



Escuela de **DERECHO**

Revista Argentina de Teoría Jurídica
Vol. 10, N° 2 (Noviembre de 2009)

LA IGUALDAD Y LA AUTONOMÍA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA PRIMER ENMIENDA *

Michigan Law Review

Mayo, 1997

Liberalismo Dividido: La libertad de expresión y los diversos usos del poder del estado

Por Owen Fiss. Boulder: Westview

Press. 1996. PP. VII, 192.

Robert Post¹

Copyright (c) 1997 Michigan Law Review Association; Robert Post

En la introducción de “Liberalismo Dividido: libertad de expresión y los numerosos usos del poder del Estado”, Owen Fiss² observa que *Brown v. Board of Education*³ promovió una “revolución en el Derecho norteamericano” al “reclamar un espacio para la igualdad tan central como el espacio para la libertad” (p.4). El trabajo de Fiss está conectado de manera inseparable a aquella revolución. Inspirado por el compromiso tomado por la Corte

* Traducción realizada por María Belén Hofmann

¹ Alexander F. & May T. Morrison, Profesor de Derecho, Boalt Hall, Universidad de California en Berkeley A.B. 1969, Harvard; J.D. 1997, Yale; Ph.D. 1980, Harvard. Ed. Muchas gracias a Jack Balkin, Jesse Choper, Meir Dan-Cohen, Stanley Fish, Owen Fiss, Don Herzog, Morry Lipson, Brett McDonnell, Frank Michelman, Paul Mishkin, Scott Powe, Eric Rakowski, Sam Scheffler, Reva Siegal, Jan Vetter y James Weinstein por sus comentarios provechosos.

² Sterling Profesor de Derecho, Universidad de Yale

³ 347 U.S. 483 (1954)

de Warren de cumplir con la promesa de Brown, Fiss produjo un cuerpo de erudición inolvidable que enriqueció profundamente nuestra comprensión de los valores del igualitarismo y del rol de los tribunales en lograr aquellos valores.

A fines de 1980 Fiss comenzó a desviar su atención de la Cláusula de Protección Igualitaria y a concentrarse en la Primera Enmienda (otra posibilidad...comenzó a desviar su atención hacia la Primera Enmienda y alejarla de la Cláusula sobre Protección Igualitaria). “Liberalismo Dividido” compila ensayos que Fiss ha publicado sobre la libertad de expresión durante la última década. Varios de los ensayos son merecidamente famosos e influyentes. Expresan energéticamente la misma sensibilidad igualitaria que ha manifestado Fiss en sus trabajos anteriores. Bajo este aspecto, “Liberalismo Dividido” ejemplifica la colisión entre igualdad y libertad que ha caracterizado tan notablemente a la erudición de la Primera enmienda.

Debo confesar al principio de este artículo que Owen Fiss ha sido por mucho tiempo para mí el prototipo ideal de un Profesor de Derecho. Cuando era estudiante fue mi mentor, y desde entonces he encontrado inspiración en su generosidad, su integridad y en su inteligencia luminosa y envolvente. No obstante, eso no significa que comparto su interpretación sobre la Primera Enmienda. En mi visión, la reciente infiltración de jurisprudencia de la Primera Enmienda sobre la base de un análisis derivado de la doctrina de protección igualitaria ha sido desatinada⁴. Dado el fuerte compromiso que Fiss tiene con este análisis, “Liberalismo Dividido” representa una ocasión perfecta para evaluar algunas de las implicancias de este extensivo desarrollo de los trabajos sobre la Primera Enmienda.

I.

La nueva investigación académica e igualitaria sobre la Primera Enmienda ha desafiado interpretaciones tradicionales sobre una gran serie de cuestiones controversiales señaladas

⁴ Ver e.g. Robert Post, *Recuperation First Amendment Doctrine*, 47. *Stan. L. Rev.* 1249,1267-70 (1995) [de aquí en adelante *Post, Recuperating*]; Robert Post, *Subsidized Speech*, 106 *Yale L.J.* 151, 188-89 (1996) [de aquí en adelante *Post, Subsidizes Speech*]

en los ensayos de “Liberalismo Dividido”. Estas cuestiones se extienden desde la regulación de la pornografía y “discurso de odio”, hasta garantías de acceso a la prensa y reformas de financiamiento de campañas. El compromiso de Fiss hacia el igualitarismo sobre cada uno de estas cuestiones es primordial. Apenas puede contener su admiración sobre la jurisprudencia de protección igualitaria al denominarla “la raíz primaria del derecho moderno” (p. 35), y hace poco esfuerzo para ocultar su desdén por el análisis tradicional de la Primera Enmienda como un “terreno de reproducción para el sentimiento libertario” (p. 34). Fiss aspira a redefinir la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda para reflejar los valores igualitarios que para él simbolizan “la maduración del liberalismo” (p.4).

La determinación e importancia del proyecto de Fiss es muy evidente en su discusión de *R.A.V. c. City of St. Paul*.⁵ En ese caso la Corte abatió una ordenanza de la ciudad de St. Paul que penalizaba la puesta, en propiedad privada o pública, de cualquier símbolo, objeto, denominación, caracterización o grafiti, incluyendo, pero no limitándose, a una cruz incendiada o la suástica Nazi, que uno sabe o tiene una base razonable para saber que despierta enojo, inquietud o resentimiento en otros por su raza, color, credo, religión o sexo⁶.

Prohibir toda expresión que causa “resentimiento en otros por su raza, color, credo, religión o sexo” proscibiría una porción representativa de la libertad de expresión, actualmente protegida por la Primera Enmienda. Sabiendo esto, la Corte Suprema de Minnesota interpretó que la ordenanza es solamente aplicable a “palabras agresivas”⁷. Sin embargo, esa misma Corte, aparentemente, interpretó mal “palabras agresivas” y concluyó que

⁵ 505 U.S. 377 (1992)

⁶ *R.A.V.*, 505 U.S. en 380 (citando a *St. Paul, Minn, Legis. Código § (1990)*).

⁷ En *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que “palabras agresivas” no eran protegidas por la Primer Enmienda. Definió a “palabras agresivas” como “aquellas que por su misma elocución infligen daño o tienden a incitar a un quiebre en la paz”. *Chaplinsky*, 315 U.S. at 572. Desde *Chaplinsky*, la Corte Suprema ha disminuido esencialmente la categoría de “palabras agresivas” a aquellas expresiones que constituyen una incitación directa a la violencia. Ver, e.g., *Cohen v. California*, 403 U.S. 15,20 (1971).

significan “expresiones que por su mero pronunciamiento causan enojo, inquietud o resentimiento”⁸. La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo de manera unánime que aquella interpretación de la ordenanza es inconstitucional por ser violatoria de la Primera Enmienda⁹. Sin embargo, el Juez Scalia, acompañado por otros cuatro Jueces, sostuvo en su voto que la ordenanza sería inconstitucional aun si la Corte Suprema de Minnesota hubiese exitosamente limitado la aplicación de la ordenanza a “palabras agresivas”, de otro modo desprotegida por la Primera Enmienda.

Fiss interpreta a *R.A.V.* como un caso que genera la necesidad “de restringir la expresión de algunos para permitir que los menos poderosos sean oídos”. Él ataca al voto de Scalia, al igual que muchos más, porque no aprecia que cuando la libertad de expresión “es regulada, tiene un efecto silenciador” (p. 119), y de este modo excluye a los “negros” y distorsiona el “debate público” (p. 117). Pero la parte más reveladora del ensayo de Fiss es su discusión sobre la ordenanza de St. Paul. Fiss escribe: “Por sus propios términos, la ordenanza de St. Paul pareció muy amplia, quizá demasiado amplia” (p. 113).

Quisiera focalizarme en la palabra “quizá”. El argumento de Fiss sobre el efecto silenciador y la subordinación se aplica a la ordenanza original de St. Paul, en la misma manera que se aplica a la ordenanza después de ser interpretada con el alcance de “palabras agresivas”. Prohibir toda expresión que causa “resentimiento en otros por la raza, color, credo, religión o sexo” también restringiría la expresión de algunos para permitir que los menos poderosos sean oídos. Sin dudas, si la ordenanza fuera aplicable únicamente a “palabras agresivas”, eliminaría, incluso más de lo que evitaría, el efecto silenciador y la subordinación. Entonces ¿por qué Fiss no aplica su mismo argumento para defender la ordenanza original de St. Paul, que fue declarada inconstitucional de manera unánime por la Corte Suprema? Debe ser porque existe una inquietud concreta para el valor independiente de la libertad de expresión o el derecho independiente de los oradores, que triunfa sobre el enfoque igualitarista del efecto silenciador y la subordinación.

⁸ *R.A.V.*, 505 U.S. en 413-414 (White, J., en concordancia con el voto).

⁹ Ver *R.A.V.*, 505 U.S. en 378

La palabra “quizá” indica que Fiss sabe que esto es cierto, pero su reconocimiento lacónico y reticente también indica que solamente lo puede aceptar en una manera vaga y equivoca. El uso de la palabra “brusco” detecta la presencia oculta de los valores independientes de la Primera Enmienda, pero aquellos valores son despejados sin discusión o evaluación. Nos permite percibir la profunda incompatibilidad entre el valor tradicional de la Primera Enmienda y la insistente lógica igualitaria existente en “Liberalismo Dividido”, y simultáneamente revela que estos valores continúan presentando alegaciones que aun Fiss no puede denegar rotundamente.

II.

Es necesario mantener presente a este momento de manifiesta incompatibilidad, pues la fuerza principal de la perspectiva de Fiss consiste en negarlo. La postura retórica más característica que Fiss adopta es aquella que advierte un “conflicto entre libertad e igualdad” (p.116), que profesa agnosticismo en cuanto al resultado de dicho conflicto, y que luego intenta reformular la pregunta como un “conflicto entre libertad y libertad” (p.5).

Fiss atribuye a la “libertad” celebrada en la “tradición del discurso libre” un enfoque anticuado e ingenuo en la protección de la “autonomía” individual y la “auto-actualización” (pp.12, 13). Pone en contraste esta anticuada visión de la libertad con lo que él considera como la perspectiva más satisfactoria, el “libre discurso... es un derecho público” (p.5), cuyo propósito es “proteger la capacidad de los individuos, como una colectividad, a decidir su propio destino” (p.38), asegurando que “el debate público es suficientemente rico como para permitir la verdadera autodeterminación colectiva” (p.15). Un debate público rico es aquel en que todos pueden hablar, aquel que permite a todos “escuchar las voces y puntos de vista que, de lo contrario, serían acallados o amortiguados” (p.41).

De esta manera el valor de la igualdad se encuentra en el corazón de un enfoque revisado de la Primer Enmienda. La tensión entre la igualdad y la libertad se disuelve “una vez que

entendemos que la igualdad no necesita ser vista como un valor independiente, basado exclusivamente en la Cuarta Enmienda, sino que tiene dimensiones propias de la Primer Enmienda” (p.87). La potencial incompatibilidad entre libertad e igualdad, que ya vimos en la expresión “tal vez”, desaparece en cuanto la revisamos teóricamente.

Si fuéramos a deletrear los términos exactos de esta revisión, quizás se verían de la siguiente forma:

1. El propósito de la Primer Enmienda es facilitar la autodeterminación colectiva¹⁰.
2. La autodeterminación colectiva es un derecho social teóricamente distinto y desconectado de los derechos individuales de la autonomía personal¹¹.
3. La autodeterminación colectiva sobrevive en un rico debate público que informa completamente a los ciudadanos votantes de las alternativas y opciones disponibles¹².
4. Un rico y completo debate público requiere que todas las voces sean oídas, especialmente aquellas que de otro modo serían silenciadas o amortiguadas¹³.

¹⁰ “La Primer Enmienda es una garantía de la autodeterminación colectiva...” P.101

¹¹ “El enfoque que estoy defendiendo no está preocupado por la autonomía del orador, real o efectiva, sino con la calidad del debate público. Está orientado al oyente”. P.21. Fiss además observa:

Algunos liberales ven que la libertad de expresión protege al interés individual de la autoexpresión o al derecho del individuo a decir lo que éste desea... Otros entienden a la libertad en términos más sociales. Según dicho enfoque, el rol de la Primer Enmienda es preservar la apertura y la completitud del debate público, para asegurar que las personas estén al tanto de todos los temas y de todos los puntos de vista en relación a dicho tema. El libre discurso, según esta visión, es un derecho público, un instrumento de la autodeterminación colectiva...

P.5.

¹² Fiss escribe:

Bajo la tradición elogiada por Kalven, la libertad de expresión garantizada por la Primer Enmienda se resume en la protección de la autonomía... No obstante, la teoría que anima esta protección... pone al propósito subyacente de la Primer Enmienda en términos sociales o políticos: El propósito de la Primer Enmienda no es la actualización del individuo, sino la preservación de la democracia, y el derecho de las personas, como personas, a decidir acerca del estilo de vida que desean llevar. La autonomía no está protegida por su valor intrínseco... sino porque constituye un medio o instrumento para la autodeterminación colectiva. Permitiendo a los individuos a hablar para que puedan votar. El discurso permite a las personas votar inteligente y libremente, teniendo conocimiento de todas las opciones y poseyendo toda la información relevante.

P.13.

¹³ “El Estado debe actuar como un parlamentario magnánimo, asegurando que todos los puntos de vista se escuchen completa y justamente”. P.101. Ver también pp.41, 85-87, 117.

Este argumento es elegante y poderoso. Ofrece la estructura teórica para virtualmente cualquier ensayo de Liberalismo Dividido. Sospecho que forzosamente captura el impulso político detrás de un buen e importante esfuerzo intelectual para re entender la doctrina de la Primer Enmienda según valores igualitarios. Por lo tanto, vale la pena examinarlo con gran cuidado.

Como Fiss, también creo que el propósito primario de la Primer Enmienda es facilitar la autodeterminación colectiva, por lo que no tendré mucho que decir acerca de la primera proposición del argumento. Únicamente observaría que para atribuirle a la Primer Enmienda el propósito de facilitar la autodeterminación colectiva no es necesario negar que la Primer Enmienda también puede servir para otros propósitos. Hay aspectos de la doctrina de la Primer Enmienda que no pueden explicarse únicamente haciendo referencia al valor del auto-gobierno democrático. Podemos encontrar ejemplos de esto en cuestiones relacionadas a la regulación del discurso entre médicos y pacientes¹⁴, a los precios de los productos para consumidores¹⁵, y a charlas cotidianas en un aeropuerto¹⁶.

Hay una tendencia en Liberalismo Dividido a saltar de la premisa de que la Primer Enmienda sirve el propósito de la autodeterminación colectiva a la conclusión de que sirve únicamente a dicho propósito, y que, entonces, no es posible desafiar a las regulaciones

¹⁴ Ver , e.g., *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991); Post, *Subsidized Speech*, supra nota 3, en 175.

¹⁵ Ver , e.g., *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748(1976).

¹⁶ Ver , e.g., *Board of Airport Commrs. of Los Ángeles v. Jews for Jesus*, 482 U.S. 569 (1987). Me resisto a mencionar las preguntas que surgen de la regulación de la música sin letra, ver *Ward v. Rock Against Racism*, 491U.S. 781, 790 (1989), y el arte abstracto, ver *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 115 S. Ct. 2338, 2345 (1995). Es difícil justificar la protección de estas formas de expresión sobre la base del tipo de modelo con base cognitiva de la autodeterminación colectiva propuesta por Fiss. Pienso, no obstante, que la protección puede justificarse haciendo referencia al enfoque de la autodeterminación colectiva que hace hincapié en la infraestructura sociológica del discurso público. Ver Post, *Recuperating*, supra nota 3, at 1250-60, 1276. La deliberación pública requiere una previa construcción de un “público”, y un efecto del arte es la creación de dicho público.

consistentes con el valor de la autodeterminación sino bajo la Primer Enmienda. Pero, a menos que varios de estos aspectos subsidiarios de la Primer Enmienda sean ejercitados despiadadamente, esta conclusión no se sigue. Entonces, por ejemplo, incluso si fuese cierto que, tal como argumenta Fiss, la supresión en base al contenido de diversas formas de pornografía o de discursos racistas es compatible con la autodeterminación colectiva, no se sigue automáticamente que dicha supresión sea consistente con la Constitución, porque la supresión podría violar otros valores protegidos por la Primer Enmienda.

Ésta es una área de análisis compleja y conceptualmente desprolija. Me limito a señalar, en lugar de investigarla, porque la norma de la Primer Enmienda más pasible de ser violada por dichas regulaciones según Fiss es la de la autonomía individual, y Fiss explícitamente argumenta en contra de dicha norma. Su argumento es que la autodeterminación colectiva, entendida correctamente, es analíticamente distinta e incompatible con una norma de autonomía individual. En la siguiente sección me enfoco en esta segunda proposición del argumento de Fiss.

III.

Fiss caracteriza la “tradición del libre discurso” (p.12) como focalizada sobre la “protección de la autonomía” (p.13). Considera a este enfoque como un error constitucional profundo. Aquí está el centro de su argumento:

La mayoría conviene que el propósito subyacente de la Primer Enmienda es proteger la autodeterminación colectiva...pero estamos divididos acerca del principio mediador que da una expresión completa a dicho propósito. Aquí la división es... sobre la autonomía y el debate público. Estos dos principios representan distintas maneras de entender y fomentar los propósitos democráticos.

Aquellos que reducen la Primer Enmienda a un mero límite a la acción de un estado tienden a considerarla como una protección de la autonomía. El individuo tiene permitido expresar

lo que desea, libre de toda interferencia estatal... Incluso bajo este supuesto, sin embargo, la autonomía no está protegida como un fin en sí misma, o como un medio para la auto-actualización individual. Más bien, se ve como una manera de fomentar los propósitos políticos más importantes atribuidos a la Primer Enmienda. Se asume que la protección de la autonomía producirá un debate sobre cuestiones de importancia pública, utilizando la fórmula del Juez Brennan, “desinhibida, robusta, y abierta”.

El principio del debate público, en cambio, reconoce el carácter problemático de la suposición instrumental que subyace a la protección de la autonomía... El propósito de la Primer Enmienda sigue siendo el que era bajo la autonomía –proteger la capacidad de los individuos, como colectividad, para decidir su propio destino -. Un debate público rico también sigue siendo una precondition esencial para la existencia de aquella prerrogativa soberana. No obstante, ahora la acción se juzga por su impacto en el debate público, y es vista como un estado social de los asuntos, y no por si obliga o interfiere con la autonomía de algún individuo o institución. La preocupación no es acerca de la frustración de supuestos oradores, sino acerca de la calidad del discurso público.

Hay dos proposiciones en este argumento que requieren atención analítica. La primera es la afirmación de que la autonomía individual es analíticamente distinta del valor de la autodeterminación colectiva, por lo que la autonomía debería recibir protección bajo un régimen de autodeterminación colectiva únicamente por la razón “instrumental” de que se espera producir un debate público más rico y completo. La segunda es la afirmación de que la autodeterminación colectiva consiste esencialmente en tomar decisiones totalmente informadas a través del debate público. Examinaré la primer proposición en esta Sección, y discutiré la segunda proposición en la Sección IV.

Fiss sitúa el valor de la autodeterminación colectiva en “la capacidad de los individuos, como colectividad, a decidir sobre su propio destino” (p.38). Esto no me parece del todo correcto. El valor de la autodeterminación colectiva no es inherente al poder de los individuos para decidir sobre su propio destino. La distinción es crucial, y yace en la

diferencia entre tomar decisiones particulares y reconocer decisiones particulares como propias. A lo largo del Liberalismo Dividido, Fiss demuestra una tendencia hacia el decisionismo reductivo, como si la democracia se tratase acerca de la determinación de esta o esa decisión, en lugar de acerca de la autoría subyacente de una decisión.

Podemos testear esta distinción imaginando una situación en la que los individuos en su capacidad colectiva deciden sobre diversas cuestiones, pero en la que los individuos dentro de la colectividad se sienten despiadadamente alienados de estas decisiones. Supongan, por ejemplo, que un Estado X les provee a sus ciudadanos unos computadores interactivos, y se requiere que las utilicen por la mañana para registrar sus preferencias respecto de diversos asuntos. Cada mañana una agenda para decisiones (compuesta por una asamblea electa) se presenta en la terminal. Los ciudadanos del Estado X deben decidir qué color de ropa se deberá usar; el menú que debe ser servido para el almuerzo y la cena; los límites de las zonas de asistencia para los colegios vecinos; si debería haber un semáforo en la intersección local; y demás. El Estado X no tiene un discurso público. No hay periódicos ni medios de difusión. El Estado prohíbe los partidos políticos y asociaciones. Proscribe las manifestaciones públicas y prohíbe que los individuos publiquen sus opiniones. Cada ciudadano debe tomar sus decisiones aisladamente. Las decisiones en el Estado X, sin embargo, se toman sobre la base del voto mayoritario de la colectividad, y por lo tanto se requiere que todos los individuos cumplan con lo siguiente: usar el color azul, o servir pollo para el almuerzo, o asistir a una escuela en particular, o frenar en la intersección local. Los individuos en el Estado X se sienten completamente alienados de estas decisiones. No se identifican con ellas, y en su lugar se sienten controlados y manipulados por la fuerza externa de la colectividad.

¿Consideraríamos al Estado X como un ejemplo de una sociedad que se involucra en la autodeterminación colectiva? Si bien los individuos del Estado X mantienen su capacidad “como colectividad, a decidir sobre su propio destino”, y si bien deben alcanzar el criterio de autodeterminación colectiva de Fiss, dudo fuertemente de que estaríamos dispuestos a caracterizar al Estado X como una democracia. Probablemente lo caracterizaríamos como

una tiranía distópica. Rousseau tiempo atrás diagnosticó el motivo de esta condena: la toma de decisiones colectivas es meramente opresiva, al menos que haya cierta conexión interna entre las voluntades individuales de los ciudadanos y la voluntad general de la colectividad¹⁷.

Por supuesto que es imposible afirmar, como Rousseau, que pueda existir una identidad completa entre la voluntad del ciudadano individual y la voluntad general del estado democrático. Basta con que los ciudadanos individuales reconozcan en la voluntad general la potencialidad de su autoría¹⁸. Cuando esto ocurre, la toma de decisiones colectiva sirve al valor de la democracia; cuando los ciudadanos se sienten alienados de la voluntad general, el voto colectivo de los asuntos es meramente un mecanismo para la toma de decisiones, y un mecanismo que puede fácilmente tornarse opresivo.

Este argumento implica que Fiss no puede separar analíticamente la autonomía individual de la autodeterminación colectiva. La autonomía individual no está protegida por la Primer Enmienda porque sea instrumentalmente necesaria para una mejor toma de decisiones, sino porque está intrínsecamente conectada a un autogobierno democrático. Los ciudadanos individuales pueden identificarse con la creación de una voluntad colectiva únicamente si creen que la toma de decisiones colectiva está de cierta manera conectada con su propia autodeterminación individual¹⁹. Por estos motivos Jean Piaget observó correctamente que:

La esencia de la democracia reside en su actitud hacia el derecho, como producto de la voluntad colectiva, y no como algo que emana de una voluntad trascendente o de una autoridad establecida por el derecho divino. La esencia de la democracia está,

¹⁷ Ver Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract* 54-56 (Christopher Betts trans., 1994) (1762).

¹⁸ Para una explicación completa de este argumento, ver Robert Post, *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, 64 *U. Colo. L. Rev.* 1109 (1993).

¹⁹ Para una discusión, ver Robert Post, *Between Democracy and Community: The Legal Constitution of Social Form*, in *Democratic Community: Nomos XXXV* 163, 178-79 (John W. Chapman & Ian Shapiro eds., 1993).

por lo tanto, en reemplazar el respeto unilateral hacia la autoridad por el mutuo respeto hacia las voluntades autónomas²⁰.

El valor democrático de la autodeterminación colectiva conlleva el valor de la autonomía individual. De hecho, en mi visión, “el problema esencial de la democracia... reside en la reconciliación de la autonomía individual y colectiva”²¹. La tradición del libre discurso considera al discurso público como el escenario en el cual dicha reconciliación ocurre.

No se sigue de esto que cualquiera de las prescripciones de política pública actuales que Fiss recomienda son necesariamente erradas o constitucionalmente inadecuadas, pero sí se sigue que al consentir su constitucionalidad no puede descartarse a priori el valor constitucional independiente de la autonomía individual, que es lo que Fiss intenta hacer en *Liberalismo Dividido*. Comprometer a la autonomía individual es comprometer el fundamento del valor democrático de la autodeterminación colectiva.

IV.

El argumento en la Sección II establece que la identificación que Fiss hace de la autodeterminación colectiva con la toma de decisiones colectiva es inadecuada. Fiss cree, sin embargo, que el valor del debate público de la Primer Enmienda proviene enteramente de su rol instrumental en la facilitación de decisiones informadas y precisas. Fiss argumenta que la Constitución protege la calidad de debates públicos porque un diálogo público informado es necesario para suministrarle “al electorado la información que necesita para tomar decisiones gratis e inteligentes acerca de la política gubernamental, la estructura del gobierno, o la naturaleza de la sociedad” (p.40).

Tenemos, por supuesto, un interés constitucional en maximizar la calidad de nuestro debate público, de manera que las decisiones colectivas puedan ser lo más informadas y precisas

²⁰ Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child* 362-63 (Marjorie Gabain trans., 1965) (se agregó énfasis).

²¹ Robert Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management* 7 (1995).

posible. Este interés constitucional, sin embargo, está tratado más precisamente por la protección de la Primer Enmienda del “mercado de ideas en el que la verdad finalmente prevalecerá”²². Pero nuestro interés constitucional en la autodeterminación colectiva es diferente, porque incluso si la toma de decisiones colectiva es completamente informada y precisa, aún puede fallar en lograr el valor del autogobierno democrático.

Imaginen, por ejemplo, que incluso si no hay un discurso público en el Estado X, el Estado pueda de todos modos proveerle a los ciudadanos toda la información material relacionada a los asuntos de la agenda del día, es decir, toda la información que los ciudadanos sienten que sería pertinente para la toma de una decisión informada. Asuman que el debate público no podría sumar absolutamente nada a la calidad o extensión de la información proporcionada. Mientras los ciudadanos del Estado X continúen sintiéndose alienados y oprimidos por su ejercicio en la toma de decisiones colectiva, dudo mucho que proveer información completa pudiera alterar nuestra conclusión de que el Estado X no debería ser considerado como democrático. Los valores democráticos no se realizan si no existe una conexión entre la autonomía individual y la colectiva, incluso si la toma de decisiones colectiva está basada en información completa.

La naturaleza de dicha conexión por supuesto variará de cultura en cultura y de tiempo en tiempo. La imagen que emerge de Liberalismo Dividido es aquella de un ciudadano democrático que participa en la toma de decisiones colectiva únicamente escuchando y votando inteligentemente, en lugar de participar hablando o debatiendo. “El enfoque que defiendo”, escribe Fiss, “no se preocupa por la autonomía del orador, real o efectiva, sino por la calidad del debate público” (p.21). Fiss, entonces, considera como primaria a la “necesidad informativa del público” (p.6). “Permitimos a los individuos hablar”, dice Fiss, “para que otros puedan votar” (p.13). Pero Fiss por ello ofrece una imagen asombrosamente pasiva del ciudadano democrático, quien puede ser traído para identificarse con la autodeterminación colectiva mediante la provisión de una autoridad para votar en base a información completa y precisa.

²² Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367, 390 (1969)

Si bien Fiss equivale a ser un ciudadano” (p.40), la imagen que él tiene del ciudadano democrático raramente reproduce la posición estructural del consumidor. Como los votantes de Fiss, los consumidores pueden ejercer el poder de decisión final; pueden determinar si compran un producto o no. Y, como los votantes de Fiss, los consumidores pueden ejercer dicho poder sobre la base de información dentro del todo completa. Lo que carece la versión de Fiss en relación a los ciudadanos democráticos, y lo que finalmente distingue a los ciudadanos democráticos de votantes y consumidores, es el concepto de la participación activa²³. Los ciudadanos democráticos participan fijando la agenda y enmarcando los términos de los mismos asuntos para los que, como votantes, se los llama a decidir.

La participación está en el núcleo de la “tradición del libre discurso” que Liberalismo Dividido tanto repudia²⁴. La tradición considera a los ciudadanos Americanos como activos, como comprometidos al “debate libre y al libre intercambio de ideas”. La tradición no defiende los derechos de los oradores únicamente porque producen decisiones mejor informadas. En su lugar, afirma que “el derecho a hablar libremente y promover la diversidad de ideas y programas es... una de las principales distinciones que nos separan de los regímenes totalitarios”²⁵. Los derechos de los oradores están protegidos, ante todo, porque crean la oportunidad para que un ciudadano democrático se identifique con la voluntad colectiva a través de su propia participación activa potencial²⁶. La participación se

²³ Para el concepto de la participación colectiva, ver, por ejemplo, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* 509-524 (J.P. Mayer ed. & George Lawrence trans., 1969) (1831), y Robert D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy* 87-88 (1993).

²⁴ *Terminiello c. Chicago*, 337 U.S. 1,4 (1949)

²⁵ *Terminiello*, 337 U.S. en 4. “La Primer Enmienda sirve para asegurar que el ciudadano individual pueda efectivamente participar y contribuir en nuestro sistema republicano de autogobierno”. *Globe Newspaper Co. c. Superior Court of Norfolk*, 457 U.S. 596, 604 (1982) (cita de *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88, 95 (1940)).

²⁶ Por supuesto que los derechos de los oradores no garantizan que la toma de decisiones colectiva cumplirá con los valores democráticos. Pero podemos decir que sin los derechos de los oradores los valores democráticos no se realizarán, particularmente bajo condiciones de heterogeneidad, característica del estado moderno. Los derechos de los oradores son entonces una condición necesaria, pero no suficiente, para la realización de los valores democráticos.

extiende a la creación de una cultura e identidad nacional, que eventualmente encontrará su expresión a través de la legislación. La oportunidad para involucrarse en una vida pública y social de esta manera es lo que nos diferencia de los “regímenes totalitarios”. El discurso público se conceptualiza, entonces, como el medio por el cual los ciudadanos pueden reconciliar la autonomía individual y la colectiva. Este es el motivo fundamental por el que la tradición del libre discurso protege tanto a los derechos de los oradores, como al debate público libre requerido por los derechos de los oradores.

Hay momentos en *Liberalismo Dividido* donde Fiss parece descartar esta conceptualización por ser chocante, anticuada, y apropiada para “un mundo que ya no existe y cuyo recuerdo excede nuestra capacidad” (p.29), un “mundo del orador de la esquina” (p.16). Fiss parece considerar dicha noción del ciudadano poco adecuado para el paisaje desolado de la América contemporánea, con sus abrumadoras corporaciones, los magnates de los medios, y las divisiones extremas de clases. Fiss distingue varios puntos importantes acerca de las maneras perversas en que la doctrina de la Primer Enmienda se desenvuelve actualmente en la América contemporánea, puntos que son dignos de ser considerados cuidadosamente. Pero nada de lo que dice apoya la conclusión que subyace su análisis constitucional, que sostiene que la ciudadanía Americana se ha convertido en tan pasiva y tan desvanecida que los ciudadanos pueden identificarse con la toma de decisiones colectiva meramente porque pueden votar sobre la base de información completa y acertada²⁷.

No quiero negar, por supuesto, que votar es un medio importante de participación dentro de una política democrática. Sólo puedo afirmar que votar no es en sí suficiente para realizar el

²⁷ Este punto me parece adecuado para presentar la posición de Fiss de la manera más más articulada y cuidadosa de la posición de Fiss, que puede ser encontrada en Morris Lipson, *Autonomy and Democracy*, 104 *Yale L.J.* 2249 (1995). Fiss invoca especialmente a Lipson. Ver p.110. A pesar de que Lipson concede la conexión interna entre la autonomía individual y la autodeterminación colectiva, ver Lipson, *supra*, en 2254, éste conceptualiza a la autonomía individual en términos de la toma de decisión informada. Escribe, entonces, que “la autonomía de los votantes, la autonomía que está en juego en la verdadera autodeterminación colectiva, y entonces la que es el foco del colectivismo, es la autonomía del oyente”. Id. en 2265. Lipson no considera la posibilidad de que la mera autonomía del votante puede fallar en proveer una conexión suficiente entre la autodeterminación individual y la colectiva.

valor del autogobierno democrático. Otras formas de participación también deben ser protegidas. Los ciudadanos deben poder asociarse, organizarse, hablar, marchar, peticionar, y demás. Se sigue que Fiss no puede deshacerse de la autonomía del orador como una dimensión importante del análisis de la Primer Enmienda. Varias de sus prescripciones políticas deben entonces ser evaluadas, aunque sea en parte, en términos de sus efectos sobre los derechos de los oradores.

V.

La cuarta y última proposición del argumento de Fiss es que el debate público completo requiere que todas las voces sean escuchadas, especialmente, las voces que de otro modo serían marginadas. Fiss cree que la Primer Enmienda obliga al estado a actuar afirmadamente “como un parlamentario muy principista, asegurando que todos los puntos de vista sean escuchados justa y completamente” (p.101). Fiss argumenta que el debate público puede cumplir con su función de informar completamente a los votantes únicamente si incluye a todas las perspectivas potenciales. Sostiene que “suministrar al electorado la información que necesita para tomar decisiones libre e inteligentemente” requiere que el estado “ponga en la agenda asuntos que son sistemáticamente ignorados y tomados a la ligera”, de manera que la política democrática pueda “escuchar las voces y puntos de vista que de otro modo serían silenciadas o amortiguadas” (pp.40-41). Argumentaré en esta Sección que los argumentos de Fiss están confundidos, porque confunden asuntos de calidad con aquellos de igualdad.

La inestabilidad de la posición de Fiss se manifiesta en una importante metáfora que utiliza el autor en su discusión acerca de los subsidios gubernamentales. Fiss escribe que el estado debe preparar la agenda de discurso público tomando decisiones que “sean análogas a los juicios que realizan los grandes maestros todos los días de la semana acerca las universidades de esta nación, a medida que estructuran la discusión en sus clases” (p.103). La comparación es apropiada: grandes maestros efectivamente buscan informar a sus estudiantes para que éstos puedan ejercer su propio juicio independiente. Pero los grandes

maestros no logran esta tarea exponiendo a sus alumnos a todos los puntos de vista potenciales.

Para analizar enteramente los argumentos de Fiss, entonces, se debe distinguir entre dos metáforas que Fiss utiliza para caracterizar un estado ideal. Por un lado, Fiss describe al estado como un maestro que informa y educa a sus ciudadanos; por otro lado, describe al estado como un parlamentario que justa y completamente modera a la reunión nacional del pueblo, permitiendo que se escuchen todos los puntos de vista. Fiss no percibe una tensión entre estas dos metáforas, pero son efectivamente muy distintas. Mientras que un estado parlamentario intentaría extender la oportunidad a todas las perspectivas de ser escuchadas, un estado pedagógico no lo haría.

Los maestros educan a sus estudiantes presentándoles, principalmente, perspectivas útiles e informativas. Los profesores de astronomía no estudian los orígenes del universo asegurándose que “todos los puntos de vista sean escuchados por completo y justamente”, o enfatizando a aquellas “voces que de otro modo serían silenciadas o amortiguadas”. No exponen a sus estudiantes a todos los mitos históricos, hipótesis descartadas, fábulas religiosas, o explicaciones chifladas, no importe cuán silenciadas o apaciguadas estén muchas de estas teorías dentro del ámbito académico. Los grandes maestros no abrumen y confunden a sus estudiantes bombardeándolos con información indiscriminada.

Un estado que tiene la responsabilidad de establecer los debates públicos más ricos e informativos no actuarían distinto. Expondría a su electorado a las perspectivas más útiles y pertinentes. Un estado pedagógico no inundaría a su electorado con información indiscriminada que transformaría al debate público en uno confuso y abrumador. Consideren, por ejemplo, un dialogo público acerca de la reforma del sistema de bienestar. ¿Podría afirmarse seriamente que dicho dialogo se vería necesariamente mejorado si el estado asegurase que todas las voces marginadas fueran ampliadas y difundidas? ¿Mejoraría la calidad de la discusión pública si el estado prestase una plataforma para cada racista, partidario de la eugenesia o fascista? ¿Para cada absurdo y autoproclamado

experto? ¿Para cada opinión fea e irresponsable? Pueden existir motivos que requieran que el estado actúe de dicha manera, pero estos motivos no incluyen la mejora en la calidad intrínseca del debate público.

Si el análisis es correcto, la afirmación de Fiss de que la autodeterminación colectiva requiere un debate público rico e informativo no lleva a la conclusión de que el estado debe asegurar que “todos los puntos de vista sean escuchados por completo y justamente”. Entonces, en la medida en que la lógica del argumento de Fiss sobre la Primer Enmienda se contradiga con esta afirmación, Fiss debe proponer una visión del estado como un maestro en lugar de un “parlamentarista magnánimo”²⁸.

VI.

Sin embargo, la imagen del estado parlamentarista resuena a lo largo de Liberalismo dividido más inconsistentemente que aquella del estado pedagógico (pp.84-85, 101, 117-18, 153). A pesar de que el ideal de un estado parlamentarista está en tensión con la meta de un debate público rico e informativo, Fiss parece intensamente comprometido con él. Evidentemente expresa valores igualitarios que Fiss desea infundir a la jurisprudencia de la Primer Enmienda, a pesar de la calidad del debate público.

Sin embargo, cuanto más se presiona a la metáfora del estado parlamentario, más difícil resulta determinar exactamente qué valor igualitario quiso representar la imagen y

²⁸ Si el rol del estado como un maestro es aceptado, puede ser utilizado para defender algunas de las particulares percepciones de política de Fiss. Así, por ejemplo, si las premisas empíricas de Fiss acerca de silenciar son otorgadas, no resultaría difícil para Fiss argumentar que el discurso “silenciado” por la pornografía o el discurso del odio son valiosos e informativos y que dichos discursos, entonces, deberían ser protegidos para mejorar la calidad del debate público. La mayoría de los maestros realizarían un juicio similar en sus propias aulas.

Otras propuestas de política que realiza Fiss, sin embargo, no se rehabilitan fácilmente. Entonces, por ejemplo, Fiss argumenta en su discusión sobre subsidios públicos que el estado no debería actuar de manera tal de reforzar “ortodoxias prevalecientes”. P. 107. El estado, en su lugar, debería asegurar que “todos los puntos de vistas se escuchen completa y justamente” para que “el debate público sea lo más rico y variado posible”. P. 101. Esta percepción describe al estado como un parlamentario, en lugar de cómo un maestro, y no pienso que puede ser defendida haciendo referencia a éste último rol. La prescripción sólo puede defenderse si el rol del estado parlamentario puede ser defendido.

exactamente cuánto se supone que estos valores deben representar al ideal de la autodeterminación colectiva. En líneas generales, hay dos clases de valores igualitarios que la imagen puede expresar. El estado parlamentario puede representar la igualdad en las ideas, o podría representar la igualdad de las personas. Examinaré la primer posibilidad en esta Sección I; examinaré la segunda en la Sección VII.

Ocasionalmente, el argumento de Liberalismo Dividido de que el estado parlamentario debería asegurar que “todos los puntos de vista se escuchen completa y justamente” parece depender de la premisa de que todas las ideas son iguales, y que entonces el estado debería estar obligado a tratar a todas las ideas de igual manera. Esta premisa tiene implicancias que llegan muy lejos y que quizás pueden ser captadas mejor contrastándolas con la jurisprudencia contemporánea de la Primer Enmienda.

Dicha jurisprudencia contiene estándares de igualdad. Aunque prohíbe que el estado regule el discurso público de manera tal de discriminar entre ideas, no considera a tales ideas como intrínsecamente iguales. En su lugar, la tradición de la Primer Enmienda prohíbe contentar a la discriminación porque impone al estado la obligación de tratar a todos los participantes del discurso público de igual manera, incluso si el estado cree que las ideas de algunos sean más o menos dignas de atención pública y diseminación²⁹. Esta obligación se deriva del principio de que la capacidad de autodeterminación de todas las personas debería ser considerada con igual respeto³⁰. La Corte ha interpretado que dicho principio significa que “el concepto de que el gobierno puede restringir el discurso a algunos elementos de nuestra sociedad para realzar la voz relativa de otros” debería ser repudiado como “totalmente ajeno a la Primer Enmienda”.

La Corte ha visto a la represión del discurso como un medio para aumentar el discurso de otros, como equivalente a valorar la autodeterminación de algunos más que la de otros, y

²⁹ Ver Robert C. Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 *Wm. & Mary L. Rev.* 267, 290-91 (1991) [de ahora en adelante *Post, Racist Speech*]; *Post, Subsidized Speech*, supra nota 3, at 188-89.

³⁰ *Buckley c. Valeo*, 424 U.S. 1, 48-49 (1976).

entonces lo ha visto como una manera de tratar la capacidad de autodeterminación de los ciudadanos como desigual ante la ley.

Sabemos, sin embargo, que Fiss rechaza este particular concepto de la igualdad. Repetidamente Fiss sostiene en *Liberalismo Dividido* que “a veces podemos considerar necesario “restringir el discurso de algunos elementos de la sociedad para realzar la voz relativa de otros”, y... al menos que la Corte permita, e incluso a veces requiera, que el estado lo haga, nosotros como personas nunca seremos verdaderamente libres”(p.30). Al apelar a una imagen del estado como parlamentario, Fiss sostiene lo mismo acerca de la regulación de la pornografía (pp.84-85), el discurso del odio (pp.117-118), y el acceso público a los medios de comunicación (p.38).

Al interpretar que la Primer Enmienda reconoce la igualdad de ideas, en lugar de la igualdad de las personas, Fiss permitiría al estado discriminar constitucionalmente entre las personas. El estado podría tratar a las personas de forma distinta, siempre que lo haga para igualar el trato de los distintos puntos de vista. Leer *Liberalismo Dividido* como afirmando la igualdad de ideas sería también compatible con la determinación de Fiss de negar los derechos de los oradores y concentrarse en la naturaleza del debate público.

La dificultad de este enfoque, sin embargo, es que es altamente implausible afirmar que las ideas deben recibir con igual respeto. Pensar es distinguir entre ideas buenas y malas, entre ideas útiles e inútiles, y demás. Quien no puede discriminar entre ideas podría decirse que no puede siquiera pensar. Ni tampoco lo es discriminar entre ideas consideradas como vergonzosas. No creemos que debiéramos tratar a las ideas con igual respeto. No hay motivo teórico alguno para atribuirle dignidad inherente a las ideas como lo hacemos a los individuos. Utilizamos a las ideas para forjar una cultura. Por eso ideas de tortura genocida no merecen intrínsecamente respeto; podemos expresar apropiadamente nuestra repulsión.

Por estos motivos sería incorrecto que Fiss afirme, tal como lo hizo Meiklejohn con anterioridad, que hay “una igualdad de estatus en el campo de las ideas”³¹.

Quizás, entonces, Fiss desea defender una proposición menos radical. Quizás interpretamos a la imagen del estado parlamentario como la representación de una proposición de que se debería requerir que el estado trate a las ideas como si fuesen iguales, incluso si de hecho no son iguales. La dificultad, sin embargo, está en justificar esta proposición. Si la obligación del estado de tratar a las ideas como si fuesen iguales deriva del respeto igualitario que el estado le debe a los oradores como participantes del proceso del autogobierno democrático, entonces Fiss debería adoptar el tipo de igualdad de las personas que ya está personificada en la tradición del libre discurso, una forma de igualdad que Fiss está determinado en negar. Pero si la obligación del estado se deriva de la incompetencia del gobierno para discriminar entre buenas y malas ideas, el estado estaría incapacitado para actuar como un maestro para enriquecer el debate público, un rol en el que Fiss desea insistir³².

Es posible que Fiss busque utilizar la imagen del estado parlamentario, no para representar a una igualdad estricta de ideas, sino para expresar la obligación que tiene el estado de reparar las desigualdades entre ideas que ocurren por los desbalances sociales del poder y la influencia. Si uno examina cuidadosamente el contexto en el que Fiss invoca la imagen del estado parlamentario, encontrará que principalmente involucran a grupos que son socialmente desventajados. Fiss desea reprimir la pornografía porque “tiene el efecto de interferir con los derechos de discurso” de las mujeres (p.84). Desea prohibir el discurso de odio porque “desalienta” a los americanos de origen africano “a participar en las actividades deliberativas de la sociedad” (p.117). Desea regular a los medios de comunicación para que “el discurso” de los ricos y poderosos no “ahoguen a las voces” de

³¹ Alexander Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* 27 (1948). Me gustaría también remarcar que dado que siempre hay numerosos infinitos de ideas potenciales, lo que posiblemente signifique requerir que “todos los puntos de vista” se “escuchen completa y justamente” resulta un concepto totalmente confuso.

³² Ver .26 (“Creo en la razón y en los métodos del derecho deliberados y ampliados: Los tribunales no están más incapacitados que cualquier otro para dar contenido al enriquecimiento del debate público...”).

aquellos que no tienen los mismos recursos (p.38). Deseas prohibir los subsidios gubernamentales de ser “utilizados para reforzar las ortodoxias prevalecientes”, particularmente mediante la exclusión de “la comunidad gay” (pp.107, 102).

Parece que lo que impulsa a Fiss, entonces, no es la ambición de hacer que las ideas sean iguales, sino rectificar las distorsiones del debate público que reflejan diferencias importantes en el poder social y financiero. Quizás esto es lo quiere decir Fiss cuando se refiere a la obligación del estado de otorgar a todos los puntos de vista la oportunidad de ser “justa y completamente oídas”. Podemos interpretar a Fiss defendiendo la idea de que el discurso público sería mejor y más rico si representase justamente a las ideas de los grupos socialmente reprimidos, ideas que de otro modo serían marginadas.

Fiss efectivamente ofrece afirmaciones acerca de dichas distorsiones. Algunas de estas afirmaciones son más convincentes que otras. Asíque, por ejemplo, los capítulos del Liberalismo Dividido que tratan el tema de los grupos tradicionalmente protegidos por la Cláusula de protección igualitaria no son persuasivos. Esto es así dado que la línea de argumentos de Fiss requiere establecer que los efectos silenciadores de la pornografía y discurso de odio producen distorsiones sistemáticas en el discurso público. Fiss alega que la Primer Enmienda no garantiza a ningún individuo en particular el derecho a hablar; sólo garantiza que “todo lo que valga la pena decir se diga” (p.26). Otros han requerido la regulación del discurso de odio y pornografía dado que silencia a ciertos individuos a través de lo que se ha llamado “incapacidad de elocución”³³. Pero Fiss debe establecer algo diferente, que es que el discurso de odio y la pornografía reprimen sistemáticamente la expresión de los distintos puntos de vista dentro del dialogo nacional sobre la raza y género. Incluso una revisión modesta de los medios de comunicación nacionales o publicaciones

³³ Rae Langton, *Speech Acts and Unspeakable Acts*, 22 *Phil. & Pub. Aff.* 187, 293, 315 (1993); ver también Jennifer Hornsby, *Illocution and Its Significance*, in *Foundations of Speech Act Theory 198-200* (Savas L. Tsohatzidis ed., 1994); Richard Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name- Calling*, 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133 (1982); Charles R. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, 1990 *Duke L.J.* 431

académicas concede a esta proposición implausible, y Fiss seguramente no hace un esfuerzo empírico para justificar este argumento.

Los capítulos más fuertes e influyentes de *Liberalismo Dividido*, por otro lado, llevan nuestra atención a las desigualdades que no involucran a los grupos tradicionalmente resguardados por la Cláusula de Protección Igualitaria. Discuten, en su lugar, las distorsiones sistemáticas del discurso público causadas por “la deformación del mercado” (p.43), y en particular por los intereses comerciales de los medios de comunicación. Fiss parece claramente acertado al identificar estas distorsiones como un asunto importante de preocupación social. Presenta una fuerte e instructiva acusación de la disparidad entre la estructura de comunicación que es naturalmente generada por el mercado y la estructura de comunicación que sería requerida por un discurso público rico e informativo.

Pero incluso si se aceptase el hecho y sus consecuencias adversas de esta disparidad, el mejoramiento de esta condición no justificaría apelar al estado parlamentario, que reproduce todos los puntos de vista mecánicamente. Justificaría en su lugar una llamada al estado pedagógico que repararía distorsiones del debate público adversamente afectando su calidad y profundidad. Un estado pedagógico podría funcionar independientemente del mercado para regular al discurso de manera tal de educar a los ciudadanos acerca de los puntos de vista serios y razonables de la sociedad a la que pertenecen.

Un estado pedagógico, sin embargo, no amplificaría ni transmitiría ideas sin valor y indignas. Las ideas no son indignas o no tienen valor porque provengan de personas marginadas social o financieramente. Si Fiss está dispuesto a considerar la exclusión de ideas indignas como una “distorsión” del discurso público, entonces debe estar apelando a valores igualitarios que son muy distintos a cualquier preocupación por la calidad y riqueza del debate público³⁴. Si mi argumento en esta parte es correcto, estos valores no pueden

³⁴ Una interpretación alternativa de la imagen del estado parlamentario es que éste expresa una rigurosa noción de la autonomía del oyente. Esta noción la desarrolla el trabajo de Morris Lipson, supra nota 26. Bajo esta interpretación de Fiss, la meta del estado parlamentario es asegurar que todos los puntos de vista

referirse a una igualdad de ideas intelectual. Quizás, entonces, se refieren a una igualdad entre las personas.

VII.

Debo remarcar desde el principio que es difícil interpretar que Liberalismo Dividido afirma una igualdad entre personas porque muchas de los mandatos del libro implican tratar a las personas de manera desigual. Desarrollar rigurosamente las implicancias de la igualdad entre personas, entonces, sin duda produciría numerosas inconsistencias en muchas de las posiciones adoptadas en el libro. Sin embargo, hay momentos en Liberalismo Dividido en los que Fiss parece depender de una igualdad entre personas postulada, y podría ser el caso que la imagen del estado parlamentario sea la avenida secreta por la cual dicha igualdad se expresa tácitamente.

Por momentos Fiss escribe como si creyese que todas las personas tienen un derecho a una igual influencia sobre el debate público. Esta forma de igualdad es distinta de aquella encarnada en la tradición del libre discurso, que actualmente requiere que el estado trate de igual manera a la capacidad de autodeterminación de todos los individuos. Fiss, en su lugar,

“relevantes” sean diseminados, es decir, todos los puntos de vista que, desde la perspectiva de cualquier ciudadano, hacen una diferencia en su toma de decisiones. Ver id. en 2264. El estado parlamentario, entonces, simplemente respondería a las necesidades percibidas por sus ciudadanos. No trataría a todas las ideas como iguales ni asumiría que las ideas deberían ser tratadas como si fuesen iguales, ni tampoco haría juicios acerca de si las ideas no tienen, o tienen poco, valor.

Solamente sobre la base del texto, este enfoque del estado parlamentario parece implausible como interpretación de Fiss. Iguala explícitamente a los votantes con los consumidores de información, y entonces priva al estado de criterio para la evaluación independiente de la riqueza o calidad del debate público. Además, Fiss nunca asocia la invocación del estado parlamentario con una discusión enfocada acerca de las necesidades autónomas de un público. En su lugar, centra su atención casi invariablemente en la supresión desigual de ciertos puntos de vista particulares. Lo más importante, no obstante, es que su enfoque del estado parlamentario terminará, finalmente, siendo indistinguible del estado pedagógico. Esto se debe a que el estado no puede nunca realmente saber qué información es de hecho “relevante” para sus ciudadanos, y entonces se vería forzado a diseminar información considerada como relevante para sus ciudadanos “razonables” (o algún equivalente). Dado que la construcción de la “razonabilidad” es inevitablemente normativa, el estado, en la práctica, se vería forzado a asumir el rol de maestro. No diseminaría realmente los puntos de vista que considera que no tienen, o tienen poco, valor.

parece apelar a la muy diferente noción de que se requiere que el estado afirmativamente asegure que todas personas ejerzan su igual influencia sobre el discurso público.

Pueden observarse rastros de esta perspectiva en el análisis que Fiss realiza de los efectos sociológicos que genera el “silenciar” la pornografía. Siguiendo a McKinnon, Fiss argumenta que la pornografía “lleva a que los hombres no escuchen lo que las mujeres tienen para decir o que no las tomen en serio; y es ésta la práctica social que empobrece al debate público” (pp.85-86). Fiss concluye que bajo dichas circunstancias la restricción de la pornografía no transforma al estado en “un censor, sino en un parlamentario, que requiere que algunos se callen para que otros puedan hablar” (pp.84-85).

Estos fragmentos muestran la manera en que Fiss enlaza la imagen del estado como un parlamentario (permitiendo a todos que hablen) con la imagen de un estado como un maestro (que resguarda al debate público de ser empobrecido). Pero estas dos imágenes deben d. Puede observarse claramente la diferencia haciendo referencia al rol del crítico literario. Una función del crítico es disminuir la influencia de los novelistas malos e incrementar la influencia de los novelistas buenos. El crítico cumple entonces un rol de maestro, no parlamentario; incrementa la calidad del discurso público, y lo hace privando a algunos de los oradores con influencia.

El compromiso de Fiss hacia el estado parlamentario puede entonces interpretarse como que éste cree que las mujeres deberían tener el derecho a ser tomadas “en serio”, sin importar si esto mejora edebate público. Pero si formulamos el asunto de dicha manera, debemos preguntarnos si el derecho propuesto también incluye a los novelistas malos. ¿Creemos que los novelistas malos tienen un derecho que surge de la Primer Enmienda a ejercer la misma influencia que ejercen los novelistas buenos sobre el discurso público, de manera tal que se pueda requerir que el estado parlamentario restrinja las críticas negativas?

Con sólo formular esta pregunta se ve que la influencia se debe en cierta medida al resultado de la evaluación de las ideas, y por este motivo, los esfuerzos por igualar la influencia deben involucrar tanto la igualación de ideas como el control de los procesos íntimos e independientes mediante los cuales los individuos evalúan las ideas³⁵.

Quizás, entonces, podemos interpretar Liberalismo Dividido como expresando una visión distinta y más suave de la igualdad entre las personas. Aunque no todos pueden y deben ejercer igual influencia sobre el debate público, Fiss ocasionalmente escribe como si todos debieran tener igual oportunidad para ejercerla. Entonces, por ejemplo, Fiss afirma que “la democracia requiere que todos tengan igual oportunidad para hablar y ser escuchados”³⁶. La oportunidad para hablar y ser escuchado subyace a la defensa que Fiss hace de la ordenanza de San Pablo en *R.A.V v. City of St.Paul*³⁷. Fiss argumenta que al prohibir el discurso de odio “la ciudad está actuando como un parlamentario al intentar terminar con un patrón de conducta que tiende a silenciar un grupo distorsionando entonces o deformando al debate público” (p.117). La noción de “distorsión” del debate público, sin embargo, tiene sentido únicamente contra una línea de base. Fiss parece utilizar la imagen del estado parlamentario para identificar una línea de fondo en la que se otorga a todos una oportunidad justa para hablar e influenciar al debate público³⁸. El debate público se “distorsiona” si se otorga a algunas personas una mayor oportunidad que otros para afectar al debate público.

³⁵ Ver Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* 27-28 (1996).

³⁶ P. 85. La oración citada en el texto me parece violentamente inconsistente con la proposición que Fiss reitera en *Liberalismo Dividido*, de que la Primer Enmienda requiere, no que todos tengan la posibilidad de hablar, sino que todo lo que valga la pena que se diga se diga. Esto es un ejemplo de cómo postular la igualdad de personas postulada llevará necesariamente a inconsistencias con varias prescripciones políticas también discutidas en *Liberalismo Dividido*.

³⁷ 505 U.S. 377 (1992).

³⁸ Si Fiss hubiese querido referirse a una base de un debate público rico e informativo, entonces se hubiese referido en el fragmento al estado pedagógico en lugar de al estado parlamentario. En su rol de parlamentario, sin embargo, el estado debe “abstenerse de elegir entre puntos de vista”. Debe, en su lugar, “asegurar que todos los puntos de vista sean completa y justamente escuchados”. P.101. Fiss parece justificar la ordenanza de San Pablo sobre estas bases generales de la justicia, en lugar de sobre la base de que ciertos puntos de vista silenciados por el discurso de odio son especialmente valiosos o necesarios para el debate público. Alternativamente, por supuesto, Fiss pudo haber querido referirse a la base de un debate público en el que todos los puntos de vista potenciales son presentados igualitariamente. Pero, como hemos visto anteriormente, la igualdad de ideas postulada que apoya esta visión es bastante implausible.

Puede denegarse a las personas la oportunidad de ejercer influencia sobre el debate público de diversas maneras. Algunas de ellas son perfectamente aceptables, mientras que otras son indiscutiblemente ilegales. Un ejemplo de las primeras se observa en el caso en el que la revisión de un crítico literario impresionantemente efectivo le deniega a un joven novelista toda esperanza de publicaciones futuras. Un ejemplo de las segundas se observa cuando se le deniega a una persona la oportunidad de afectar al debate público por motivos de chantaje, extorsión, o amenaza de fuerza. Hay, entonces, maneras constitucionales legítimas e ilegítimas de denegar la oportunidad de ejercer influencias al debate público³⁹.

Postular que las personas tienen un derecho a igual oportunidad para ejercer influencia sobre el debate público, no obstante, implica operar a un nivel de abstracción que trasciende dichas diferencias. Fiss nunca realiza un esfuerzo extenso por establecer la legitimidad o ilegitimidad de ciertos métodos en particular utilizados para denegar el acceso a la influencia. Parece interesado, en cambio, en expresar un derecho general de igual acceso a la influencia. Uno podría imaginarse a este derecho representado en una propuesta (que Fiss no realiza) que consista en que todos los ciudadanos reciban igual acceso a tiempo frente a los medios de comunicación, como puede ser, por ejemplo, cinco minutos por persona. Bajo dicha propuesta, cada ciudadano tendría una oportunidad exactamente igual al resto

³⁹ Fiss parece reconocer este punto cuando intenta distinguir entre dos maneras en que las mujeres son “silenciadas” por la pornografía. La primera es “ideológica” y ocurre cuando el silenciamiento tiene por causa “puramente por el contenido de” la pornografía. P. 85. La segunda es “sociológica”, y es causada por “las dimensiones industriales de la pornografía”. Id. Fiss cree que el silenciamiento ideológico no debe ser la base para restringir la pornografía, porque daría al estado “el poder para determinar cuáles ideas deberían entrar o ser parte del debate público, un poder que es inconsistente con el valor que se confía a la Primer Enmienda: la soberanía popular” Id. No obstante, Fiss sí cree que la pornografía puede ser restringida porque causa un silenciamiento sociológico.

Creo que la distinción de Fiss es irrealizable, porque que la influencia de todas las ideas ocurre dentro del contexto de circunstancias sociales. Dichas circunstancias incluyen el estatus de un orador, los prejuicios sociales existentes, y demás. Por esta razón, los esfuerzos para evaluar la fuerza “ideológica” de una idea normalmente exponen y descuentan las circunstancias sociales que afectan la recepción de una idea. Ver Post, Racist Speech, supra nota 28, en 306-07. Estos esfuerzos nunca son completamente exitosos, sin embargo, dado que los intentos de distinguir la fuerza puramente cognitiva de una idea, de un escenario social en el que la idea es avanzada, serán en sí mismos influenciados por las circunstancias sociales. Porque típicamente no tenemos acceso a tal perspectiva (por lo menos en relación a afirmaciones distintas de aquellas con una razón instrumental), la distinción de Fiss, en el fondo, se resume en una licencia para discriminar entre oradores.

para ejercer influencia sobre el debate público. El discurso, como el derecho a votar, sería distribuido a los ciudadanos en términos perfectamente iguales.

Noten cómo esta propuesta revela la tensión entre la meta de mejorar la calidad del debate público y la meta de asegurar que “todos tengan igual oportunidad de hablar y ser escuchado” (p.87). No hay nada menos rico e informativo que la programación de televisión dedicado a darle a cada ciudadano exactamente la misma cantidad de tiempo para hablar acerca del tema que cada uno elija. No obstante, si nadie interpreta a la imagen del estado “como un parlamentario magnánimo, que asegura que todos los puntos de vista sean completa y justamente escuchados” (p.101), y que requiere que todos los ciudadanos tengan igual oportunidad para influenciar al debate público, este resultado triste parece inevitable⁴⁰.

El punto que deseo explorar, sin embargo, es la relación entre un derecho general a la igualdad de oportunidad para influenciar al debate público y el valor fundamental de la Primer Enmienda de la autodeterminación colectiva. Asignar el discurso en partes exactamente iguales implica separar al discurso del conocimiento. Quienes saben más no tendrán la oportunidad de hablar más. De hecho, asignar el discurso en partes exactamente iguales separa la expresión de todas las circunstancias motivadoras que en la vida actual subyace al impulso de hablar.

Podríamos aceptar dicha separación bajo circunstancias limitadas y formales, como por ejemplo en una asamblea popular o legislativa, en donde la necesidad requiere que prevalezcan las reglas formales de igualdad de oportunidad⁴¹. No obstante, conceptualizar a

⁴⁰ Es posible, sin embargo, que Fiss busque que se interprete el concepto de “igual oportunidad” en un sentido puramente aleatorio, para que su meta sea satisfecha mediante una lotería, ofreciendo a cada ciudadano exactamente la misma oportunidad para recibir una asignación de tiempo en el medio de comunicación para hablar acerca del tema a su elección. Pero esta interpretación parecería no tener nada para recomendar, y sería pasible de las mismas objeciones (discutidas en el texto) que el concepto de “igual oportunidad”.

⁴¹ Sobre el motivo instrumental que debe servir de base para el concepto de “necesidad”, ver Post, supra nota 17.

toda la expresión como separada de esta manera de las fuentes de acción implica una receta segura para la alienación. Encajar la expresión a la igualdad separaría al discurso de los contextos sociales que impulsan la participación, y de esta manera cortarían la conexión entre la expresión y la base del compromiso individual. En tal sistema, el discurso público no podría continuar mediando entre la autodeterminación individual y la colectiva. Interpretar que la Constitución requiere que el estado asegure que todos los ciudadanos tengan igual oportunidad para influenciar al debate público, entonces, contradiría el valor básico de la autodeterminación colectiva contemplado en la Primer Enmienda⁴².

VIII.

A pesar de los mejores esfuerzos de Fiss, parece difícil incluir la “igualdad” dentro de la Primer Enmienda, excepto en la medida en que la igualdad se refiera a la agencia auto determinante de los ciudadanos democráticos. Los enfoques que intentan maximizar otros tipos de igualdad de ideas o personas son implausibles o inconsistentes con el principio de autogobierno colectivo. El ideal del estado parlamentario, un *leitmotif* del Liberalismo Dividido, parece entonces representar una forma de igualdad un tanto en desacuerdo con las metas intrínsecas de la Primer Enmienda. Refleja una verdadera tensión entre la igualdad y la libertad, y no expresa, tal como Fiss ha deseado demostrar, un conflicto interno dentro de la libertad.

¿Qué debemos hacer, entonces, con las acusaciones poderosas que Fiss hace a las inequidades infligidas por los medios de comunicación contemporáneos, con su acertada percepción de las muchas maneras en que la calidad de nuestro discurso público es

⁴² El argumento de que los ciudadanos poseen un derecho general de igual acceso a la influencia del debate público, entonces, debería distinguirse fundamentalmente del argumento de que los ciudadanos deberían tener suficiente acceso al debate, para asegurar que el debate público cumpla para ellos la función de reconciliar la autonomía individual con la colectiva. Este último argumento no es únicamente consistente con la tradición del libre discurso, sino que también la implica. Ver id. en 1133-36. Es un argumento que contraría a la naturaleza de la libertad, sin embargo, y no a los valores igualitarios representados por la metáfora del estado parlamentario.

socavado por la deformación de las fuerzas del mercado? Una posible solución es adoptar la imagen alternativa que propone Fiss, aquella del estado pedagógico. He argumentado en otra ocasión que dicha imagen del estado es incompatible con el autogobierno democrático⁴³. No repetiré los argumentos. Alcanza con decir que los ciudadanos embarcados en la autodeterminación colectiva a través de la participación en el discurso público no son estudiantes a quienes hay que educar, sino amos autónomos de sus propios destinos. Son adultos, no alumnos.

Entender al estado como un maestro implica permitir al estado definir la agenda y los parámetros del debate público. Implica presuponer la existencia de un punto arquimédico que se coloca fuera del proceso de la autodeterminación. Esto sería cierto incluso si la ambición del estado pedagógico meramente presentase “completa y justamente” a todos los puntos de vista de los asuntos públicos que el estado considera plausible y socialmente relevante. Aunque Fiss refiere a la agenda del discurso público como un fenómeno natural que se desarrolla “orgánicamente” sin intervención pública (p.118), de hecho, tal como acertadamente notó un reconocido científico social, “Lo que justamente es un asunto político es en sí un asunto político”⁴⁴. Por este motivo, la imagen del estado pedagógico es en su actualidad profundamente anti-democrática. Convertir al estado en árbitro final de la calidad y agenda del discurso público le daría finalmente al estado “el poder de determinar qué ideas deben entrar o ser parte del debate público”, un poder que el mismo Fiss reconoce como “inconsistente con el valor confiado a la Primer Enmienda, la soberanía popular” (p.85).

¿Debemos, entonces, simplemente aceptar las insuficiencias de nuestra vergonzosa estructura de comunicación? ¿Acaso no existen remedios consistentes con la tradición del libre discurso? Daré razones en contra de dicha posición. El valor de la autodeterminación

⁴³ Ver id. Desde ya que hay un rol apropiado para el estado visto como un maestro, y el proyecto de la educación pública se apoya en dicho rol. El estado como un educador, sin embargo, crea estructuras de supervisión directiva, en lugar del autogobierno democrático. Ver, e.g., Post, *Subsidized Speech*, supra nota 3, en 165-67; Post, *Racist Speech*, supra nota 28, en 317-25.

⁴⁴ William H. Riker, *Introduction to Agenda Formation* 1, 3 (William H. Riker ed., 1993).

colectiva en Primer Enmienda es en sí mismo predominante únicamente dentro del arena del discurso público, y mucha de la regulación fuera de dicha arena es entonces poco problemática⁴⁵. Los límites de aquella arena son negociables. Entonces, por ejemplo, describí en otra oportunidad cómo la dominación corporativa de los multi-medios podrían quizás ser abordados mediante la caracterización de ciertos medios de difusión como funcionarios públicos, y entonces como sujetos a varias formas de regulación que de otro modo estarían prohibidos por la tradición del libre discurso⁴⁶. Incluso dentro del ámbito del discurso público, sin embargo, la tradición del libre discurso reconoce ciertas justificaciones a las restricciones del discurso. En otras palabras, he intentado esbozar cómo se verían dichas justificaciones en el contexto de una reforma a la campaña de financiamiento⁴⁷. Ciertamente, que el estado actúe positivamente para subsidiar y así suplementar y mejorar el discurso público resulta compatible con la tradición del libre discurso⁴⁸. Todos estos métodos ayudarían a mejorar las desgracias que Fiss diagnosticó tan efectivamente.

Ninguno de estos enfoques, sin embargo, denegaría el principio de la autonomía del orador. Ninguno denegaría el concepto de los derechos individuales. Ninguno impondría las normas igualitarias implícitas en la imagen del estado parlamentario. Cada enfoque respetaría al discurso público como un medio para la reconciliación de la autonomía individual y colectiva.

¿Por qué Fiss, entonces, los ignora a favor de un rechazo hacia la tradición del libre discurso? Sospecho que se debe a que Fiss ve en la tradición del libre discurso una

⁴⁵ Ver Post, *Recuperating*, supra nota 3.

⁴⁶ Para una discusión sobre la naturaleza de dicho argumento, ver Post, supra nota 17, en 1125-28; Post, *Subsidized Speech*, supra nota 3, en 158-63.

⁴⁷ Ver Post, supra nota 17. Para una discusión acerca de cómo serían los remedios para el discurso bajo el contexto de la tradición del libre discurso, ver Post, *Racist Speech*, supra nota 28.

⁴⁸ Sobre la autoridad del estado para suplementar el discurso público, ver Post, *Subsidized Speech*, supra nota 3, en 176-94.

concepción del estado que desea atacar. Fiss es franco al decir que ha sido inspirado por “nuestra experiencia histórica del estado activista en los sesenta” (p.43). Durante la década del sesenta, el estado, ejemplificado particularmente por la “independencia” de la rama judicial (p.44), se colocó por encima y en contra de los prejuicios sociales de la sociedad y las inequidades económicas del mercado (p.4). Dado que no se podía confiar en la sociedad y en los procesos mayoritarios, el poder judicial funcionó como una fuente independiente del valor constitucional. Fiss quiere traer esta misma perspectiva a la jurisprudencia de la Primer Enmienda. *Liberalismo Dividido* apela francamente a la historia del heroísmo judicial ejemplificado en los sesenta (pp.43-44).

Cuando se aplica al heroísmo al proceso de la autodeterminación colectiva, sin embargo, éste entra en tensión con la suposición más básica de la tradición del libre discurso. Dicha suposición es capturada concisamente en *New York Times c. Sullivan*, cuando cita a la observación de Madison, “las personas, y no el gobierno, poseen soberanía absoluta”⁴⁹. El autogobierno democrático es el centro de la tradición del libre discurso. El comentario del *New York Times* de que el debate público debería ser “desinhibido, robusto y abierto”, que a Fiss tanto le gusta citar, es meramente una proposición derivada⁵⁰.

La tradición del libre discurso, por supuesto, imagina al estado, tal como Fiss desea presentarlo, como “un posible amigo de la libertad” (p.5). Puede autorizar al estado a personificar y hacer progresar a los valores sociales importantes, incluyendo valores igualitarios, tal como lo hizo en los sesenta. Incluso puede alentar al estado miso a enriquecer al debate público⁵¹. Pero lo que no puede permitir la tradición del libre discurso es la elevación del estado a una fuente de valores nacionales capaz de censurar

⁴⁹ *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254, 274 (1964).

⁵⁰ *New York Times*, 376 U.S. at 270; ver p. 13 (citando al mismo).

⁵¹ Ver Post, *Subsidized Speech*, supra nota 3, at 176-94.

⁵² Agregó la palabra “inapropiadamente” porque bajo ciertas circunstancias la tradición del libre discurso permitiría, y quizás incluso requiera, restricciones al discurso público. Ver, e.g., Robert C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 Harv. L. Rev. 601, 638-44, 660 (1990); Post, supra nota 17, at 1133-36. 95 Mich. L. Rev. 1517

inapropiadamente el discurso público por sí⁵². Esto importaría anticipar y contradecir al mismo proceso del autogobierno democrático.

Fiss interpreta a estas limitaciones auto-impuestas como meros “sentimientos igualitarios” (p.34). Propone, por lo tanto, una forma de la jurisprudencia del libre discurso en la que el estado está autorizado a regular el discurso público, tanto como un maestro o como un parlamentario que refuerza normas igualitarias. Pero al hacerlo, Fiss necesariamente pone al esto en la posición de dictar a las personas el resultado de sus deliberaciones públicas.

Concuerdo con Fiss en que las batallas de la década del sesenta eran una justificación magnífica de nuestra tradición constitucional. No obstante, temo que Liberalismo Dividido sugiere que posiblemente hemos aprendido una mala lección de dicha justificación. Posiblemente aprendimos que el camino a la reforma sirve meramente para reflejar nuestros propios valores del estado (que sin duda son admirables), incluso si al hacerlo estamos limitando procesos esenciales de la autodeterminación colectiva.

En el fondo, entonces, la celebración que Liberalismo Dividido hace del estado revela una tenue e incierta comprensión del valor del autogobierno democrático. La soberanía popular ha llegado a parecer como un mero impedimento para el logro de una reforma. Este es un precio muy alto para pagar por el éxito de los sesenta. A mi juicio, es demasiado alto. Desde luego debemos primero analizar si no podemos lograr un mayor progreso sin aumentar la cuenta.

El logro particular del Liberalismo Dividido es haber presentado una aguda y astuta perspectiva de la necesidad de otra reforma. A pesar de que el libro no es una guía confiable sobre cómo lograr dicha reforma constitucionalmente, ofrece una acertada mirada de los aspectos disfuncionales de la estructura actual de la comunicación. Articula un

poderoso y memorable recuento de una agenda progresiva para el próximo siglo. Únicamente por eso le debemos a Fiss una gran deuda.