

ESCUCHANDO AL PROFESOR OWEN FISS:

de nuevo sobre la libertad de expresión y los compromisos democráticos

Por Miguel Ángel Benedetti (*)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
lunes 30-06-2008, desde 18.30 hs.

- I -

Para la fecha y lugar indicados, en el auditorio de la sede porteña de la Universidad de Palermo, se anunciaba la conferencia del citado profesor de *Yale Law School*, (New Haven, U.S.A.) bajo el título: “**La libertad de expresión y las dos caras del Estado**” (con traducción simultánea), en el marco de un ciclo de conferencias organizada conjuntamente por las mencionadas instituciones, local y foránea¹.

No habíamos tenido oportunidad de escucharlo de viva voz con anterioridad. Y vaya si valía la pena... Al volver sobre alguno de los problemas de la deliberación democrática y la libertad de expresión, parecía pertinente rememorarlos en estas pocas líneas. Son más que obvias las correspondencias con nuestro aquí y ahora (ya transitando los veinticinco años de restablecimiento constitucional), en relación a las maneras de garantizar el pleno goce y efectivo ejercicio de la libertad de palabra, de opinión, de crítica, para amplios y silenciados sectores de nuestra sociedad en cuestiones de trascendencia pública. En tal sentido, tal vez, esta reseña contribuya en algo al inaplazable debate sobre la cuestión.

Antes de ir al encuentro de nuestras notas y apuntes sobre lo visto y oído en dicha conferencia, resulta indispensable consignar un par de aclaraciones preliminares. Ante todo, asumimos la inevitable dificultad que genera toda traducción jurídica, máxime cuando ésta lo es en forma instantánea². De todas formas,

(*) El autor de esta reseña es Director del Instituto de Derecho Constitucional (CALP).

¹ Diario “La Nación”, domingo 22-06-2008, anunciaba esta conferencia y expositor, junto con otros profesores de *Yale*: Robert Burt y Daniel Markovits (25/06); el decano Harold Koh (26/06); y el matrimonio Robert Post y Reva Siegel (ambos, el 1º y 2 de julio). Los dos últimos, junto al profesor Paul Kahn, estaban en primera fila para escuchar al orador Fiss, el día y hora señalados más arriba.

² Para superar algunos de los problemas específicos de estos menesteres, hemos tenido muy en cuenta los ineludibles consejos brindados por el profesor argentino de *Columbia University Law School*, Alejandro GARRO, “Importancia del derecho comparado para la traducción jurídica: Ejercicio práctico en búsqueda de correspondencias funcionales”, publicado en Revista “Apuntes” (Intérpretes y Traductores del Español), vol. 12, Nº 1, Invierno 2004, p.7.

advertimos que no seguiremos a raja tabla el orden textual de la magistral exposición y que en el cuerpo de reseña sólo procuramos destacar las relevantes consideraciones en torno a su “núcleo duro”³.

Dicho lo anterior, cabe anticipar que lo expuesto por Fiss pareciera una puesta al día oral de conocidas posiciones ya escritas por él mismo en su ya clásica obra traducida como *La ironía de la libertad de expresión*⁴ (incluso podríamos computar su más específico trabajo intitulado como “El carácter indócil de la política”⁵). Por ende, lo que sigue podrá ser complementado con la lectura de dicho/s trabajo/s del autor.

- II -

La ocasión referida fue propicia para que Owen M. Fiss recibiera -por su frondosa trayectoria académica⁶- el título de Doctor *Honoris Causa* de la Universidad de Palermo por intermedio del profesor Roberto Saba⁷.

Como lo anticipa el título de la conferencia bajo reseña, el eje de su microfónica voz giró en torno a su visión bifronte del Estado: no sólo en su tradicional versión de “enemigo” de la libertad de expresión sino también como necesario “amigo” de la misma. Aunque este último aspecto fue el centro de su exposición, no está demás aclarar que el autor no dejó de reafirmar las siempre peligrosas ingerencias estatales en desmedro de la valiosa libertad de expresión, por caso a través de la censura previa, directa o indirecta, hasta las más “sutiles” maneras de censura. Empero, como se anticipara, su conferencia hizo hincapié en otra dirección. Allí vamos.

³ Para tal cometido, el uso de las expresiones entre comillas que se usan en esta reseña no necesariamente son literalmente exactas; ellas aluden a los apuntes (no taquigráficos) tomados por nuestra parte a partir de la doble y simultánea escucha del decir del propio profesor Fiss en inglés y/o de el/os interprete/s. Para atenuar cualquier sesgo de involuntaria discrecionalidad personal, consignamos que las breves y esporádicas acotaciones de nuestra parte se destinan preferentemente en nota al pie, y que la reseña propiamente dicha fue confrontada y depurada con notas y recuerdos de otros colegas asistentes, ambos miembros del Instituto de Derecho Constitucional (CALP): Emanuel Lovelli y Jimena Sáenz. Por ello y para ellos, va nuestro agradecimiento; y un especial reconocimiento para la última nombrada por sus valiosas sugerencias para esta presentación.

⁴ *The Irony of Free Speech*, fue originalmente publicado por *Harvard University Press*, Cambridge, MA. 1996; traducido por Ferreres Comella y Jorge F. Malem Señá para su edición en español en Editorial Gedisa, Barcelona, 1999. Para una instructiva reseña de esta obra ya clásica, puede consultarse su comentario bibliográfico de Roberto SABA (Revista Jurídica la Universidad de Palermo, Año 2, Nº 1 y 2 – abril, 1997-, p. 249).

⁵ El título original de este artículo es “*The Unruly Character of Politics*”, publicado en *McGregor Law Review* 1 (1977) y traducido por María Luisa Piqué y María Victoria Ricciardi con la supervisión de Jeremy Rossman en la revista *Lecciones y Ensayos* de la Facultad de Derecho (UBA), año 2004 nº 80 p. 41.

⁶ Puede consultarse el siguiente sitio de la web: <http://www.law.yale.edu/faculty/OFiss.htm>.

⁷ Por su parte, el delgado y canoso profesor norteamericano, con impecable saco azul y corbata rosa, inmediatamente después de agradecer debidamente tal merecimiento no dejó de evocar la especial relación que guarda con Argentina desde su prolongada y estrecha vinculación personal con el siempre recordado Carlos Santiago Nino, para quien tuvo emotivas y valiosas palabras.

En el esperado comienzo de la disertación, se escuchó la importancia que el profesor otorga a la educación para nivelar las desigualdades de hecho existentes en la sociedad. Ahora bien, como es sabido que el sistema educativo puede dividirse en formal e informal, resaltó que este último tiene cada vez mayor gravitación, especialmente a través de las nuevas tecnologías⁸. Si a esto se suma que en las democracias occidentales, los medios masivos de comunicación están preponderantemente en manos privadas, entonces, es comprensible que planteara el otro “peligro”, denominado por Fiss como “**censura gerencial**” (*managerial censorship*). En ese sentido, dijo el elocuente profesor: “Ese peligro está presente, incluso, dentro de un mercado competitivo”.⁹ Esa búsqueda de “maximizar sus ganancias”, provoca un “riesgo”, que consiste en que la atención de los medios se desplace de su función de información, formación y apertura de canales alternativos de participación de los ciudadanos a los efectos de robustecer el debate democrático hacia aquella búsqueda de ganancias siguiendo los intereses de sus anunciantes privados.

En este punto, en lugar de otros desarrollos, Owen F. prefirió ejemplificar: si un editor o dueño privado de un medio de comunicación responde a determinadas presiones económicas o si prefiere, “para no perder anunciantes” en entretener en lugar de informar o si opta, por caso, por “no informar sobre los peligros nucleares”¹⁰. En tales supuestos, el medio de comunicación está “fallando con su responsabilidad democrática”, sentenció. De lo que se trata –añadió- es de impedir que ciertas expresiones sufran “silenciamiento”¹¹.

Frente a esas “amenazas”, el disertante sostuvo que el Estado es quien puede ejercer una acción para regular esa fracción del mercado; sólo el Estado puede –y

⁸ Esto nos recuerda a un pasaje de uno de los votos del caso “Repetto” de nuestra Corte Federal (Fallos: 308:2272): “La función de socialización se cumple hoy en importantísima medida por medio de la *educación no sistemática*, sino *parasistemática*, ejercida en buena parte -al margen de que ello sea deseable o no- por los *medios masivos de comunicación: la televisión, la radio, la prensa*” (Considerando 14 del voto concurrente del ministro Carlos S. Fayt en fallo aludido; las cursivas, nuestras). En lo que aquí más interesa, sin perjuicio de los múltiples votos del mentado juez, vale recordar que como autor ha recopilado y sistematizado la totalidad de fallos de la Corte Federal desde 1863 hasta el 2000 sobre libertad de prensa (FAYT, Carlos Santiago. *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Estrategias de la Prensa ante el riesgo de extinción*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001).

⁹ A *fortiori* de estas palabras no es difícil inferir que el peligro es mayúsculo cuando existen situaciones monopólicas o de posición dominante en el mercado. Interesa recordar que nuestra Corte Federal hizo un fugaz pero significativa referencia a la “revolución de la comunicaciones” y las transformación de la prensa “en no competitiva” en considerandos 8 y 9 del voto mayoritario (entre los que firma el ministro Fayt) del caso *Ekmekdjian vs. Sofovich* del 7-7-92 (Fallos: 315:1492).

¹⁰ El controversial ejemplo de la tensión entre la energía nuclear y la libertad de expresión es significativo pues supone el persistente interés estatal en mantener la “reserva” por razones de seguridad. Tanto es así que dicho ejemplo ya había sido cuestionado por el conocido juez de la Corte norteamericana, W.O. Douglas, en una conferencia de 1957, vertida en el contexto político de la “guerra fría” (DOUGLAS, William O. *El derecho del pueblo*. Plaza & Janés S.A., Buenos Aires, traducción de Oscar Muslera, 1963, pp.61-63).

¹¹ Recuérdese –y/o consúltese- sus precisiones escritas en el primer capítulo de *La ironía de la libertad de expresión: “La expresión y su efecto silenciador”*.

debe- intervenir a los efectos de que ninguna voz quede excluida del debate público. En esos casos, Fiss considera que el “Estado es amigo de la libertad de expresión”, sin olvidar –como se anticipara- que a través de los distintos tipos de “censura” el Estado también es “enemigo” de dicha libertad preferida. Allí, entonces, las “dos caras” estatales y una de las ironías que conlleva la libertad de expresión.

En lugar de ahondar en puntuales y eventuales precisiones regulativas (mecanismos y formas concretas de intervención), el conferencista insistió en una cuestión de enfoque con variadas referencias ejemplificativas, siempre despojadas de toda cita de autoridad, con una aislada excepción que se recuerda sobre el final. Con ese entendimiento, para ilustrar su posición, recordó los intentos del Congreso en “impedir” que un periódico tenga también un canal de T.V. o cuando “obliga” a emitir determinados programas de interés general o ceder espacios gratuitos a los partidos políticos. También recordó que no debe perderse de vista que los recursos del “aire” son siempre “escasos” y, por ende, en dicho contexto de escasez “si se autoriza su utilización para una cosa, se está privando a otro de su utilización”.

A esta altura de la reseña es claro que la exposición se dirigió menos hacia la conocida “cara” del Estado como potencial “enemigo” de la libertad de expresión y más a la otra -la de “amigo”- a fin de limitar la autonomía de los “medios de comunicación”, entendiendo esa “autonomía” –a diferencia de la autonomía personal o individual- como meramente “instrumental”. Es decir, que de ninguna manera se trata –según advirtió- de restringir a “una persona que habla en una esquina”; y mucho menos intentar algún tipo de censura a la expresión por “más duras que sean” su críticas, infatizó. Así, evocó -sin citarlo- al ya célebre pasaje del juez Brennan acerca del “compromiso profundo, desinhibido, robusto y abierto”¹². En esa línea, el expositor se ocupó –como venimos diciendo- de remarcar el rol del Estado como “amigo” de la libertad de expresión, ya que, en este caso, “las limitaciones no las puede dar el mercado”¹³. En tal sentido asumió como importantes pero no suficientes los “Consejos de prensa” y “las escuelas de periodismo”. Llegó a utilizar la palabra “fragilidad” en referencia a esas iniciativas. Por ello, recalcó que es “el Estado quien debe regular” las fuerzas del mercado.

El fundamento de esta “amigable” ingerencia estatal radicaría, siempre según el profesor de *Yale*, en la “función” que tienen los medios de comunicación “en el

¹² En obvia referencia al caso *The New York Times vs. Sullivan* de 1964 de la Corte Norteamericana (376 U.S. 254). Vale recordar que Owen Fiss fue asistente del juez Brennan en la Corte norteamericana.

¹³ Si se conecta esta idea con la apuntada referencia a los “peligros” del “mercado competitivo”, es por demás evidente que para Owen Fiss el mercado tiene efectos restrictivos sobre la función que la prensa debe cumplir en una sociedad democrática.

sistema educativo informal”, función educativa que vinculó desde el inicio, por un lado, con su potencial igualitario y, por otro, con el fortalecimiento de la deliberación democrática. En tal sentido, el combate contra la llamada por Fiss “censura gerencial”, es para “preservar la democracia”, de ninguna manera para restringirla¹⁴. En suma, el “interés estatal urgente” que justificaría este tipo de ingerencia estaría dado por la necesidad de “agrandar las posibilidades de expresión, para más democracia”; “mejorar y no limitar la capacidad *colectiva* de expresión”¹⁵. A su vez, el otro límite de esta intervención estatal sería que debe utilizar el “menor” medio de regulación.

El propio Owen Fiss se encargó de reconocer que “el riesgo está siempre presente” en este tipo de actividad estatal. Ya que siempre puede ocurrir que, so pretexto de proteger y alentar el debate público, el Estado invoque esta argumentación democrática, como “excusa” para “silenciar las críticas”. Frente a tal posibilidad, destacó la importancia de que sean “los jueces” quienes “controlen si el Estado actúa como ‘enemigo’ o como ‘amigo’”. En ese control estricto de fines (el interés estatal urgente) y de medios (el menor, en términos limitativos de derechos), dijo: “los jueces” no deben juzgar “intenciones”, sino “si se amplía [-o no-] el horizonte de la ciudadanía para el autogobierno”¹⁶.

Así fue concluyendo su exposición para dar paso a la ronda de preguntas por parte de los asistentes. Nos parece que los muy interesantes interrogantes apuntaron más hacia la “cara” menos tratada por el ilustre orador en su disertación, es decir, el

¹⁴ Aunque con otra impronta, algo semejante parece decir la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el art.13 C.A.D.H. en el reciente caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2-5-2008. En su párr.57 del voto mayoritario se dice: “Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, **el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.** En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas”, agregando en nota al pie n° 51: “**es indispensable [...] la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos,** cualquiera sea la forma que pretenda adoptar” (las negritas son nuestras).

¹⁵ Respecto a la faz colectiva de este derecho, en el mismo caso citado en nota anterior, se puede leer en párr.53 del voto mayoritario: “**la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social:** ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero **implica también, por otro lado, un derecho colectivo** a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (las negritas, nuestras). El texto completo del mentado caso *Kimel vs. Argentina* puede consultarse en el sitio web de la Corte IDH. De rondón, permítasenos señalar que la problemática derivada de este decisorio internacional fue debatida en el seno del Instituto de Derechos Constitucional (CALP) a partir de la presentación oral de otro de sus miembros, con antelación al anuncio de la conferencia bajo reseña.

¹⁶ Aunque Fiss no lo denominara, se podría llamar a este tipo de control como “test del auto-gobierno” para recuperar una expresión que usaron los legendarios jueces norteamericanos Brandeis y Holmes.

Estado como “enemigo” de la libertad¹⁷. Sin embargo, a los fines de esta reseña preferimos destacar aquí algunas respuestas donde el dúctil profesor supo como retomar –al menos, por dos veces- el que fuera el eje central de su exposición (el Estado como “amigo”).

En primer lugar, cuando -ante un equívoco requerimiento acerca de la globalización contemporánea- el propio orador no deja pasar la ocasión y aprovecha para agregar que el combate contra la denominada “censura gerencial” sobre la cual había discurrido se hace, en ese contexto, “más grave y difícil”, ilustrando esa dificultad autopreguntándose: cómo hace un Estado Nacional para regular las emisiones de la CNN que provienen desde Atlanta *city*?

Por último, cuando -ante una más que pertinente pregunta de la profesora Paola Bergallo sobre los llamados “observatorios de medios” y la posible tensión con la libertad de expresión-, Fiss respondió con una inesperada y puntual evocación de Michel Foucault en sus estudios “sobre el panóptico”: “desde Foucault sabemos que observar es controlar” se le escuchó decir, como si pretendiera dar a entender sus reparos a este tipo de iniciativas, advertencia que sería matizada en otra ocasión¹⁸.

- III -

Concluida esta experiencia presencial, para el debate pendiente sobre el tema reseñado, quizá sea oportuno recordar las apodícticas palabras finales de *La ironía de la libertad de expresión*:

“... Debemos aprender a abrazar una verdad que está llena de ironía y de contradicción: que el Estado puede ser tanto un amigo como un enemigo de la libertad de expresión; que puede hacer cosas terribles para socavar la democracia, pero también cosas maravillosas para fomentarlas. Ésta es, me temo, una verdad compleja, mucho más compleja de lo que hemos querido admitir durante hace ya bastante tiempo, pero es una verdad que todavía está –espero- a nuestro alcance”.-

¹⁷ Por el sesgo elegido para esta reseña, se dejan de lado las trascendentes respuestas brindadas por Fiss a distintos interrogantes que se le plantearan sobre el Estado como “enemigo” de la libertad (i.e. preguntado si descartaría el derecho penal para sancionar abusos de la prensa, el profesor contestó: que no, pero solo para ciertos casos extremos como la incitación al odio, insistiendo que el Estado puede actuar por otros medios, no necesariamente penales).

¹⁸ Días después de su conferencia porteña, en un reportaje publicado por el diario “La Nación” (miércoles 23-07-2008), Fiss volvió a citar al autor de *Vigilar y Castigar* precisamente en este punto y aclaró un tanto su pensamiento al respecto; allí señaló que su rechazo a los llamados “observatorios de medios” es en tanto y en cuanto éstos pertenezcan al propio Estado.