sujetos a su propia brecha, pero no sucede así con la televisión de aire y la radio, que son sustentadas por la publicidad y por ende son gratis para el público.

En segundo lugar, la pasividad natural de la mayoría de los ciudadanos limita el rol de las tecnologías basadas en la computadora en el sistema de educación informal. La Internet y la Red contienen grandes cantidades de información, pero ella solamente va a llegar a los ciudadanos si buscan esa información activamente. Los diarios pueden tener esta misma característica, pero la radio y la televisión de aire informan hasta a los ciudadanos pasivos. Todo lo que se precisa es apretar el botón.

Tercero, estos modos de comunicación informática están altamente individualizados. Los ciudadanos utilizan las computadoras para dedicarse individualmente a lo que les interesa y también para comunicarse con aquellos que ya conocen o desean conocer. Los *chats* o las redes sociales como YouTube o Facebook realzan fuertemente la capacidad individual para armar redes (*networking*), pero incluso éstos no tienen la capacidad de los diarios o de las emisoras de los canales de aire para definir la agenda pública o determinar el debate público. Con la televisión de aire, por ejemplo, millones de familias miran el

mismo programa o el mismo noticiero, generalmente al mismo tiempo, y de esa manera crean entendimientos compartidos.

Dado el rol clave de los medios en nuestro sistema de educación informal, es esencial que los protejamos de amenazas que puedan afectar su capacidad de proveer a los ciudadanos la información y variedad de opiniones que los facultarán para formar sus preferencias y ejercer sus elecciones de una manera inteligente y reflexiva. La amenaza más familiar es la “censura estatal”, que consiste en el intento por parte de actores gubernamentales de limitar, directa o indirectamente, la información y la variedad de opiniones disponibles para el público.

A veces el Ejecutivo es la fuerza motora que se encuentra detrás de esta censura. Un ejemplo famoso es el intento del presidente Nixon por evitar la publicación de los Papeles del Pentágono, un elaborado estudio del proceso de toma de decisiones del Departamento de Defensa con respecto a la guerra de Vietnam, en el *New York Times* y el *Washington Post*.• El accionar del Ejecutivo también puede tomar una forma más sutil. Un ejemplo de ello se dio cuando el presidente Nixon, a principios de los 70, intentó que la Comisión Federal de Comunicaciones les quitara las licencias de radiodifusión a aquellos que se atrevían a criticarlo.

El peligro de la censura estatal no se limita al accionar del Ejecutivo. Las legislaturas también se encuentran involucradas cuando, por ejemplo, promulgan leyes amplias e ilimitadas que permiten a los funcionarios públicos demandar a los medios por difamación. El largo brazo del censor estatal también se puede encontrar en las leyes penales que criminalizan la publicación o emisión de material sexualmente explícito. Debido a que la libertad política depende en gran medida de la libertad cultural, ese tipo de regulación de la obscenidad o de la decencia plantea una importante amenaza para los valores democráticos, aunque menor a cuando el material censurado se relaciona, como en el caso de los Papeles del Pentágono, directamente a políticas públicas o, como en el caso de las leyes de difamación, al desempeño de funcionarios públicos.

Algunos medios masivos dependen para su existencia de la provisión de subsidios por parte del gobierno, y esta dependencia crea la posibilidad de nuevas y sutiles formas de censura estatal. En los Estados Unidos, esa dependencia puede encontrarse en la televisión pública o en la radio. En la Argentina los diarios cuentan con los ingresos que provienen de la publicidad oficial. Quitar los subsidios de aquellos que se atreven a desafiar al gobierno puede ser tan efectivo para silenciar una crítica como una persecución penal.

En la mayoría de las democracias actuales, sin embargo, los medios son privados, y generan la mayor parte de sus ingresos no del Estado, sino de anunciantes de empresas. Esto disminuye el peligro de la censura estatal, pero crea otro peligro, lo que llamo censura empresarial (“*managerial censorship*”). La censura empresarial surge cuando los editores, publicistas, o dueños de un diario, televisión o estación de radio, respondiendo a la presión económica, más que al gobierno, no cubren temas de importancia pública de manera justa e imparcial y, entonces, fracasan en cumplir con sus deberes democráticos.

• *N. de la T.: la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo un rol fundamental en la cuestión en la causa New York Times Co. v. United States 403 US 713 (1971), en la que dejó sin efecto un mandato judicial (injunction) que había adoptado una corte federal a pedido del Procurador General de Nixon, impidiendo la publicación de los Papeles del Pentágono que intentaba realizar el New York Times.*

Los peligros de la censura empresarial no están basados de manera alguna en las alegaciones que tan a menudo oímos de que los medios son monopolícos. El peligro se encuentra presente incluso para los medios que operan dentro de un mercado totalmente competitivo. Obligados a maximizar sus beneficios, los diarios privados, la televisión y las estaciones de diario intentarán minimizar costos y maximizar ingresos. Y como todo educador profesional sabe, no hay ninguna garantía o incluso probabilidad de que la cobertura y los programas que aquellos determinantes económicos producirán coincidan con lo que la democracia requiere. Siempre está presente el riesgo de que para ampliar el número de televidentes o lectores, los editores dejen de cubrir asuntos públicos urgentes para publicar material entretenido. Los gerentes (*managers*) de los medios pueden exigir no publicar artículos o que no se emitan programas sobre asuntos controversiales que pudieran llegar a alienar a televidentes o lectores. También podrían dudar de hacer las inversiones necesarias para un reportaje y análisis profundo. Podemos suponer con confianza que los mercados asignan recursos de manera eficiente, pero al mismo tiempo reconocer que funcionan como una estructura restrictiva, que puede evitar que los medios con dueños privados jueguen su verdadero rol en el sistema de educación informal.

Las fuerzas del mercado pueden ser templadas por el surgimiento de normas profesionales que enfatizan la misión democrática, frente a la empresarial, de la prensa. Estas normas pueden ser promovidas por varias instituciones sociales, incluyendo las escuelas de periodismo, pero incluso esto es improbable que sea suficiente. A veces necesitaremos al Estado para implementar estas normas, ya que sólo éste tiene los recursos y la capacidad necesaria para contrarrestar las fuerzas restrictivas del mercado. Y por ende nos encontramos con un giro extraño. En el contexto de la censura estatal, el Estado es el enemigo de la libertad. No obstante, cuando nos enfrentamos a la censura empresarial, vemos al Estado como a un amigo de la libertad, tal como lo hacemos en el sistema de educación formal.

Los medios a través de los cuales el Estado puede cumplir esta función son diversos y varían entre sociedades. En los Estados Unidos, por ejemplo, el Congreso tiene actualmente bajo su consideración una medida que prohibiría a los dueños de diarios adquirir estaciones de televisión y de radio que operen en el mismo mercado. Bajo la ahora en desuso *Fairness Doctrine*,• los presentadores estaban expresamente obligados a cubrir temas de interés público, y a hacerlo de una manera balanceada. La Ley de Televisión por Cable de 1992 exige a los operadores de cable que destinen una cantidad de canales para transportar emisoras de aire, como una manera de preservar la televisión de aire para aquellos que puedan no tener acceso al cable.•• Algunos estados han exigido a los diarios que den

• N. de la T.: la 'Fairness Doctrine' [Doctrina de la Equidad -o Imparcialidad-] fue creada por la Comisión Federal de Comunicaciones (Federal Communications Commission, conocida como FCC) como desarrollo del mandato legislativo de regular las emisoras en beneficio del interés público, exigiéndoles que cubrieran temas de importancia pública y que lo hicieran de manera equilibrada, presentando todos los puntos de vista de un asunto. La FCC revocó lo decidido en un precedente de la Corte Suprema -Red Lion- que había convalidado ese criterio y sostuvo que la 'Fairness Doctrine' era inconstitucional. La validez de esta decisión fue luego confirmada por una sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (Fiss, La ironía de la libertad de expresión, pág. 79 y sigtes).

•• N. de la T.: se trata de la Ley de Protección de la Competencia y el Consumidor de Televisión por Cable de 1992 (Cable Television Consumer Protection and Competition Act). La cláusula a la que se refiere Fiss fue considerada constitucional por la Corte Suprema de los Estados Unidos en los fallos *Turner Broadcasting System, Inc. et al. v. Federal Communications Commission et al.* 512 US 622 (1994) y 520 US 180 (1997) e impone a las compañías de cable la obligación legal de transmitir los programas de emisoras comerciales y públicas locales.

acceso a quienes han sido atacados por ellos. Una medida aun más conocida es la ley federal que exige a las estaciones de televisión que provean a los candidatos para altos cargos en el gobierno un amplio espacio al aire.

Algunas de estas medidas han sido más efectivas que otras. La mayor ironía es que todas han sido desafiadas como una violación a la libertad de expresión. Algunos de estos desafíos invocan el ideal de la autonomía editorial, que ha sido forjado a partir de los esfuerzos por constreñir la censura estatal. A decir verdad, cualquiera de los esfuerzos por parte del Estado por combatir la censura empresarial va a restringir la autonomía editorial, pero lo que estos críticos no logran entender es que la autonomía de los medios –en oposición a la del orador individual– tiene sólo un valor instrumental. Le concedemos autonomía editorial a los medios para permitirles cumplir sus funciones dentro del sistema de educación informal. Cuando, sin embargo, hay razón para creer que los empresarios de los medios, en respuesta a presiones del mercado, han fallado en cumplir apropiadamente con sus deberes democráticos (por ejemplo, rehusándose consistentemente a pasar programas sobre los peligros de la energía nuclear por el miedo de perder a uno de sus grandes avisadores), la decisión estatal de dejar de lado el juicio empresarial profundizaría, en vez de afectar, el propósito democrático del principio de libertad de expresión. En lugar de limitar la capacidad ciudadana para la autoderminación colectiva, la acción estatal la mejoraría.

Un desafío aun más importante a la acción estatal que busca limitar la censura empresarial surge del hecho de que los medios operan bajo condiciones de escasez y, por lo tanto, se enfrentan a la dinámica del desplazamiento, es decir, un artículo o programa necesariamente desplazará a otro. Exigirle a un programador que provea tiempo de aire para un candidato necesariamente desplazará el programa que el operador de otra manera iba a transmitir en ese momento. Exigirle a un diario que provea espacio para responder a un ataque personal obligará a quitar otras notas de la página. Requerir a los operadores de cable que reserven un número de canales para programas de aire impedirá que transmitan otros programas en esos mismos canales. Todos estos desplazamientos pueden ser concebidos como una derrota de la expresión, como una interferencia respecto de los intereses expresivos de quienes resultan ser los gerentes (*managers*) de los medios; se les está impidiendo decir lo que quieren. Sin embargo, la importancia de esa interferencia está por verse.

La libertad de expresión nunca ha sido una garantía absoluta de los intereses expresivos de los medios o de alguien más. La Constitución permite interferencias estatales con la expresión, siempre que el propósito detrás de estas regulaciones sea convincente y que el Estado haya utilizado los medios menos restrictivos para lograr dicho fin. La ley prohíbe restricciones a “la libertad de expresión”[•], pero esa regla no debería ser entendida como una garantía de la acción imaginada por un individuo, digamos el orador de una esquina, sino más bien como la necesidad de que la regulación estatal que interfiere con acciones comunicativas sea justificada con un cierto grado de exigencia. A veces el Estado trata de justificar su interferencia con los medios invocando razones como la seguridad nacional o el orden público. En esos casos

• N. de la T.: el texto se refiere a la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos, que dispone que “El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo el libre ejercicio de dichas actividades; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios.”

tendemos a confiar en la predisposición liberal tradicional contra la regulación estatal, para desestimar estas razones y afirmar que la interferencia con la expresión no se encuentra justificada. No podemos utilizar esa suposición, sin embargo, cuando el Estado apunta a combatir la censura empresarial, porque la justificación para ese tipo de regulación es en sí misma el conjunto de valores democráticos que subyace al principio de la libertad de expresión.

En esos casos, la libertad de expresión aparece en ambos lados de la ecuación, como el valor amenazado y el valor promovido por la regulación estatal. Esta estructura inusual de justificación puede llevar, como el juez Breyer recientemente ha sugerido en un caso sobre financiamiento de campaña electoral,[•] a añadir un requisito de proporcionalidad: no sólo el propósito del Estado debe ser apremiante y los medios elegidos para lograr ese fin estrechamente diseñados, sino que los beneficios para la expresión deben ser tan grandes como para justificar cualquier perjuicio a la expresión que pueda ocurrir. Pero el Estado de ninguna manera debería ser inhabilitado para intentar proteger la democracia y el sistema de educación informal sobre el que se mantiene.

El desafío que plantea el concepto de censura empresarial no es solamente teórico. Es también práctico y político. El Estado puede afirmar que es un amigo de la libertad cuando en realidad es un enemigo. El riesgo siempre está presente –no sólo en Argentina sino también en los Estados Unidos– de que en nombre de mejorar la misión democrática de la prensa, el Estado o aquellos que actúan en su nombre puedan en realidad estar silenciando críticas, o evitando que información vital acerca de la administración y de sus políticas llegue al público.

La carga de resolver estas cuestiones recae sobre el poder judicial. Éste debe decidir si el Estado está actuando como un amigo o un enemigo de la libertad. Ese tipo de juicio no debe resultar de una atribución de intenciones, sino más bien de una concienzuda evaluación acerca de las consecuencias de la acción estatal. Puede ser que la acción estatal limite la autonomía de la prensa y resulte en desplazamiento. A pesar de esto, ella puede ser convalidada si, y solo si, los tribunales concluyen tras una profunda reflexión que la regulación, tanto como las decisiones en el sistema de educación formal, aumenta el horizonte de los ciudadanos y les da los fundamentos necesarios para el autogobierno.

El poder judicial es una institución falible. Estos días, y en este escenario, diría que es una institución muy falible. Sin embargo, apelamos al poder judicial para decidir si el Estado está de hecho actuando como un amigo de la libertad, a raíz de su relativo aislamiento de la política y por su compromiso con la razón pública: la necesidad de justificar públicamente sus decisiones. En el contexto de un caso específico, y sobre las bases de una evidencia sólida, un tribunal debe explicar por qué la acción estatal debería ser vista como una medida justa y apropiada para limitar la censura empresarial. Por supuesto, este tribunal de la razón pública podría cometer un error, pero negarle la propia oportunidad de tomar esa decisión –sobre la base de insistir en que la única amenaza a la libertad de prensa es la censura estatal– sería rendir nuestra libertad al mercado y, en mi opinión, arriesgar nuestro compromiso con la democracia.

• N. de la T.: la referencia corresponde aquí al voto concurrente del juez Breyer –al que adhirió la jueza Ginsburg– en la causa *Nixon v. Shrink Missouri Government Pac* 528 US 377 (2000). La misma postura del juez Breyer se encuentra explicada doctrinariamente en su conferencia "Our Democratic Constitution", brindada en la *New York University Law School* el 22 de octubre de 2001, y en el texto *Active Liberty*, *New York, Alfred Knopf*, 2005 págs. 39 a 55 vinculando la financiación de la campaña electoral con la expresión.