



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Holmes, Stephen

¿RESTRICCIONES LIBERALES AL PODER PRIVADO?: REFLEXIONES SOBRE LOS ORÍGENES Y
LAS JUSTIFICACIONES DE LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 26, abril, 2007, pp. 7-48

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363635632001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿RESTRICCIONES LIBERALES AL PODER PRIVADO?: REFLEXIONES SOBRE LOS ORÍGENES Y LAS JUSTIFICACIONES DE LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN*

*Stephen Holmes***

Resumen

El presente artículo trata algunas cuestiones teóricas e históricas respecto de la regulación del acceso a los medios de comunicación. En primer lugar, se hace un recorrido de las doctrinas liberales de los siglos XVI y XVII que inspiraron la igual desconfianza que refleja la Constitución de Estados Unidos respecto de los poderes públicos y privados en relación con el control de los medios de comunicación y de la opinión pública; en segundo lugar, se hace una revisión de la supervivencia de tales doctrinas liberales en la interpretación de la Suprema Corte de la Primera Enmienda, relativa a la libertad de expresión y de prensa y, en tercer lugar, analiza la aplicación de dicha doctrina en los principios que han regido la administración de concesiones de radio y televisión por parte de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC).

Abstract

This article addresses some theoretical and historical questions concerning the regulation of access to the media. First, it surveys the liberal doctrines of the 16th and 17th centuries that inspired the distrust of the Framers of the American Constitution in both public and private power to control the access to media and, thereby, to public opinion. Secondly, it considers the effect of those liberal doctrines in the interpretation of the First Amendment by the Supreme Court. Thirdly, it develops an analysis of the influence of such doctrines in the principles that shaped the standards of the Federal Communications Commission (FCC) in broadcasting regulation.

* Publicado originalmente en Judith Lichtenberg (ed.), *Democracy and the Mass Media*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 21-65. Traducción del inglés de Pablo Larrañaga.

** Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York.

El extenso debate sobre la regulación federal de las transmisiones comerciales se ha centrado principalmente en cuestiones constitucionales, administrativas, tecnológicas y económicas. Sin embargo, las doctrinas de equidad, las normas de derecho de réplica y las reglas de igual oportunidad exigen un tratamiento que sea, al mismo tiempo, más histórico y más teórico. Estas doctrinas dan lugar a cuestiones tan fundamentales como las de cuáles son los propósitos y los límites adecuados de la acción estatal; cuál es la justificación de la inmunidad de la prensa respecto del control gubernamental; bajo qué condiciones puede restringirse esta libertad especial. Incluso una respuesta superficial a las anteriores preguntas presupone una comprensión histórica de las tradiciones recogidas en la Constitución, por no mencionar la necesidad de un análisis teórico de las condiciones para un gobierno democrático efectivo.

Poder privado e igual acceso

De acuerdo con la versión recogida en los libros de texto, los teóricos europeos que tuvieron una mayor influencia en los Padres Fundadores de Estados Unidos eran tenaces antiestatistas. Veían en el Estado un agente coercitivo que debía ser limitado, y en la sociedad civil una esfera de libertad de que debía ser expandida. Mientras que consideraban que el sector público suponía una amenaza para la libertad y, por tanto, abogaban por su regulación, consideraban que el sector privado era inofensivo, por lo que invitaban sólo a una benigna desatención. Pero, ¿qué tan fiel resulta este retrato de los grandes teóricos europeos tan apreciados y emulados por los creadores de la Constitución de Estados Unidos?

Releyendo, digamos, a Locke y a Montesquieu, no encontramos ningún rastro de una clara hostilidad contra el Estado; ni tampoco encontramos ninguna veneración de una esfera privada sin intervención. De hecho, lo que aprendemos es que, sin autoridad, la sociedad eventualmente colapsaría en una “estado de naturaleza” más o menos insufrible.¹ La anarquía supone un riesgo tan grande para la libertad como la

¹ “Une société ne sauroit subsister sans un gouvernement” (Montesquieu, “De l’esprit des lois”, en *Œuvres Complètes*, vol. 2, [1, 3], p. 237).

tiranía. La sociedad civil es, de hecho, una sociedad civilizada por el Estado. Como bien y penosamente sabían los teóricos de los Siglos xvi y xvii, un gobierno mutilado expone a sus súbditos a bandas de forajidos asesinos. El “sector privado” debe ser severamente restringido por razones de seguridad. Entre los candidatos a una supresión pública justificada están los ejércitos *privados*, los tribunales *privados* y los impuestos *privados*; así como el derecho *privado* a declarar la guerra y el derecho *privado* al enjuiciamiento de criminales. La libertad sólo puede alcanzarse si se otorga a las autoridades públicas el monopolio de tan cruciales y delicadas funciones.

No fueron Locke o Montesquieu, sino algunos personajes desaforados y algunos papistas desleales quienes desplegaron una ilimitada hostilidad contra el Estado. Los autores a los que admiraron y siguieron los constitucionalistas no se oponían a la autoridad en general, sino sólo a la autoridad abusiva y arbitraria; a la autoridad ilegítima en relación con el bien público. Aunque la soberanía era peligrosa y merecía desconfianza, la condición de carencia de soberanía no atemorizaba menos. Es más, el principal problema para el que se diseñaba un gobierno efectivo no era el “desorden”. Caos y anarquía eran eufemismos de la *opresión privada*, del daño infligido al débil por el poderoso. La principal razón por la que “es imposible que la raza humana subsista, al menos en algún estado confortable y seguro, sin la protección del gobierno”² es que, sin éste, la comunidad está a merced de los opresores privados.

La dimensión redistributiva de la teoría del contrato social es a menudo pasada por alto, incorrectamente. El paso del estado de naturaleza a la sociedad civil presupone una *redistribución de la seguridad* orquestada por el Estado. La seguridad de los señores de la guerra se reduce —por ejemplo, se derriban sus murallas— y se aumenta la seguridad que disfrutaban la mayoría de sus conciudadanos. En otros términos, el contrato social no sólo impone la paz y produce orden, sino que reordena una grave desigualdad en las capacidades de los hombre para defenderse a sí mismos.

El poder privado supone una amenaza tan grande para la libertad como el poder público. Esta es una fiel formulación del principio básico inculcado a James Madison y Thomas Jefferson por sus predecesores

² David, Hume, “Of the Original Contract”, en *Essays: Moral, Political, and Literary*, (Oxford, Oxford University Press, 1963), p. 453.

res ingleses y franceses.³ La estricta no interferencia del Estado produciría, no una competencia generalizada, sino monopolios depredadores. Sólo una autoridad soberana, burocrática y centralizada, puede tener la esperanza de domar al poder privado. Así pues, la libertad tan valorada por Locke y Montesquieu se distorsiona gravemente cuando es vista exclusivamente en términos de la libertad “negativa”. Estos teóricos no pretendían blindar completamente una esfera privada, colocándola fuera del alcance de los poderes públicos. Locke insiste en que la privacidad de la iglesia y del domicilio no protege a los malhechores del brazo de la ley.⁴ Quienquiera que se encuentre en las condiciones de ser víctima de violencia o fraude, puede buscar un remedio en la autoridad pública. La libertad lockeana supone el *acceso* universal al poder del Estado. Los derechos lockeanos no son sólo escudos frente a la intervención del gobierno; incluyen la expresa *titularidad del derecho a la intervención estatal*, para proteger a los individuos respecto del daño ocasionado por terceros.

El los siglos XVI y XVII proteger al débil frente al fuerte suponía, entre otras cosas, la abolición de inmunidades tributarias y la distribución más equitativa de las cargas fiscales. El estado de naturaleza no sólo era desordenado, sino también injusto. En este sentido, la autoridad pública no tenía únicamente el propósito de establecer un orden, sino de producir *un orden justo*. Madison resulta inequívoco en este punto: “la justicia es el fin del gobierno. Es el fin de la sociedad civil”.⁵ Desde luego, el concepto de justicia es resbaladizo, muy difícil de definir. Sin embargo, para los Fundadores no significaba sólo la prevención del daño mutuo (por fuerza o fraude) y el cumplimiento de los contratos, sino que incluía, al menos, la idea más ambiciosa de un *igual acceso a la justicia*; norma incompatible con muchas relaciones “contractuales” manifiestas (por ejemplo, las que suponen una servidumbre permanente).

³ Puede decirse que aquí reside la esencia de la superioridad de las tradiciones de Locke y Montesquieu frente a la tradición marxista. Como consecuencia de su desconfianza unilateral en los dueños de los medios de producción, los marxistas han minimizado la amenaza para la libertad proveniente de los poseedores de los medios de producción. En contraste, a pesar de su intenso interés en la tiranía *política*, los herederos de Locke y Montesquieu, sin querer ser fieles a sus antecesores, no pueden perder de vista las formas de opresión extra-políticas o no estatales.

⁴ John Locke, *A Letter Concerning Toleration* (1689) (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1955), pp. 39, 56.

⁵ *The Federalist Papers*, no. 51 (Nueva York: Mentor, 1961), p.324.

Etimológicamente, los “privilegios” se refieren a “leyes privadas”. La abolición de privilegios significa, pues, que lo privado y, por principio, el acceso especial, debe ceder ante el igual acceso. La VI enmienda de la Constitución de Estados Unidos es un buen símbolo de esta dimensión positiva de la libertad moderna. No hay manera de concebir el juicio mediante jurado como una retracción hacia la esfera privada, sino sólo como una oportunidad (universalmente accesible) para explotar los recursos de las instituciones públicas.

Una justificación pública de la propiedad privada

Pero, ¿y el carácter sagrado de la propiedad privada? No sugiere, acaso, en sentido contrario de lo que acabo de decir, que los Fundadores tenían en alta estima una esfera privada no regulada. No exactamente.

A pesar de la retórica de los “derecho naturales”, los derechos de propiedad oponibles al Estado sólo se concedían condicionalmente: se prohibía, por ejemplo, que los particulares construyeran fortalezas armadas en sus propiedades.⁶ Las esferas protegidas *frente* al gobierno eran, al mismo tiempo, reguladas *por* el gobierno. Tal y como demuestran las campañas contra la tributación excesiva y el acuartelamiento de soldados en domicilios privados, la “inviolabilidad” de la propiedad estaba asociada con la resistencia a la opresión. Incluso los más vehementes enemigos de una autoridad confiscatoria reconocían que, además de ser un instrumento de la libertad, *la propiedad es una fuente de poder*: “Donde la riqueza está en pocas manos, esos serán quienes detentan todo el poder”.⁷ Dado que la separación entre la posesión de tierra y el acceso al poder político acababa de iniciar su andadura, resulta inconcebible que los escritores del siglo xvii pasaran por alto la amenaza a la libertad y a la justicia que supone la acumulación masiva de riqueza.

Para Locke, los derechos de propiedad exclusivos de los particulares son válidos si “queda suficiente en común, de la misma calidad, para los demás”.⁸ Tu derecho a excluir a otros del acceso a tu propiedad se

⁶ J.A.W. Gunn, *Politics and the Public Interest in the Seventeenth Century* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1969), p. 304.

⁷ David Hume, “On Commerce”, en *Essays*, p. 271.

⁸ John Locke, *Two Treatises of Government* (Nueva York, Mentor, 1965), p. 329 (2, 27).

rescinde en caso de necesidad extrema. En otras palabras, Locke aboga de manera explícita e inequívoca en favor de una titularidad universal del bienestar.⁹ Es verdad que al difundir Locke el origen “pre-social” de la propiedad la hizo casi intocable. Pero en este punto su retórica era sólo una sensata adaptación a las controversias políticas de su tiempo. Los reyes, papas y otras potestades invocaban constantemente el origen divino de su autoridad. La contra-sacralización era una respuesta plausible. Locke se centró en el origen “pre-social” de la propiedad para contrarrestar las credenciales pre-sociales de los poderes divinos de los gobernantes con tendencias confiscatorias: una ideología de “no puedes tocarme” merecía y provocaba otra igual. En este sentido, su posición se debía fundamentalmente a las premisas teológicas del debate político en el siglo xvii.¹⁰

Para el siglo xviii, los apologetas de la autoridad política dejaron de insistir en el origen pre-social del gobierno, por lo que, consecuentemente, justificaron su autoridad en el interés público. Y, naturalmente, los teóricos que se *oponían* a la autoridad siguieron la misma tendencia. Por ejemplo, tanto Hume como Montesquieu justifican la propiedad de modo consecuencialista, sobre la base de las consecuencias favorables para la comunidad en su conjunto.¹¹ Contrariamente a la atractiva “teoría del trabajo” que justificaba la apropiación original en Locke, *la propiedad privada era entendida como un monopolio otorgado por el Estado en función del interés público*.¹² La seguridad pública y “bienestar de la comunidad” sólo se podían maximizar sobre la base de un sistema de propiedad privada respaldado jurídicamente.

Madison reprodujo estas justificaciones públicas de la propiedad privada en el *Federalista* 10 y 51. La cancelación de deudas era injusta, desde luego, porque privaba a futuros deudores potenciales de la posibilidad de recibir préstamos favorables. Pero el argumento esencial por

⁹ *Ibid.*, pp. 205-6 (1, 42).

¹⁰ Por ello, resulta anacrónico y perturbador hablar, como, por ejemplo, lo hace Nozick, de un derecho inviolable o sagrado a la propiedad en una sociedad en la que el gobierno ya no goza de ninguna sanción divina.

¹¹ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pp. 484-501; Montesquieu, “Lettres persanes”, en *Œuvres complètes*, vol. 1, p. 159 (carta 19); “De l’esprit de lois”, *ibid.*, vol 2, p. 294.

¹² Quien dude de que la propiedad privada es un monopolio concedido por el gobierno debe hacerse la siguiente pregunta: ¿cuál sería la distribución de la propiedad si en nuestra sociedad no hubiera Estado? (Una posible respuesta es que la mafia lo controlaría todo).

el que Madison rechazaba someter la propiedad al control mayoritario era que este tipo de arreglos permite un clima de histeria y miedo recíproco, incompatible con el funcionamiento adecuado y la viabilidad de un régimen republicano. La consecuencia predecible de abolir las barreras a la confiscación sin indemnización era una guerra civil y un eventual resurgimiento de los sentimientos monárquicos.

Madison no sólo favorecía los derechos de propiedad como consecuencia de su contribución a la estabilidad del gobierno popular. Aquí sólo estoy hablando de una justificación parcial. También *favorecía* los derechos de propiedad invocando sus consecuencias favorables para el fortalecimiento de la democracia.¹³ Como resultado de esto último, cuando el ejercicio de un poder no regulado de la propiedad privada subvierte los procesos democráticos, quienes propugnen a favor de su regulación podrán aducir los mismos argumentos que Madison utilizó originariamente para defender la propiedad.

Harold Laski sostenía que los abogados de los derechos de propiedad privada aceptaban la regulación y, por supuesto, los impuestos a la propiedad sólo porque creían que esta “estratagema” ayudaba indirectamente a incrementar los beneficios y a estabilizar los mercados.¹⁴ Una prueba de que Montesquieu sólo valoraba los arreglos políticos cuando estos servían indirectamente a fines económicos es su defensa del sufragio restringido. ¿Cómo podemos explicar la defensa de un sufragio cualificado por los derechos de propiedad, si no es asumiendo que querían mantener el poder en manos de los ricos y fuera del alcance de los hambrientos y desposeídos? La mejor respuesta a esta cuestión proviene del propio Montesquieu: no se les debe otorgar derecho de voto a los pobres porque, si así se hiciera, no dudarían en venderlo a cambio de comida.¹⁵ En otras palabras, el derecho al sufragio está limitado porque el dinero es poder; y, para mantener la regla de la mayoría, *la república debe impedir que el poder se adquiera por dinero*.¹⁶ En cir-

¹³ Una justificación democrática similar puede darse para el principio de la separación entre Iglesia y Estado: el privatizar las cuestiones religiosas, con una fuerte carga emocional, ayuda a prevenir una sobrecarga de la agenda pública que pudiera incapacitar a las personas para resolver sus otros problemas de manera democrática.

¹⁴ Laski, *The Rise of Liberalism* (Nueva York: Harper, 1936).

¹⁵ Montesquieu, “De l’esprit de lois”, p. 400.

¹⁶ Para poner en una correcta perspectiva la defensa al sufragio restringido en el siglo XVIII, tenemos que recordar la práctica medieval de *venta* del derecho a voto, como si fuera una mer-

cunstancias distintas, obviamente, esta misma justificación puede invocarse para justificar una regulación significativa del sector privado, incluyendo, desde luego, la prensa.

Los efectos inhibidores de la libertad de prensa

Emmanuel Kant celebraba lo que, obtrusamente, llamaba “el principio trascendental de publicidad”, oponiéndolo al “secretista sistema de la política”.¹⁷ Al preferir la apertura frente a la clausura en la política, Kant reproducía fielmente el pensamiento de muchos de sus predecesores y contemporáneos. En general, los teóricos de la ilustración contrastaban la *publicidad* con el oscurantismo eclesiástico, con las intrigas cortesanas, con las secretas crueldades de los tiranos, pequeños o entronados. Las reglas claras, visibles y criticables parecían la alternativa disponible ante la “influencia oculta y el gobierno clandestino”.¹⁸ Como tiempo después diría Brandeis, la luz del sol es el mejor desinfectante. La exposición a la luz del día resultaba extraordinariamente efectiva para limpiar la corrupción y para develar abusos de poder. Las figuras políticas se muestran menos dispuestas a corruptelas o robos si se las obliga a someter sus actividades al escrutinio público. Con la misma idea en mente, Montesquieu despliega un ataque feroz contra las acusaciones secretas; denuncias anónimas de conciudadanos dirigidas discretamente al rey.¹⁹ Aquí, de nuevo, se abogaba por la *publicidad*

cancia, Guido de Ruggiero, *The History of European Liberalism*, Boston, Beacon Press, 1959, p. 2. Las clases que contribuían a los cofres reales y las campañas bélicas eran recompensadas con voz en los Estados Generales o en las Cámaras de los Lores o de los Comunes. Los derechos de voto modernos, contrariamente, se distribuyen de manera universal, no son comprados o vendidos. La universalidad de los derechos políticos supone una crucial decisión para restringir el poder del dinero: si no en la práctica, si *en principio* (y los principios vinculan sin dictar la práctica), el dinero no puede comprar la influencia política más de lo que puede comprar la salvación eterna adquiriendo indulgencias, por ejemplo. El sufragio restringido establecía una barrera para participar en la vida política, pero ésta *no* suponía ningún intercambio, ninguna adquisición del derecho a voto. Se trataba de una segunda mejor opción basada, contrariamente a lo que sugiere una primera impresión, en el principio de que *el acceso al Estado no está en venta*.

¹⁷ Emmanuel Kant, “Perpetual Peace”, 1795, en *Kant’s Political Writings*, ed. Hans Reiss Cambridge, Cambridge University Press, 1970, pp. 126,130.

¹⁸ Edmund Burke, “Thoughts on the Causes of the Present Discontents”, 1770, en *Selected Writings and Speeches*, ed. Peter Stalis, Chicago, Regnery, 1963, p. 114.

¹⁹ Montesquieu, “De l’esprit des lois”, pp. 452-3.

como un remedio frente al abuso del poder. Las acusaciones que se formulaban públicamente permitían que el acusado tuviera una oportunidad civilizada para explicar o rechazar.

Limpiar, inhibir y prevenir el abuso son funciones que también se asignaron a la libertad de prensa. Como Cato escribiera poéticamente: “la libertad de expresión... expulsa [a la culpa] de su guarida, y expone su deformidad y horror a la luz del día”.²⁰ También Montesquieu, sobre este mismo fundamento, daba la bienvenida a los “periódicos políticos”, afirmando de manera optimista que las conspiraciones siniestras se habían convertido en casi imposibles gracias al efecto combinado del servicio postal y de la prensa.²¹ Mme. de Staël, una teórica europea contemporánea de los Fundadores, sólo daba eco a una opinión generalizada cuando describía a la libertad de prensa como “el derecho del que dependen todos los demás derechos”.²² ¿Cómo podría protegerse efectivamente, por ejemplo, el derecho a un juicio frente a jurado si las violaciones a ese derecho nunca fueran publicitadas?

Hume dio un particular énfasis a la íntima conexión entre la desconfianza en el gobierno y la libertad de prensa. Inglaterra toleraba una mayor libertad de prensa que ningún otro país europeo porque el régimen inglés estaba basado en una “mutua vigilancia y recelo”.²³ Un tirano es más efectivo cuando, en una estrategia de “divide y vencerás”, puede evitar que sus súbditos se comuniquen entre ellos de manera efectiva. Los periódicos operados independientemente paralizan el potencial opresor porque hacen que los ciudadanos insatisfechos conozcan el descontento de otros y tomen conciencia de su fuerza colectiva. Visto como un canal abierto para la comunicación, la libertad de prensa puede coordinar la resistencia popular:

Si no somos precavidos para prevenir su progreso, y si no hay una forma fácil de extender la alarma a un confin a otro del reino, el poder arbitrario se ceñirá sobre nosotros. El espíritu del pueblo debe ser animado

²⁰ John Trenchard y Thomas Gordon, “Of Freedom of Speech: That the same is inseparable of Publick Liberty”, 1720, en *Cato's Letters: Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects*, Nueva York, Da Capo, 1971, vol. 1, p. 98.

²¹ “Causes de la grandeur des Romains”, 1734, en *Œuvres complètes*, vol. 2, pp. 193-4.

²² Madame de Staël, *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française* París, Delaunay, 1818, vol. 1, p. 292; *cfr.* Cato, “Liberty of Speech and Liberty of Writing... secures all other Liberties”. “Discourse on Libels”, 1722, en *Cato's Letters*, vol. 3, p. 294.

²³ Hume, “Of the Liberty of the Press”, en *Essays*, p. 10.

constantemente para poner bridas a la ambición de la corte; y el temor a la exaltación de ese espíritu debe ser utilizado para prevenir tal ambición. No hay nada más efectivo para ese propósito que la libertad de prensa, mediante la cual todo el conocimiento, ingenio y talento de una nación puede usarse en favor de la libertad, y cualquiera puede ser animado a su defensa.²⁴

Los efectos prohibitivos de la libertad de prensa explican su cercana asociación con el gobierno libre. Mediante la amenaza de despertar a un público adormecido, los periódicos pueden *controlar* la ambición de las autoridades y *prevenir* los peores excesos de poder. Pero la libertad de prensa puede verse también desde una óptica más positiva; como un estímulo más que como un mero depresivo.

El debate público como justificación de la libertad de prensa

En la base de la evaluación positiva de la libertad de prensa estaba el históricamente sorprendente²⁵ principio de que *el desacuerdo público es una fuerza creativa*. Quienes discutían con las autoridades no sólo eran contrapesos adjuntos, diques complementarios contra la opresión. Incluso cuando resaltaban las inconsistencias y apuntaban a los efectos no previstos de las políticas, sus críticas nutrían al gobierno con contra-argumentos, develando información, haciendo nuevas propuestas, refrescaban las perspectivas.

En otras palabras, la publicidad no era sólo una luz paralizadora. Era una arena de dar y tomar, de mutua crítica y estímulo recíproco, para adquirir nuevas ideas y formular reformas. Esta noción, que eventualmente se convertiría en la principal justificación de la libertad de prensa, se introdujo originalmente para explicar la superioridad del gobierno parlamentario frente a la monárquico. Por lo general, los gobiernos autocráticos son mal orientado por sus propios asesores quienes, en consejo privado, maquillan los hechos y halagan, debilitando así al régimen. Una autoridad a la que no se puede criticar escucha sólo una parte de la historia y no se entera de problemas serios hasta que ya es dema-

²⁴ *Ibid.*, 10-11.

²⁵ Quien, seguramente, es el teórico ostensiblemente más democrático del Siglo XVII, Rousseau, negaba que el desacuerdo pudiera llegar a ser una fuerza creativa con el mismo ardor que un partidario de la monarquía absoluta.

siado tarde. Limitándose a emitir órdenes y esperando que los súbditos las cumplan silenciosamente, un régimen cerrado y represivo se priva de importantes recursos guardados entre sus ciudadanos: se trata de un estado de auto empobrecimiento. Incluso un decidido abogado de la monarquía, Jean Bodin, podía apreciar las muchas ventajas del debate abierto en una asamblea.²⁶ Para el siglo xvii, el carácter auto-destructivo de un gobierno censor y los beneficios provenientes de un libre flujo de información eran generalmente reconocidos.²⁷ Según Hume, por ejemplo, una prensa libre fortalece al gobierno al hacer que los magistrados tomen nota de “descontentos murmurados y secretos” antes de que se tornen inmanejables.²⁸ Kant estaba de acuerdo: “Tratar de negar este derecho a las ciudadanos [i.e., “*el derecho a la pluma*”] supone privar al soberano del conocimiento de materias que, de llegar a conocer, rectificaría; así que, por este medio, se colocaría en una posición estúpida”.²⁹ De hecho, mucho antes Milton había definido la “libertad civil” como una capacidad del gobierno de corregir sus errores sobre la base de la libertad de prensa.³⁰ Si las políticas se establecen públicamente y se estimula la crítica pública, el gobierno puede evitar la legislación auto-frustrante, ahogar las crisis en su surgimiento y remediar sus propias torpezas.

Por estas razones, la oposición se convirtió en la institución central del gobierno representativo. Como escribiera un cercano observador de la política británica en 1760: “por buenas o malas razones, la oposición

²⁶ “Pues, ¿dónde pueden discutirse o tratarse mejor los remedios para las enfermedades de la República, o las mejoras de sus gentes, o la reforma del Estado que en su Senado frente al pueblo? Allí se ocupan de los asuntos de la totalidad del cuerpo de la comunidad y, por tanto, de sus miembros; se escuchan y son atendidas las quejas y los justos reclamos de los pobres súbditos, que de otro modo nunca llagan a los oídos de los príncipes; se ponen de manifiesto los robos y extorsiones llevados a cabo en nombre del príncipe; allí, se entera de las peticiones de todo tipo de personas, de las que no tenía ningún conocimiento”. Jean Bodin, *The Six Bookes of a Commonweale* (1576) (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1962), p. 184 (3, 7).

²⁷ Es significativo que el argumento del fortalecimiento del gobierno dependa de una nítida distinción entre los intereses público y privado. Una prensa sin censuras puede beneficiar al gobierno en su conjunto y, sin embargo, dañar permanentemente al sujeto particular que detente un cargo en un momento dado.

²⁸ Hume, “On Liberty of the Press”, p. 11.

²⁹ Kant, “On the Common Saying. This May Be True in Theory, but it Does Not Apply in Practice”, en *Kant's Political Writings*, p. 85.

³⁰ John Milton, “Areopagitica (1644)” en *Complete Prose Works*, New Haven, Conn, Yale University Press, 1959, vol. 2, p. 487.

es de utilidad para el país”.³¹ Ni la falta de virtud moral ni las nobles intenciones reducen en nada la importancia de la oposición verbal al gobierno. A finales del siglo xvii, Locke apuntó las ventajas de tomar decisiones políticas en una atmósfera de desacuerdo público: cuando los legisladores escuchan a ambas partes en una cuestión controvertida, es más probable que tomen una decisión inteligente. Elegimos a nuestros representantes para que puedan “actuar y aconsejar libremente como, tras examen y debate maduro, consideren que lo requiere la Comunidad y el bien público: Quienes otorgan su voto antes de escuchar los debates y de haber sopesado las razones de todas las partes en cuestión, no pueden llevar a cabo esta tarea”.³² Un buen consejo político requiere que el consejero haya escuchado todas las partes en cuestión. En otras palabras, la racionalidad depende de la exposición a una *multiplicidad de voces*. Los representantes electos están particularmente bien posicionados para beneficiarse de la confrontación de opiniones encontradas.³³

A principios del siglo xix, Mme. de Staël descubrió la misma utilidad en la prensa de oposición. Sostenía, antes que nada, que “los periódicos políticos surgieron al mismo tiempo que el gobierno representativo; y que esta forma de gobierno es inseparable de estos”.³⁴ Por un lado, la prensa sirve de correa de transmisión difundiendo información a lo

³¹ Citado en John Brewer, *Party Ideology and Popular Politics at the Accession of George III*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976, p. 75.

³² John Locke, *Two Treatises of Government*, pp. 461-1, 2, 222.

³³ La distinción tradicional entre delegados y fiduciarios reside precisamente en esta ventaja de la posiciones legislativa. Dado que el delegado está sujeto un inmediato llamado a cuentas si se desvía un milímetro de su mandato explícito, no puede aprender nada de sus colegas diputado o exponer sus opiniones a la crítica. Al fiduciario se le da más espacio, no porque sea mejor o más sabio por naturaleza. Lo que importa es que está en una buena situación para oír todas las versiones de la cuestión: “Si se dedica a su labor, [el representante] tiene grandes oportunidades para corregir los juicios erróneos que comenten la mayoría de sus votantes”, J. S. Mill, “Considerations on Representative Government”, en *Essays on Politics and Society*. Toronto, University of Toronto Press, 1977, p. 509. Los votantes comunes son localistas y rara vez se exponen a las visiones de los conciudadanos que habitan en regiones alejadas. Los representados deben cierta deferencia a sus representantes, no porque tengan un carácter noble, sino porque sus colegas se benefician examinando sus opiniones y develando sus tonterías.

³⁴ Mme. Staël, *Considérations sur la Révolution française*, vol. 1, p. 292. En este sentido, Mill también escribió que “que la prensa noticiosa” permitió que por primera vez fuera posible un gobierno democrático en un país grande, Mill, “Considerations on Representative Government”, en *Essays in Politics and Society*, p. 378.

largo de grandes distancias, conectando a los ciudadanos entre sí y con sus representantes. Por otro lado, ningún ciudadano se tomará la molestia de leer un diario si no considera que tales asuntos le incumben. En la Asamblea Constituyente, señalaba, la libertad de prensa causó varios problemas: “Pero si para mantener su poder [el gobierno] amordaza a sus adversarios y concede libertad de prensa sólo a sus simpatizantes, entonces el gobierno representativo habrá terminado”.³⁵ La censura destruye al gobierno democrático porque los votantes nunca tendrán confianza en un gobierno que rechaza exponerse a la crítica.

Ahora bien, el argumento a favor de la libertad de prensa más socorrido a lo largo de la ilustración fue el de que el desacuerdo público agudiza el ingenio de todas las partes, generando decisiones mucho más inteligentes que cualquiera de las propuestas iniciales. La opinión optimista de que, en un combate abierto, la verdad siempre ha de triunfar sobre la falsedad fue invocada contra la censura en el siglo xvii.³⁶ Para el siglo xviii, la capacidad generadora de la verdad del debate sin censuras se había convertido en la justificación estándar de la libertad de prensa: “si queremos estar seguros sobre la verdad de nuestras opiniones, debemos hacerlas públicas. Es contra la piedra de toque de la contradicción que debemos examinarlas. Por tanto, la prensa debe ser libre”.³⁷ A pesar de su extrema amargura respecto de sus críticos, Jefferson aceptaba que, de todos los instrumentos para descubrir la verdad, “el más efectivo hasta ahora encontrado es la libertad de prensa”.³⁸ Como es bien sabido, este mismo argumento resurgió en la doctrina falibilística de Mill de que el único fundamento que tenemos para nuestras creencias es la invitación al mundo entero para refutarlas.³⁹ Este principio epistemo-

³⁵ Mme de Staël, *Considérations sur la Révolution française*, vol. 1, p. 291.

³⁶ “Dejad que [la verdad] se enfrente a la falsedad; quién supo alguna vez que la verdad fuera derrotada en un encuentro abierto” (Milton, “Areopagitica”, en *Complete Prose Works*, vol. 2, p. 561). Locke da eco a esta afirmación cuando, modestamente, escribe “la verdad se desempeñaría bastante bien si alguna vez se la dejara brillar por sí misma”, Locke, *A Letter Concerning Toleration*, p. 45; Cato continuó esta tradición, “La verdad tiene tantas ventajas sobre el error que sólo requiere mostrarse para ganar admiración y estima”. “Discourse Upon Libels” en *Cato’s Letters*, vol. 3, pp. 298-9; Jefferson también coincidió, aunque de manera un tanto más contundente: “La verdad es grandiosa y por sí misma prevalecerá”, Thomas Jefferson, “A Bill for Establishing Religious Freedom”, 1777, en *Writings*, ed. Merrill Peterson, Nueva York: Library of America, 1984, p. 347.

³⁷ Helvétius, *A Treatise of Man*, vol. 2, sec. 9, chap. 12, p. 328.

³⁸ Thomas Jefferson, carta del 28 de junio, 1804, *Writings*, p. 1147.

³⁹ Mill, “On Liberty”, en *Essays on Politics and Society*, p. 232.

lógico descarta, entre otras cosas, cualquier limite a las críticas que puedan formular los periodistas a quienes detentan el poder. Como muestran estos pasajes, Milton, Locke, Trenchard and Gordon, Helvétius, Jefferson⁴⁰ y, (más tarde) Mill postularon una justificación “instrumental” de la libertad de expresión y de prensa, apelando a la utilidad del conjunto de la sociedad. En otras palabras, la justificación del debate público como justificación de la libertad de prensa, asociado con los nombres de Holmes y Brandeis y, posteriormente, popularizado por Alexander Meiklejohn,⁴¹ era un lugar común la época de los Fundadores.

Tal y como la entendemos hoy en día, la democracia no es simplemente una cuestión de regla de la mayoría. Los procedimientos democráticos complementan el principio mayoritario con límites constitucionales que obligan a las mayorías a someter sus decisiones a una crítica continua. No cualquier “voluntad”, sino sólo una voluntad conformada mediante la discusión pública es (y debe ser) respaldada con la autoridad soberana.⁴² La Primera Enmienda, puede sostenerse, asegura que la mayoría electoral siga siendo una mayoría capaz de aprender. Dicho en otros términos, un derecho a la oposición jurídicamente garantizado provee una precondition esencial para la formación de una opinión pública democrática. La soberanía popular no tienen ningún sentido sin las reglas que organizan y protegen el desacuerdo: el consenso no confiere ninguna autoridad, al menos que exista la garantía institucional de un disenso no punible. De hecho, la unanimidad en cuestiones políticas puede ser más un signo de irracionalidad que de acuerdo racional. Como señaló Mill, “a menos que sea el producto de la más profunda y libre comparación de opiniones opuestas, la unidad de criterio no es deseable”.⁴³ Una “perpetua y constante oposición” debe ser mantenida por el bien de la racionalidad colectiva.⁴⁴ Esta línea de pensamiento implica que *el gobierno tiene una obligación positiva de proteger e incluso promover la expresión de opiniones rivales*. En la ausencia de desacuerdo público de carácter civil, es probable que las políticas sean poco inteligentes, así como mal armonizadas con los intereses privados.

⁴⁰ Y, como veremos, Madison también.

⁴¹ Alexander Meiklejohn, *Political Freedom*, Nueva York, Harper, 1960.

⁴² Cfr., A. D. Lindsay, *The Essentials of Democracy*, 2ª ed., Londres, Oxford University Press, 1951.

⁴³ “On Liberty” en *Essays on Politics and Society*, p. 260.

⁴⁴ Mill, “Bentham”, en *Essays on Ethics, Religion and Society*, ed., J. M. Robson (Toronto: University of Toronto Press, 1969), p. 108.

La “colisión”⁴⁵ o el “choque”⁴⁶ de ideas abre el paso a posibilidades que nadie pudiera haber soñado en solitario. Pero la legitimidad aparente del desacuerdo público también sirve para apoyar las energías creativas y la inteligencia descentralizada de los ciudadanos para resolver los problemas comunes. Esta es, en cualquier caso, la idea fundamental que subyace a la metáfora holmesiana del libre intercambio de ideas.⁴⁷ Al igual que en un mercado económico, una red de debate público de alcance nacional puede movilizar recursos que de otro modo permanecerían inutilizados (esto es, las mentes estarían trabajando a la mitad de sus posibilidades), y que pueden estimularse para, así, contribuir a hacer que las políticas públicas sean más inteligentes y a que los responsables de formular dichas políticas tomen una mayor conciencia de las alternativas y de sus posibles efectos contraproducentes. Como señalaba Hume en el pasaje antes citado, una prensa libre puede cosechar “todo el conocimiento, la prudencia y el ingenio de la nación”.⁴⁸ Presumiblemente, estos recursos públicos no sólo tendrán el efecto de contener a las elites de gobierno dentro de los márgenes de la legalidad, sino que mejorarán el desempeño del gobierno en su conjunto.

De hecho, se puede distinguir *tres* funciones del libre mercado de ideas: una prensa libre sin censuras puede (1) incentivar a los ciudadanos para desarrollar nuevas ideas, (2) movilizar ideas preexistentes y darles atención del público, y (3) mejorar las ideas mediante un proceso de mutua crítica. Sin embargo, la analogía con el mercado libre no es del todo exacta. Por un lado, la competencia entre empresas se justifica sobre la base de la satisfacción de la demanda de los consumidores. Por otro, la competencia entre quienes pretenden formular una política pública se justifica a través de la educación de quienes formulan la propuesta y del auditorio, y por la expectativa de que tendrá lugar un aprendizaje público que conducirá a que las decisiones sean *mejores* (más inteligentes y mejor informadas) que las que se tomarían sin el beneficio del debate.

⁴⁵ Mill, “On Liberty” en *Essays on Politics and Society*, p. 229.

⁴⁶ Alexander Hamilton, “Federalist, No. 70”, en *Federalist Papers*, p. 427.

⁴⁷ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

⁴⁸ Hume enfatizó también la contribución de la libertad de prensa a la educación pública: “Tenemos la esperanza que los hombres, cada día más acostumbrados a la libre discusión de los asuntos públicos, mejorarán su juicio acerca de éstos” (Hume, “Of the Liberty of the Press”, p. 11).

En cualquier caso, la justificación del debate público para la libertad de prensa no hace referencia a derechos de propiedad, a la autonomía personal, ni al derecho a la expresión propia. Se considera que la multiplicidad de voces y el choque de opiniones sirven a los propósitos públicos. De acuerdo con esta poderosa tradición, la libertad de prensa se justifica sobre la base de sus efectos benéficos en la calidad de las decisiones colectivas. Como es bien sabido, la justificación fundada en el debate público deja sin contestar una importante pregunta: ¿Y si la mejora de las decisiones colectivas mediante la exposición de ideas a debate colectivo sólo puede lograrse estableciendo algún tipo de régimen regulativo para la libertad de prensa?

Los contrapesos y los efectos de enfriamiento (*chilling effects*)

El principio de publicidad no es tan inocente como el inciso anterior podría hacer pensar. La trayectoria semántica del término “publicidad” nos da muestras de ello: la *publicidad* puede tanto envenenar el aire como limpiarlo. Incluso los pensadores más radicales en la temprana modernidad europea concedían que ciertos “asuntos de Estado no pueden comunicarse públicamente sin poner en riesgo el interés común”.⁴⁹ La necesidad de proteger la seguridad nacional no era el único caso de este argumento. Los debates parlamentarios públicos, aunque a menudo creativos, también promueven el actuar para la galería. En los sistemas representativos, los políticos enfrentan sus errores en presencia de sus adversarios, y ello, sin duda, es poco compatible con una actitud favorable para aprender. Hobbes, quizá el más brillante opositor del gobierno público, manifestó estas consideraciones con una fuerza incomparable. La publicidad, lejos de asegurar la racionalidad, es un escape para la vanidad y la arena para la envidia y el resentimiento. El debate público es muy parecido al duelo: “un juicio para una pequeña gloria banal”.⁵⁰ El rey debe recibir consejo en privado, porque el discurso público está necesariamente contaminado por el miedo a desagra-

⁴⁹ Philippe du Plessis-Mornay, “Vindiciae contra tyrannos”, 1579, en *Constitutionalism and Resistance in the Sixteenth Century*, ed. Julian Franklin, Nueva York, Pegasus, 1969, p. 150.

⁵⁰ De Cive, 1642, en *Man and Citizen*, ed. Bernard Gert (Nueva York, Doubleday, 1972), p. 230.

dar a otros y el deseo de encender las pasiones del auditorio.⁵¹ Además, el debate público acarrea el peligro adicional de que la humillación pública en el debate genere en los perdedores un fuerte incentivo para minar la política pública que se ha de implementar, contra su juicio claramente manifestado.⁵² Lejos de ser “refutadas”, estas dudas sobre la conexión entre publicidad y racionalidad dejaron una huella significativa en el pensamiento constitucional de Estados Unidos. No parece en absoluto extraño que una “regla de secreto” haya sido impuesta en la Convención Federal de 1787. En ese mismo espíritu, todavía hoy se excluye a la prensa de ciertas audiencias previas al proceso y, desde luego, las deliberaciones de los jurados son cuidadosamente protegidas de la distorsionadora luz de la publicidad.

Es más, cuando las ideas son discutidas en público, *no* necesariamente prevalece la verdad sobre el error. ¿Por qué no ha de sufrir el libre mercado de las ideas de los mismos defectos que el mercado de las mercancías? En ocasiones, guiada por un impulso de conformidad, la gente no consume tanto un producto por sus propiedades intrínsecas, sino porque el vecino lo ha comprado. Las ideas, también, con frecuencia se difunden por ósmosis, imitación, contagio o “pensamiento de grupo”. Pero, si bien las esperanzas de Milton, Trenchard y Gordon, Jefferson y Mill eran exageradas, ello no supone que no tengan un núcleo realista. Incluso aunque la publicidad no garantice el triunfo de la verdad, puede seguir siendo el método más seguro para corregir errores y para descubrir soluciones no exploradas. La falta de alternativas a la publicidad no implica que la publicidad tenga que quedar completamente inmune a la regulación.

⁵¹ Es más, “las pasiones de los hombres, que por sí mismos, son moderadas como el calor de una rama, en una Asamblea son como muchas ramas, que inflaman unas a otras (especialmente cuando la oratoria sopla entre unas y otras) hasta llegar a incendiar la República, (*Commonwealth*) bajo el pretexto de aconsejarla”, *Leviatán*, 1651, Oxford Oxford University Press, 1965, parte 2, cap. 25, p. 309; concediendo parte de razón a este argumento hobbesiano para restringir el discurso público, Hume le dio la vuelta, transformándolo en una justificación para la libertad de prensa: “Cuando una persona lee un libro o un panfleto sólo y en calma (*cooly*), no hay nadie presente de quien pueda contagiarse de pasión”. “Of the Liberty of the Press”, p. 11.

⁵² “Cuando los oradores combaten con discursos y opiniones contrarias, el conquistado odia al conquistador, y a todos aquellos que estén de su parte; por ello, mantiene con rabia su conocimiento y su opinión, y estudia todos los medios para hacer que la opinión de sus adversarios resulte perjudicial para el estado; pues así espera ver la gloria que se le ha quitado restituida a su persona”, *De Cive*, p. 231, 10, 12.

En ningún caso queda tan manifiesto el eventual carácter pernicioso de la publicidad como en el de la difamación. En el *common law* que trajeron los colonos a Estados Unidos, la difamación era tanto una falta civil como un delito penal; un daño público y no sólo un perjuicio al individuo injuriado. Dado que los insultos, aunque sean verdaderos, despiertan el deseo de una venganza violenta, la difamación era considerada originalmente como un atentado contra la paz pública⁵³. Desafortunadamente, las leyes sobre difamación permitían que las autoridades públicas pudieran alegar sedición utilizando así a los tribunales para castigar a sus críticos. Por esta razón, los predecesores de los Fundadores en el siglo XVIII manifestaron serias dudas acerca del *common law* sobre difamación.⁵⁴ Desafortunadamente, es imposible proteger la reputación inocente y, al mismo tiempo, someter a los poderosos a una crítica efectiva. También en este caso, el bien privado tiene que ser sacrificado por el bien público: “Tiene mucho menores consecuencias para la humanidad que un hombre pueda ser atacado en su reputación, que todos los hombres sean esclavos”.⁵⁵

Un gobierno responsable resulta imposible si las autoridades pueden aterrorizar a la prensa hasta la obediencia bajo la amenaza de un proceso por difamación sedicente. Esta fue la respuesta de Madison a la *Sedition Act* de 1798.⁵⁶ La libertad de prensa es “el único guardián efectivo de todos los demás derechos”.⁵⁷ Pero también es un instrumento esencial para el auto-gobierno, facilitando a los votantes información indispensable sobre los candidatos y los asuntos públicos. Blackstone sostenía que, en tanto que indispensable para cualquier gobierno republicano, la libertad de prensa no podía protegerse mediante la mera abolición de la censura previa. La previsión de un futuro castigo impediría la crítica de las autoridades públicas de una manera tan eficaz como el detestado sistema de la autorización. Los críticos *pretenden* hacer que

⁵³ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-9, University of Chicago Press, 1979, vol. 4, p. 150.

⁵⁴ “Lo que es conocido comúnmente como difamación, sin duda mantiene a Grandes Hombre es una actitud reverente, e impone ciertos controles sobre su conducta, mostrándoles la deformación de su conducta, al mismo tiempo que pone a otros en guardia contra la opresión”, Trenchard y Gordon, “Discourse upon Libels”, 1722, en *Cato's Letters*, vol. , p. 292.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 294.

⁵⁶ James Madison, “Report on Virginia Resolutions”, en *Mind of the Founder*, ed. Marvin Meyers, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1973, pp. 328-42.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 315.

los gobernantes abusivos caigan en el desprestigio. Por lo tanto, castigar esta intención destruiría “el derecho a discutir libremente acerca de los personajes públicos y sus decisiones”.⁵⁸ La libertad de prensa protegida en la Primera Enmienda requiere la inmunidad respecto de subsecuentes procesamientos como resultado de la crítica de las autoridades públicas; un gobierno republicano no permite espacio alguno a leyes que castiguen la difamación del gobierno.⁵⁹

También Madison justificó la libertad de prensa de modo instrumentalista, invocando su contribución en la creación de un electorado informado. La creencia de que la difamación de las autoridades públicas merecía la protección de la Primera Enmienda resurgió de manera espectacular en la decisión unánime de la Suprema Corte en la resolución *New York Times vs. Sullivan*,⁶⁰ que hizo casi imposible que los funcionarios públicos pudieran recibir alguna compensación por daños causados por manifestaciones falsas respecto de su actuación oficial. Según la Corte en *Sullivan*, el “núcleo central” de la Primera Enmienda era proveer de protección a los críticos de los actos de gobierno. Al brindar protección constitucional a los periódicos que critican de buena fe a los funcionarios públicos, la Corte trazó una llamativa analogía entre los funcionarios federales y la prensa.⁶¹ Con el objeto de asegurar una promoción vigorosa de los asuntos públicos, los funcionarios federales cuentan con inmunidad respecto de acciones por difamación como resultado de manifestaciones realizadas en el ejercicio de su deber.⁶² Según los argumentos de la Corte, precisamente por la misma razón, la prensa debe gozar de la misma inmunidad.⁶³ La analogía entre la prensa privada y los funcionarios públicos es elaborada con cierta elocuencia, dando la impresión de que los periodistas adversos *son* servidores públicos, o que los medios deben ser considerados como un “cuarto poder” no oficial del gobierno de Estados Unidos. Desde esta perspecti-

⁵⁸ *Ibid.*, p. 340.

⁵⁹ Ver, Harry Kalven, Jr., “The New York Times Case: A Note on ‘the Central Meaning of the First Amendment’”, reimpreso en *Free Speech and Association*, ed., Philip Kurland, Chicago, University of Chicago Press, 1975.

⁶⁰ 376 U.S. 254, 1964.

⁶¹ 376 U.S. 254, en 282 (Brennan, para la mayoría) y 304 (Goldberg, concurrente en el resultado).

⁶² *Barr v. Matteo*, 360 U.S. 564, 1959.

⁶³ “Si los críticos de la conducta de las autoridades no tienen una inmunidad equivalente a la de los funcionarios, ello supondría que los servidores públicos tendrían una preferencia injustificada frente al público que sirven”, 376 U.S. 254, 283.

va, la libertad de prensa no protege un derecho privado, sino que cumple una función pública.⁶⁴

Aunque parezca sorprendente, sobre la base de las mismas premisas, varios de los escritores del siglo XVIII llegaron a conclusiones opuestas. Escribiendo en una época de intensas revueltas políticas, alimentadas en parte por periodismo incendiario, Mme de Staël sostenía que los periódicos, “si bien eran el mejor medio para contrarrestar la opresión y para propagar la ilustración” debían ser regulados, precisamente porque los diarios son una institución “pública” no “privada”.⁶⁵ En una divertida imitación de 1789, Benjamín Franklin sostuvo el mismo punto. Como la prensa es un *poder público* similar a las otras tres ramas de gobierno, debe ser constreñida con serias restricciones jurídicas. Lo que le preocupaba a Franklin no era, desde luego, la protección de los funcionarios públicos, sino la posibilidad de falsas acusaciones que podían arruinar de por vida la reputación de individuos particulares. Su presunción —común en su tiempo— era que los lectores son básicamente maliciosos y que, en consecuencia, los rumores escandalosos viajarían rápido y permanecerían con claridad, mientras que las aburridas retracciones, aunque verdaderas, pronto serían borradas de la memoria pública.⁶⁶ Contra una libertad de prensa anárquica, Franklin apela a los principios liberales de publicidad y de Estado de Derecho (*rule of law*): “frente al tribunal de la prensa” no hay leyes, afirma.

El acusado no tiene un juicio ante jurado antes de que la verdad de la acusación sea hecha pública, tampoco se le hace saber el nombre de quien lo acusa, ni tiene la oportunidad de confrontar a los testigos en su contra, porque éstos son mantenidos en la oscuridad, como en el Tribunal de la Inquisición español.⁶⁷

⁶⁴ Cfr., Potter Stewart, “Or of the Press”, *Hastings Law Journal* 26, Enero 1975, 631-7.

⁶⁵ Mme Staël, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, 1798, París, Droz, 1979, p. 113; “faire un journal est un emploi public, tandis qu’écrire un livre n’est que l’exercice d’un droit consacré”, pp. 115-16.

⁶⁶ Para subrayar su creencia de que el contra-argumento honesto no es suficiente para remediar el desprestigio, porque la verdad nunca alcanzará a la mentira, Franklin cita a Dryden: Hay en el hombre una lujuria que ningún encantamiento puede dominar, / La vergüenza de su vecino a gritos publicar. / Los escándalos inmortales sobre alas de águila vuelan, / Mientras que nuestras acciones virtuosas al nacer mueren”.

⁶⁷ Benjamín Franklin, “An Account of the Supremest Court of Judicature in Pennsylvania, viz., The Court of the Press”, 1789, en *American Political Writing During the Founding Era*, ed. C Hyneman y D. Lutz, Indianápolis, Liberty Classics, 1983, vol. 2, p. 708.

Si Montesquieu invocó el principio de publicidad contra el inveterado abuso de las acusaciones secretas, Franklin, por su parte, atacó a la prensa por *su* uso de las acusaciones anónimas. La libertad frente al castigo no garantizaba una publicidad benéfica: se requería también de participantes identificables (i.e., responsables) y de la oportunidad de refutación. Una libertad de prensa irrestricta es, de hecho, un poder incontrolado de la prensa; el poder arbitrario de una minoría no elegida para infligir daños, libre de cualquier regla o regulación. Todo aquel que proponga limitaciones civilizadas a la prensa, no sólo encuentra su cara manchada con la tinta de las prensas, sino que es acusado de ser enemigo de la libertad.⁶⁸ Este estado de cosas llevó a que Franklin replicara que, si la prensa quería una existencia libre de cualquier regla, esto es, en un estado de naturaleza anárquico, entonces los ciudadanos están justificados en exigir sus derechos pre-sociales:

Mi propuesta es, pues, que dejemos a la libertad de prensa intocada, que pueda ejercerse en toda su extensión, fuerza y vigor; pero que permitamos que *la libertad de garrote* vaya con ella *pari passu*. Así, conciudadanos, si un escritor imprudente ataca vuestra reputación, quizá máspreciada para vosotros que la vida, y pone su nombre en el cargo, podéis ir hacia él de modo igualmente abierto y romperle la cabeza.⁶⁹

A pesar de su obvia frivolidad, este pasaje contiene un punto importante. La libertad no es idéntica a un estado de licencia individual ilimitada. La disciplina de la expresión mediante la responsabilidad civil nunca ha implicado la supresión de la libertad. A pesar de toda su inmunidad respecto de la censura política, la prensa no puede pretender una libertad respecto de todas las obligaciones de autocontención impuestas por el contrato social. Si no está dispuesta a conceder a los ciudadanos difamados el derecho al garrote, concluye Franklin, el legislador debe considerar la aplicación de regulaciones imponibles a la prensa.

El continuo debate sobre las leyes contra la difamación nos ayuda a enfocar nuestra atención en un dilema que causa continuos problemas a la regulación de los medios. La libertad de la prensa es también el poder de la prensa, incluido el poder de hacer daño. Cualquier institu-

⁶⁸ *Ibid.*, p. 709.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 710.

ción con un poder suficiente para actuar como un contrapeso efectivo del gobierno tiene que ser lo suficientemente fuerte como para poder causar serios daños a terceros. Aquellos que sufren un daño como consecuencia del ejercicio de poderes privados, naturalmente, recurren al gobierno en busca de compensación; por ejemplo, las partes difamadas generalmente acuden a los tribunales para reclamar una compensación. Tradicionalmente, el *common law* sobre difamación ha tratado de balancear el interés en la libertad de quienes se expresan con los intereses protegidos por las reglas que inhiben la comunicación. Desafortunadamente, se trata de un balance muy inestable. No hay manera de *controlar* el poder de la prensa sin ejercer un *efecto de enfriamiento* en la investigación vigorosa y en los reportajes. Pero, ¿cómo puede alcanzarse este objetivo razonable sin sobreproteger a los malhechores, públicos y privados, de sus más agudos críticos?⁷⁰

Dinero privado y democracia

El dinero habla. Llamando la atención sobre la reciente proliferación de centros de investigación (*think tanks*) financiados por empresas privadas, un periodista agregaba: el dinero piensa. Esta desproporcionada influencia de la riqueza en las políticas públicas parece, en todo caso, incompatible con la regla de la mayoría. Pero estas fuertes razones democráticas en favor de la regulación de la expresión basada en la riqueza se balancea con fuertes razones democráticas en contra. Para el gobierno representativo, amordazar a los ricos es tan útil como destructivo. Obviamente, esta ambigüedad es relevante para la cuestión de la regulación de los medios, que —después de todo— son propiedad de los ricos. Sin embargo, antes de tratar directamente la cuestión de la regulación al acceso sería útil examinar el imaginativo balance entre exigencias sobre derechos constitucionales que se dio en *Buckley vs. Valeo*.⁷¹ Esta decisión clarifica el problema que surge inevitablemente cada vez que el Estado quiere contener el poder, susceptible de ser abusado, de las

⁷⁰ Debido a la confusión de los tribunales acerca que quién es un personaje público, resulta que hacer que la posibilidad de presentar una demanda por difamación sea fácil para los particulares y difícil para los funcionarios públicos, sea sólo parte de la respuesta.

⁷¹ 424 U.S. 1, 1976.

entidades privadas que puede, por su parte, cuestionar la actuación de las autoridades.

Respaldao parte de la *Federal Election Campaign Act* (1971, reformada en 1974), la Corte en *Buckley* rechazó varias de las normas clave de la ley. Aunque sostuvo los límites establecidos por el Congreso para las “contribuciones” a los candidatos y a las campañas, la mayoría derribó los límites establecidos para los “gastos” (si, simplemente, le das un cheque de mil dólares al coordinador de la campaña, estás haciendo una contribución; pero si pagas un anuncio en un periódico a su favor, sin consultar a su equipo de campaña, estás haciendo un gasto). Antes de analizar la decisión *per curiam*, es necesario decir algo acerca de los votos disidentes de Burger y White. Ambos sostuvieron que la distinción entre contribuciones y gastos es difusa, arbitraria y, en última instancia, insostenible. Como preguntaba White: ¿qué sentido tiene limitar cuánto puedo gastar con aprobación del candidato y negarse a limitar cuánto puedo gastar en su beneficio?⁷² Burger coincidió, agregando — lo que explicaremos con más detalle enseguida— que las contribuciones y los gastos eran dos lados de la misma moneda de la Primera Enmienda.⁷³ Pero, aunque Burger y White estaban de acuerdo en la insostenibilidad de la distinción sobre la que la mayoría apoyaba la decisión del caso, disentían en casi todo lo demás.

Para Burger, la cuestión principal en *Buckley* era la Primera Enmienda. Puede que el dinero no sea *expresión*, pero puede ayudar a comunicar ideas. En una sociedad industrial de grandes dimensiones, la expresión política efectiva puede ser enormemente costosa. En efecto, regular el dinero supone regular la expresión. El prohibir las contribuciones supone también interferir en la libertad de asociación (crucial para aquello que pretendan abogar a favor de opiniones impopulares o controvertidas). Así pues, Burger sostuvo que la Ley suponía una seria amenaza para la democracia porque permitía que el Congreso limitara los derechos protegidos por la Primera Enmienda en el marco de las campañas electorales, donde el público tiene su única oportunidad para considerar las cuestiones y conocer a los candidatos. Como Brennan había sostenido antes, la Constitución estaba diseñada para proteger “el ilimitado intercambio de ideas necesario para realizar los cambios políticos y

⁷² 424 U.S. 262-2.

⁷³ 424 U.S. 241.

sociales deseados por el pueblo”.⁷⁴ La Ley obstruía este intercambio. Por ello, Burger quería que *tanto* las contribuciones *como* los gastos fueran ilimitados.

En contraposición, White quería que *ambas* limitaciones fueran respaldadas. Para él, *Buckley* suponía, fundamentalmente, un cuestión de corrupción. El dinero no se utiliza principalmente para comunicar ideas, sino, más bien, para comprar influencia. Si un candidato es elegido con un apoyo masivo por parte de individuos ricos, necesariamente favorecerá los intereses de estos en perjuicio de los intereses de los ciudadanos menos poderosos. Las aportaciones masivas compran, al menos, un acceso amigable a las autoridades elegidas, proveyendo de oportunidades de persuasión que no están a la disposición de quienes no han contribuido. Los Congresistas no creyeron que las leyes contra el soborno y la transparencia eran adecuadas para prevenir este tipo de abusos. ¿Y quién está en mejor posición que ellos para conocer los medios para procurar favores?

White también estaba preocupado del efecto de la Ley en el gobierno democrático. Si el público llegara a tener la idea de que los cargos públicos pueden comprarse, habría una erosión permanente de la base moral del sistema representativo: “los males de una contribución ilimitada son lo suficientemente peligrosos como para establecer restricciones, con independencia del efecto de estos límites en la libertad de expresión efectiva del contribuyente”.⁷⁵ Así pues, el interés del Estado en suprimir la corrupción (o la mera apariencia de corrupción) es tan importante que debe sostenerse la Ley, sin someterla a un estricto escrutinio respecto de posibles violaciones de la Primera Enmienda.

La mayoría aceptó, esencialmente, ambos argumentos, dejando que se modificaran entre ellos. Aunque los votos disidentes estaban claramente en un lado, la opinión *per curiam* intentó balancear las exigencias contradictorias que contenían. La Corte sostuvo los límites a la contribución porque veía la amenaza para la democracia que suponía la corrupción, e invalidó la limitación de los gastos porque vio en ella una amenaza igualmente genuina de violación de los derechos de la Primera Enmienda. Si me preguntaran por la justificación de la decisión de la mayoría, diría lo siguiente: sin duda, la distinción entre con-

⁷⁴ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484, 1957.

⁷⁵ 424 U.S. 260.

tribuciones y gastos es inconsistente, pero permitió a la Corte formular un doble mensaje; un mensaje *casi adecuado* para la complejidad de los problemas en cuestión –que (1) el sistema de Estados Unidos es hostil a la compra de favores políticos y que (2) que no puede permitirse que los representantes electos regulen la libertad de expresión o sus precondiciones.

El trabajo de la Corte hubiera sido mucho más sencillo si hubiera dos tipos de dinero: billetes azules para comprar influencia y billetes verdes que permitieran a los ciudadanos expresar sus opiniones. Pero no existe esta distinción –ni una cartera mágica que permita destruir los efectos perniciosos del dinero privado, dejando a salvo sus beneficios. En ningún billete está escrito para qué lo puedes usar. A la Corte le hubiera gustado trazar una línea entre la corrupción, por un lado, y la financiación de la comunicación de ideas, por otro. Como no podía establecer esta línea fantasma, eligió la segunda mejor opción disponible: la casi-real, más fácil de trazar, línea entre contribuciones y gastos. *La línea trazable simbolizaba a la no-trazable*. Al respaldar las limitaciones que la Ley imponía a las contribuciones, rechazando al mismo tiempo los límites a los gastos, la Corte manifestó su compromiso con el complejo (y, en cierta medida, inconsistente) sistema de valores implícito en la Constitución.

El Juez White también sugirió que la regulación de la financiación de las campañas es parcialmente análoga a las leyes antimonopolio. Del mismo modo en que pueden disolverse los monopolios para reestablecer la competencia en un mercado, podemos reestablecer la competencia en el mercado político limitando tanto las contribuciones como los gastos. La Corte no consideró que este argumento fuera decisivo porque el dinero, aunque es útil para establecer monopolios, también puede ser efectivo para romperlos. Más específicamente, el dinero puede ser el único recurso capaz de enfrentarse al monopolio de la atención pública, bajo el control de los poderes fáctico, los personajes famosos, los dueños de periódicos, etc. Burger también reconocía la importancia del dinero como un “rompedor” de monopolios que, en ciertas circunstancias, puede ser más efectivo que el gobierno. ¿Cómo podemos permitir, entonces, que los interesados estructuren las leyes sobre la financiación de las campañas impidiendo el uso de una herramienta que podría contrarrestar sus ventajas en el cargo?

La Corte también invalidó otra provisión de la Ley que establecía un techo sobre cuánto de su propio dinero podía gastar un candidato en una campaña. Argumentando en el sentido de respaldar la norma, White escribió que no hay un derecho constitucional a comprar un cargo, y que un tope a los gastos personales ayudaría a evitar la impresión de que las elecciones están “pura y simplemente en función del dinero”.⁷⁶ Al rechazar esta provisión, la mayoría sostuvo que el Congreso no puede establecer una norma que impida que los individuos aboguen a favor de sus opiniones con todo el vigor que les sea posible. La posibilidad de restringir la expresión de unos para promover la de otros resulta completamente ajena a la Primera Enmienda. Como alguna vez señaló el Juez Black, la Primera Enmienda fue diseñada para proteger “la más amplia diseminación de información proveniente de fuentes distintas y antagónicas”.⁷⁷ Como demostró *Red Lion*, este mismo principio puede invocarse para justificar, precisamente, la restricción de la expresión de unos para promover la voz de otros.

El argumento más significativo de la Corte en *Buckley* fue el siguiente: restringir el gasto personal *no* neutralizaría las disparidades ni igualaría la influencia política. Lo único que generaría son ventajas a favor de los cargos elegidos, haciéndolos incuestionables desde afuera. Como, en este mismo sentido, la capacidad de influir, la fama y la personalidad telegénica son fuentes de poder desigualmente distribuidas, la limitación exclusiva del dinero, no sólo no igualaría ni difuminaría el poder, sino que lo concentraría todavía más.

No hay armas puramente defensivas. Como sugiere nuestra discusión sobre la difamación, cualquier poder suficientemente fuerte como para servir de contrapeso, necesita él mismo ser contrabalanceado. El problema de la regulación de las contribuciones a las campañas se mueve en torno al mismo dilema. Por un lado, si queremos proteger al proceso político de la sobre-representación de los ricos, acabamos dando una ventaja injustificada a los cargos públicos (i.e., ellos están felices de otorgarse esta ventaja a sí mismos). Por otro lado, si damos una justa

⁷⁶ 424 U.S. 265. J.S. Mill ya había expresado esta cuestión fundamental: “¿De qué sirve el más amplio sistema representativo, si los electores no tienen el cuidado de elegir al mejor miembro del parlamento, sino que eligen a aquél que gaste más dinero para ser elegido?” (“Considerations on Representative Government”, p. 389).

⁷⁷ *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 20, 1945.

posibilidad a los terceros de cuestionar a los cargos públicos, expone-mos al proceso a los peligros de una sobre-representación de los ricos. La democracia puede quedar rápidamente desacreditada si la riqueza privada se coloca completamente fuera del control público. Pero la de-mocracia también puede ser subvertida si las autoridades democrática-mente elegidas tiene la libertad de regular el uso político de los fondos privados.

Así pues, *Buckley* nos deja un comentario muy iluminador respecto de nuestro problema central. La intervención gubernamental en el sec-tor privado es, a un tiempo, necesaria y peligrosa porque, para una de-mocracia, el poder privado es al mismo tiempo peligroso y necesario. Una buena cantidad de casos que tratan directamente de la libertad de prensa revelan la conciencia de la Corte de que los contrapesos efecti-vos pueden ser instrumentos para serios abusos del poder. Por una par-te, la prensa de investigación sirve para informar a los ciudadanos de acciones militares y de inteligencia y, de este modo, tienen un “efecto de enfriamiento” para la ilegalidad y la corrupción. Por otra parte, hay *algunos* casos (incluso si no podemos confiar en la CIA para saber cuán-les) en los que la libertad de prensa puede causar un daño permanente a la seguridad de la nación. Del mismo modo, la presencia de los me-dios en las audiencias prejudiciales, establecidas para discutir la elimi-nación de pruebas ilícitamente obtenidas, puede prevenir distintas irre-gularidades, pero también puede hacer difícil, si no imposible, la realización de un juicio justo. La Corte no ha sido terriblemente con-sistente en ninguna de estas cuestiones.⁷⁸ Desde luego, resulta cierta-mente más fácil oscilar, hacia delante y hacia atrás, entre principios obviamente contrarios que establecer “un delicado balance” entre ellos. De hecho, el ejemplo más sobresaliente donde se marcan diferencias, renunciando a elegir entre principios antitéticos, es la decisión de la Corte de respaldar los derechos de acceso de los medios de telecomu-nicación, rechazando arreglos casi idénticos para la prensa escrita.

⁷⁸ Sobre el derecho de la presa a estar presente en los juicios, compárese *Gannett v. De Pasquale*, 443 U.S. 368, 1979 con *Richmong News-papers v. Virginia*, 448 U.S. 555, 1980; so-bre la prensa y la seguridad nacional, compárese *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713, 1971, con *Sneep v. United States*, 444 U.S. 507, 1980.

Volver a salir del estado de naturaleza

Los individuos atrapados en el estado de naturaleza no celebran su inmunidad respecto de la interferencia del gobierno. De hecho, la anarquía produce un clamor casi universal a favor de la intervención del gobierno. Este fue el resultado previsible del “desbarajuste etéreo”, generado por el espectro electromagnético no regulado en los años veinte. Al promulgar la radio Act (1927) y la Communications Act (1934), el Congreso hizo leyes para controlar la libertad de prensa. A pesar del legado miltoniano preservado en la Constitución, el legislador estableció un sistema de licencias para la radiodifusión. Si hubiera atendido a la Primera Enmienda al pie de la letra, el Congreso hubiera hecho imposible cualquier comunicación por medio de ondas electromagnéticas—consecuencia, obviamente irreconciliable con el deseo de los constituyentes de mantener y enriquecer la libertad de prensa.

Mi derecho a hablar es inútil al menos que mi voz pueda ser escuchada. En ausencia de regulación, una cacofonía de voces hubiera hecho las transmisiones inaudibles. Por esta razón, la *Federal Communications Comisión* (FCC)⁷⁹ fue bien recibida como un policía de tránsito, con competencias para asignar las frecuencias y ayudar a los difusores a evitar mutuas interrupciones. Una intervención estatal de este tipo, destinada a prevenir interferencias, rara vez es considerada ilegítima. Al actuar como un coordinador, el gobierno es meramente un instrumento para alcanzar eficientemente los fines privados. Pero incluso esta mínima intervención destruye el mito de que la Primera Enmienda es exclusivamente un obstáculo para la censura del gobierno. Los derechos de propiedad no son meros límites a la intervención estatal; requieren también, entre otras cosas, de que el gobierno aplique las leyes sobre la protección de interferencias de terceros. De manera análoga, las provisiones sobre libertad de prensa y libertad de expresión no limitan exclusivamente al Estados, sino que requieren de la acción estatal positiva dirigida a establecer las precondiciones para el ejercicio efectivo de la libertad de expresión.

Ahora bien, como reconoció la Corte, evitar la anarquía era sólo un objetivo parcial. La FCC siempre ha sido algo más que un “policía de

⁷⁹ Originalmente, la *Federal Radio Commission*.

tráfico”.⁸⁰ Si el gobierno sólo hubiera querido evitar interferencias, podría haber asignado las frecuencias mediante una lotería o al mejor postor. Sin embargo, otorgó las licencias sobre la base de estándares explícitos de interés público. Al declarar que el espectro era una parte inalienable del dominio público, el Congreso se negó a dar a la radiodifusión el carácter de utilidad pública o de servicio público (*common-carrier*). Lo que hizo, en cambio, fue establecer una agencia administrativa que concediera derechos de transmisión temporales y renovables a ciertos solicitantes, configurando una reserva respecto de otros, pero bajo la condición de que cada concesionario debía aceptar “compartir su frecuencia con otros, y convertirse en una especie de fiduciario con la obligación de presentar las opiniones y las voces representativas de su comunidad”.⁸¹ Para evitar que los magnates de los medios pudieran descalificar por sí solos a un candidato que buscara un puesto público o que pudieran manipular los procesos políticos negando información a los votantes, se crearon varias reglas de acceso. Los radiodifusores no sólo debían operar en el interés público, dando cobertura a los distintos lados de una cuestión controvertida, sino que también tenían que darle acceso a los candidatos para un puesto político.⁸²

Dicho en otros términos, la acción del gobierno no sólo se justificaba por el deseo de “escapar del estado de naturaleza” de un espectro no regulado. La regulación no sólo pretendía establecer orden, sino un cierto tipo de orden; incluso, *un orden justo*. Lo que estaba en juego en la vigilancia pública de las emisiones no era meramente una coordinación eficiente sino algún tipo de norma moral: quizá la equidad,⁸³ pero, desde luego, la obligación de servir al interés público. Los monopolios temporales concedidos a unos cuantos tienen que ser justificados por el beneficio que producen en todos. En la teoría contractualista clásica, el

⁸⁰ *National Broadcasting v. United States*, 319, U.S. 190, 215-16, 1943.

⁸¹ 395 U.S. 389.

⁸² Aunque los candidatos a un puesto federal tienen una garantía positiva de sus derechos de acceso, los candidatos a puestos locales o en los gobiernos de los estados sólo tienen una garantía contingente del derecho. En otras palabras, la igualdad de oportunidades tiene que hacerse disponible a un candidato *sólo si* se le ha dado oportunidad a su rival.

⁸³ Lee Bollinger, “Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media”, *Michigan Law Review* 75, noviembre 1976, aunque reconoce la crucial distinción entre superar la anarquía y la equidad, sostiene de manera persuasiva que la necesidad física de una regulación estatal que impusiera el orden en las ondas radioeléctricas, preparó psicológicamente a los radiodifusores para la regulación más ambiciosa impuesta por la doctrina de la equidad, p. 20.

individuo que se transforma en policía puede conservar *sus* armas, incluso después de la radical transformación producto de la transición del estado de naturaleza a la sociedad civil; pero ello, sólo bajo la condición de que limitará su uso para la protección de los ciudadanos. La analogía en este caso parece un tanto forzada, pues asocia a los radiodifusores con las autoridades públicas. Pero esta es precisamente la analogía que trazó la Corte en *Sullivan*. Es más, una concesión, sin costo alguno, de derechos sobre una parte del dominio público da, al menos, credibilidad a la comparación. Los licenciatarios no son funcionarios públicos; pero, como receptores de los derechos sobre el espectro mediante un acto administrativo en el que no ha mediado contraprestación, *son* fiduciarios públicos. Como han señalado distintos comentaristas, las restricciones en la programación en servicio del interés público son inevitables en tanto se mantenga un sistema de no-mercado en la asignación del espectro radiomagnético.⁸⁴ El fideicomiso supone que los licenciatarios tienen que garantizar que las partes excluidas no son del todo excluidas; que todos tienen la oportunidad de, cuando menos, escuchar los puntos de vista de los grupos rivales libres de la censura partidista del radiodifusor. La variedad de espectadores compensa la exclusividad de participantes.

Megáfonos y monopolistas

La ardientemente discutida decisión *Red Lion* de 1969 dio respaldo constitucional a varias formas de regulación de las transmisiones, incluyendo el mandato de otorgar tiempo libre para la réplica de quienes hayan sido atacados en su honestidad o integridad en el trascurso de la discusión de un asunto público controvertido. La decisión de la Corte se fundamentó en la premisa de que la Primera Enmienda no sólo protege a los ciudadanos del gobierno, sino también de monopolistas y opresores privados. En decisiones subsecuentes, la Corte parece haber negado esta asunción básica, señalando claramente que “la Primera Enmienda no incluye los actos de entidades privadas”.⁸⁵ A esta idea de

⁸⁴ Benno Schmidt, Jr., *Freedom of the Press v. Public Access*, Nueva York, Praeger, 1976.

⁸⁵ *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94, 119, 1973, Burger por la Corte; también: “Que ‘el Congreso no crear una ley...limitando la libertad de prensa’ es una restricción a la acción del gobierno, no de las personas particulares”, 412 U.S. 114.

que los derechos restringen a las autoridades subyace una bizarra teoría histórica formulada de manera sucinta por el Juez Douglas: “la lucha por la libertad ha sido una lucha contra el Gobierno”.⁸⁶ La libertad significa sólo libertad *del* gobierno, no todo tipo de libertad respecto de opresores privados *por medio* del gobierno. Sin embargo, como he explicado antes en este ensayo, ni los grandes pensadores europeos que inspiraron a los Fundadores, ni los propios Fundadores, sostuvieron esta opinión implausible. Todos ellos sabían que la libertad sería completamente imposible sin un Estado efectivo. La capacidad de las autoridades públicas de violar derechos no implica la incapacidad de los poderes privados de hacer lo mismo.

En *Red Lion* la Corte fue mucho más fiel a los orígenes intelectuales y al sentido básico de la Constitución de lo que han reconocido sus muchos críticos. La Corte sostuvo, de manera bastante persuasiva, que la libertad de expresión de los difusores “no incluye el derecho de aniquilar la libertad de expresión de otros”.⁸⁷ Sostenía que ningún licenciatario tiene un derecho constitucional “a monopolizar la frecuencia de radio excluyendo a sus conciudadanos”.⁸⁸ Señalando que la Primera Enmienda no constituye un santuario para la “censura privada”,⁸⁹ la Corte resumió su opinión citando su tesis central en *Associated Press v. United States*: “la libertad de prensa respecto de la intervención del gobierno bajo la Primera Enmienda no supone sancionar la represión de la libertad por los intereses privados”.⁹⁰

El objetivo de romper monopolios es un objetivo legítimamente liberal porque los poderes privados pueden infligir graves daños a los individuos. Las leyes contra la difamación y la calumnia siempre han restringido la libertad de prensa (i.e. el poder de los agentes particulares) por esta misma razón. Y, lo que es más, los poderes privados pueden causar grandes daños a lo que sólo puede llamarse “la comunidad”, esto es, en el “espacio público”. Para dejar claro este punto, en *Red Lion* la Corte recurrió a la famosa analogía del megáfono:

⁸⁶ *CBS v. DNC*, 412 U.S. 94, 162 (concurriendo en la resolución).

⁸⁷ 395 U.S. 367, 387.

⁸⁸ 395 U.S. 389.

⁸⁹ 395 U.S. 392.

⁹⁰ *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 20, 1945.

Del mismo modo que el gobierno puede limitar el uso de un amplificador de sonido potencialmente tan ruidoso como para ahogar una expresión privada civilizada, el gobierno puede limitar el uso de los equipos de tele-trasmisiones. El derecho de libertad de expresión de un radiodifusor, del usuario de un equipo de sonido, o de cualquier otro individuo no incluye el derecho de aniquilar la libertad de expresión de otros.⁹¹

De acuerdo con *Buckley*, el gobierno no puede restringir la libertad de unos para promover la de otros. Sin embargo, al respaldar las limitaciones a las contribuciones la Corte en *Buckley* hizo precisamente eso. La analogía del megáfono en *Red Lion* clarifica precisamente la justificación de esa resolución. El derecho a la libertad de expresión de cada individuo debe estar limitada por el derecho equivalente de los demás a la libertad de expresión, y no sólo en el contexto de las campañas políticas.

Pero la justificación de la decisión de la Corte en *Red Lion* no queda capturada por la noción de derechos privados recíprocamente limitados. No se trata, simplemente, de una cuestión de balancear los derechos de los dueños de las estaciones con los derechos de los excluidos de la posibilidad de expresar sus opiniones al aire. De hecho, la Corte fue muy cuidadosa en dejar claro que lo que derrotaba el derecho de los radiodifusores al control de la programación era el derecho de la audiencia a conocer opiniones plurales.⁹² La Primera Enmienda no tiene sólo el propósito *negativo* de liberar a los individuos de la censura del gobierno; tiene también el propósito *positivo* de crear un público informado capaz de autogobernarse. Como señaló Madison, el tabú liberal contra la censura pública está basado, entre otras cosas, en el deseo de mantener a la ciudadanía bien informada. Pero para lograr este propósito —al menos así alegó la Corte— el gobierno debe prevenir “la censura privada” que puede reducir de manera prematura el rango de voces que lleguen a escucharse en el debate público. Una “autonomía editorial de los megafonistas” irrestricta obstruiría el flujo de información, subvirtiendo el propósito fundamental de la Primera Enmienda.

Nótese la inusual naturaleza del “derecho” afirmado aquí por la Corte: “el derecho del público a tener un acceso adecuado a otras ideas y ex-

⁹¹ 395 U.S. 387.

⁹² “Es el derecho de los televidentes y los radioescuchas, y no el derecho de los difusores, lo que es fundamental” (395 U.S. 390).

periencias sociales, políticas, estéticas y morales”.⁹³ La FCC otorgaba a los radiodifusores un monopolio sobre cierta frecuencia a cambio de un servicio público; esto es, de la cobertura de cuestiones públicas y de la representación equilibrada de los distintos puntos en los debates significativos. De este modo, los medios de difusión tenían la exigencia legal de “presentar las opiniones representativas de la comunidad en cuestiones controvertidas”.⁹⁴ En otras palabras, el centro de la cuestión no residía en el derecho de los transmisores al micrófono, sino en el derecho de la audiencia a la información. Se privilegia a la audiencia porque está constituida, en principio, por un público comprometido en el esfuerzo de un autogobierno racional. Un gobierno democrático sólo es atractivo cuando se pueden representar las distintas alternativas y existe una posibilidad viable de refutación. El derecho de cualquier ciudadano a ejercer sus capacidades racionales mediante la participación en la deliberación colectiva carece de significado al menos que los individuos habiten en un espacio público en el que las alternativas relevantes estén abiertas a consideración las alternativas relevantes. Tal y como lo entendió la Corte en *Red Lion*, la autonomía editorial debe limitarse para preservar el derecho del público a conocer y, así, formar sus opiniones de forma racional, preservando su capacidad para el autogobierno.

Cinco años más tarde, en *Miami Herald v. Tornillo*,⁹⁵ la Corte rechazó una Ley de Florida en la que se exigía que los periódicos dieran, a los políticos atacados en una contienda electoral, una libre oportunidad de réplica. Aparentemente, la Primera Enmienda *creó* privilegios monopólicos para negar a la gente la libertad de expresión, incluidos los candidatos a un cargo público. En una decisión telegráfica, la Corte sostuvo que las leyes de derecho a réplica inhibían un debate robusto. Dos años antes, respaldando una ley que exigía que los periodistas divulgaran sus fuentes en los procesos frente a un gran jurado, la Corte parecía relativamente indiferente a los efectos de enfriamiento que podía generar el control gubernamental de la prensa.⁹⁶ Pero *Miami Herald* introduce la justificación del efecto de enfriamiento en el corazón de la Primera Enmienda. Como es bien sabido, no se hace ninguna mención

⁹³ 395 U.S. 390.

⁹⁴ 395 U.S. 394.

⁹⁵ 418 U.S. 241, 1974.

⁹⁶ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 1972.

a *Red Lion*, dejando poco clara la constitucionalidad de la regulación sobre medios de telecomunicación, y no de prensa escrita, bajo la cláusula de igual protección de la Constitución.

La premisa doctrinal subyacente en *Miami Herald* tiene dos partes: (1) la Primera Enmienda sirve como un escudo para proteger la autonomía editorial, y (2) la Primera Enmienda no concede ninguna protección contra la censura privada. Desde el punto de vista constitucional, una expresión obligatoria no es muy diferente de una expresión prohibida. Como representante de la mayoría, Burger sugirió que los editores tenían un derecho protegido por la Primera Enmienda a ser inequitativos: “sin duda, una prensa responsable es un objetivo deseable, pero la prensa responsable no es prescrita por la Constitución y, como otras muchas virtudes, no puede ser legislada”.⁹⁷ Que la responsabilidad periodística *puede* ser legislada queda demostrado por la persistencia (si bien atenuada) de las leyes contra la difamación. No obstante, la Corte sostuvo que los agentes del gobierno no pueden obligar a los editores a publicar una información que prefiere reservarse sobre la base del derecho del público al libre flujo de información. En este sentido, White escribió:

Desde luego, la prensa no siempre es veraz, o incluso, responsable, y puede que no presente un debate público de manera completa y equitativa. Pero el balance establecido por la Primera Enmienda respecto de la prensa es que, en ocasiones, la sociedad tiene que tomar el riesgo de que ciertos debates sobre cuestiones vitales puedan no ser exhaustivos y de que no todos los puntos de vista sean expresados.⁹⁸

El gobierno y sus agentes merece desconfianza. Como resultado de ello, “nunca hemos creído que la Primera Enmienda permita que los funcionarios dicten a la prensa el contenido de sus columnas de noticias ni el sentido de sus editoriales”.⁹⁹ Los periódicos se abstendrían de discutir asuntos importantes, o sobre individuos importantes, con tal de evitar la manipulación asociada con el acceso forzoso. El acceso forzoso penalizaría a la prensa, inhibiendo sus críticas a los funcionarios públicos y generando una intromisión en las funciones de los editores.

⁹⁷ 418 U.S. 256.

⁹⁸ 418 U.S. 260.

⁹⁹ 418 U.S. 261.

Haciendo referencia a la “pesada mano del gobierno”, White concluyó que la misma clase de interferencia en la autonomía editorial que tan señaladamente había apoyado en *Red Lion*, en este caso resultaba inconstitucional.

Según Lee Bollinger, la yuxtaposición entre *Miami Herald* y *Red Lion* no es necesariamente una señal de incoherencia judicial, de la oscuridad de la Primera Enmienda, o de una proclividad irreflexiva de la Corte al incrementalismo. Por el contrario, la Corte fue mucho más inteligente de lo que pensaba, estableciendo un “delicado balance” entre valores rivales dentro de la Primera Enmienda.¹⁰⁰ Para parafrasear la ya famosa afirmación de Bollinger: la Corte hubiera querido distinguir entre los medios como un ejercicio de la libertad que refuerza la democracia y los medios como una ejercicio que deshabilita al poder. Pero, la no regulación de los medios, *simultáneamente* promueve y restringe el debate. Aunque las cadenas de televisión y los grupos de periódicos son conglomerados que restringen la competencia, también cumplen importantes funciones antimonopólicas (de manera notable, impiden que el gobierno tenga el monopolio sobre el flujo de información). Como resultado de ello, la Corte se enfrentaba a un dilema; y, de nuevo, resolvió el problema poéticamente. La distinción que hizo entre los medios electrónicos y los medios impresos era, sin duda, poco sólida. Así, aunque por sí misma muy dudosa, la línea trazable simbolizaba una línea intrazable. Una distinción implausible permitía a la Corte formular dos importantes principios constitucionales: (1) el gobierno merece desconfianza y (2) los detentadores de poder privado, también.¹⁰¹

¹⁰⁰ Bollinger, “Freedom of the Press and Public Access”, p. 27.

¹⁰¹ En *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, la Corte se atribuló sobre si la censura del gobierno respecto de los medios con licencia administrativa constituía, o no, “un acto de gobierno” (*state action*); por lo que, en tal caso, estaría prohibida por la Primera Enmienda. Este debate parece particularmente estéril. Resulta claro que la posibilidad de disfrutar cualquier derecho privado presupone algún tipo de acción por parte del gobierno (por ejemplo, el mantenimiento del orden público y la imposición de las normas sobre propiedad y sobre los contratos). La “privación de la propiedad” está constitucionalmente prohibida, con independencia de que los “privadores” sean funcionarios públicos o agentes privados (¿es que las cláusulas de expropiación le dan al robo un estatus constitucional?). ¿Qué impide que digamos, análogamente, que la supresión de la libertad de expresión es regulable, con independencia de que ésta se efectúe por el gobierno o por la prensa?

Algunos problemas de la regulación del acceso

En *Red Lion* hay más problemas que el conflicto no resuelto en *Miami Herald* (si es que debemos considerarlo todavía como no resuelto). Voy a resumir esos problemas en la forma de un comentario al argumento de Judith Lichtenberg a favor de la regulación del acceso.¹⁰² Ninguna de mis críticas implica la inconstitucionalidad de la regulación del acceso, pero postulan (creo) algunas dudas acerca de la prudencia de esta política.

El argumento fundamental en contra de la posición de Lichtenberg, por otro lado muy atractiva en distintos aspectos, es que tiende a subestimar la justificación liberal de la desconfianza al gobierno. Como resultado de ello, parece exigir más del gobierno de lo que éste puede dar. Ciertamente, el gobierno no puede garantizar la *realización* de la Primera Enmienda, como ella sugiere en ocasiones. No existe una comisión reguladora que pueda asegurar una igual capacidad para comunicar o garantizar que todos tengan algo interesante que decir, que la audiencia entenderá cuando la gente haga públicas sus opiniones. Es más, parece poco probable que la regulación de la FCC vaya a contribuir a que los medios sean *más representativos* de lo que ha sido algún poder del gobierno alguna vez. Ni siquiera un PR estricto garantizaría la representación de todas las opiniones minoritarias en una asamblea nacional.

En ocasiones, Lichtenberg sugiere que un incremento en la intervención del gobierno, de hecho, incrementaría la independencia de los medios respecto del gobierno, al prevenir la extralimitación de los medios. Pero ¿no supone, acaso, cada regulación dirigida a convertir a los medios en un “foro neutral” una disminución en su capacidad para actuar como un moscardón partisano, que investiga y critica al gobierno de forma agresiva? Incluso un esquema parcial de regulación permite la revancha contra los periódicos: una administración que ha sufrido críticas puede amenazar con no renovar las licencias de transmisión de una estación que es propiedad del dueño de un periódico.¹⁰³ Por últi-

¹⁰² Judith Lichtenberg, “Foundations and Limits of Freedom of the Press”, en *Democracy and the Mass Media*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

¹⁰³ Para este argumento y otras críticas de Bollinger desde una perspectiva de “libre mercado”, ver, Matthew L. Spitzer, *Seven Dirty Words and Six Other Stories* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1986), pp. 43-66.

mo, ¿cómo puede evitarse que las reglas que regulan el ataque personal, que requieren una notificación, que se provea de un manuscrito ofensivo y algún arreglo para la réplica, no reduzcan el nivel de cobertura electoral? Incluso aunque la FCC evalúa el desempeño de los transmisores en general, y no programa a programa, un monitoreo permanente previsiblemente tendrá un efecto inhibitorio.

Lichtenberg sostiene correctamente que la prensa debe ser independiente no sólo del gobierno sino del poder del dinero. Sin embargo, el culpar al “dinero” de la parcialidad de la prensa en ambiguo es incompleto. Como ella misma hace notar, la manipulación de la prensa por parte de los acaudalados es muy diferente de la decisión de los gestores de los medios de transmitir una programación que le guste al público (y que, por tanto, atraiga a la publicidad). La tradición constitucionalista liberal deja bien claro que el poder privado puede limitarse por propósitos públicos. Ahora bien, en el segundo caso, no parece que haya ninguna exigencia constitucional para la regulación. Me cuesta trabajo creer que los programadores de las televisoras consideren la “zafiedad” como una técnica infalible para mejorar sus niveles de audiencia. Pero si la mayoría de la gente quiere zafiedad, ¿qué autoriza al gobierno para enseñarles diligencia y sofisticación?¹⁰⁴ Es más, el tratamiento de los medios de cuestiones importantes puede ser parcial aun cuando el dinero no ejerza su perniciosa influencia. Puede ser, simplemente, que las empresas sean demasiado estúpidas, poco imaginativas, o ideológicamente rígidas (por razones psicológicas, no económicas) como para tener un manejo firme de los distintos puntos de vista razonables. Pero la intervención gubernamental para compensar la torpeza de los reporteros no parece tan concordante con los valores liberales como la prevención de que los ricos puedan ahogar las voces de los pobres. Es más, como la misma Lichtenberg señala, “Todas las noticias de los medios favorecen a los más articulados ante los menos articulados”.¹⁰⁵ También la vida hace lo mismo; como, por su parte, aunque con mayor pertinencia, lo hace el estilo asambleario de dirigir la democracia. Pero, ¿puede compensar el gobierno las disparidades en la credibilidad generadas por tan extraños factores como la buena apariencia o la dicción euforizante?

¹⁰⁴ Acerca de la regulación de la FCC respecto de la zafiedad en la cobertura política, ver *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94, 112 (1973).

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 10.

Si he entendido bien, el argumento fundamental de Lichtenberg es que en ámbito de la regulación de los medios masivos de comunicación no hay conflicto de valores constitucionales.¹⁰⁶ Sólo hay un valor (i.e., la equidad, o diversidad, o multiplicidad de voces) y las disputas se refieren exclusivamente a la mejor forma de realizarlo. Yo prefiero considerar que aquí hay dos valores en cuestión (la desconfianza en el poder público y la desconfianza en el poder privado) y que la tradición constitucionalista liberal nos obliga a establecer algún tipo de balance entre los dos. Pero esta es en buena medida una disputa verbal, pues probablemente estos principios pueden describirse como uno¹⁰⁷. Más al grano: la justificación que invoca Lichtenberg a favor de la regulación del acceso no ordena ni la equidad ni la diversidad. Lo que, en última instancia, queremos, no es tener *todas* las opiniones equitativamente representadas, ni siquiera tener una variedad de opiniones. Para que la libertad de expresión realice sus funciones posibilitadoras de la democracia, lo que los medios deben presentar es un amplio espectro de opiniones *inteligentes, informadas y reflexivas*.¹⁰⁸ La propia Lichtenberg reconoce esto cuando distingue, de manera muy útil, entre las funciones informativas, representativas y críticas de la prensa.¹⁰⁹ Puede ser que el mejor crítico sea poco representativo o, incluso, impopular.¹¹⁰ En un sentido contrario, si mi opinión “no merece” ser expresada, ¿se debe forzar a la prensa a publicarla sobre la base de la equidad? Desde luego, afirmar que sólo debe exigírsele a la prensa que publique puntos de vista “inteligentes”, debilita el argumento a favor de la regulación del acceso. Reguladores poco inteligentes pueden ser capaces de imponer estándares en cierto modo mecánicos, como la igualdad y la diversidad, pero, sin duda, no debe confiárseles la decisión sobre qué opiniones son interesantes o inteligentes.¹¹¹

¹⁰⁶ Ibid., p. 28.

¹⁰⁷ Es probable que se abuse de cualquier poder (público y privado), por lo que se debe desconfiar de éste.

¹⁰⁸ Alexander Meiklejohn, *Political Freedom*, p. 26.

¹⁰⁹ Lichtenberg, “Foundations”.

¹¹⁰ El juez Brennan argumentó respecto de la insuficiencia de la doctrina de la equidad exactamente de la siguiente manera: “...por definición, la Doctrina de la Equidad tiende a perpetuar la cobertura de las “voces y opiniones” que ya están establecidas, mientras que fracasan a la hora de facilitar la exposición del público a las “voces y opiniones” novedosas, heterogéneas y no representativas de la opinión prevaleciente” (*Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94, 190, Brennan disintiendo).

¹¹¹ Jeremy Bentham no defendía la libertad de prensa sobre la bases *a priori* o doctrinarias, sino sólo después de haber evaluado los costos y beneficios. “La libertad de prensa tiene sus

En ocasiones, Lichtenberg acusa a la prensa de ser sobrerrepresentativa (dándole a los espectadores lo que quieren) y, en otros casos, de no ser suficientemente representativa (rechazando los puntos de vista de las minorías). Pero la cuestión fundamental puede ser, ¿qué tipo de representante debe ser la prensa, un delegado o un fiduciario? Si los medios son delegados, desempeñan sus funciones cuando prestan “servicios a quienes los nombran”, esto es, cuando expresan a sus propios y especiales “electores”. Pero si los medios se consideran como “encargados” responsables –que es lo que el término “fiduciario” quiere decir– ¿no deben tener entonces los editores algún derecho independiente para decidir que puntos de vista merecen ser escuchados?

Más allá de la regulación del acceso

Si el gobierno publicara los precios en un lugar visible fuera del bazar, los vendedores no podrían beneficiarse inequitativamente (i.e., no competitivamente) de la torpeza de los clientes. Al igual que otros mercados, el libre mercado de las ideas puede hacerse más competitivo mediante la intervención del gobierno. La historia del derecho de propiedad intelectual, por no mencionar la educación financiada mediante impuestos, muestra que una teoría profiláctica de la libertad de prensa es inadecuada. La primera enmienda no es sólo un escudo contra la indeseable interferencia del gobierno. Incluso un estado mínimo o estado policía tiene que jugar un *papel positivo importante para facilitar la comunicación*, esto es, en incrementar el poder productivo del intercambio intelectual.

inconvenientes; sin embargo, los males que podemos esperar de ella no se comparan con los de la censura”. La censura hará imposibles nuevos descubrimientos y la difusión de importantes verdades, por lo que impedirá “el pleno progreso de la mente humana”. Pero el argumento básico de Bentham contra la censura es que muy probablemente los propios censores serán “hombres inferiores”, demasiado estúpidos como para confiarles la tarea de que decidan en secreto lo que debe o no debe ser publicado (Bentham, “Principles of the Penal Code”, *A Theory of Legislation* [Bombay, Tripathi, 1975], p. 228). De hecho, para casi la totalidad de los autores en la tradición del constitucionalismo liberal, el argumento básico contra la regulación gubernamental de la prensa era la *desconfianza* en el gobierno. A menudo, la autoridades son autointeresadas e, incluso, maliciosas. Pero la justificación más importante para esta “supervisión y prevención” es que los agentes del Estado usualmente tienen poco seso.

Los mercados no se limitan a dar a las personas lo que ellas desean. Los vendedores no sólo satisfacen las preferencias, sino que las moldean. Como consecuencia de esto, no podemos justificar un mercado de manera plausible invocando las preferencias (ostensiblemente independientes) que ese mercado satisface.¹¹² Dado que hoy en día las referencias son perfiladas por todo tipo de poderes (incluidos, por ejemplo, los medios de comunicación), no hay ninguna buena razón por la que deba impedirse constitucionalmente que la mayoría ejerza, a través de sus representantes, este poder de conformación de las preferencias. Originalmente, la concesión de las franquicias fue justificada como una técnica para crear un interés en los asuntos públicos por parte de los no votantes. El gusto por la política es un gusto adquirido —mediante el estímulo de las reformas jurídicas—. La oferta crea a la demanda, y las oportunidades estimulan a la gente a desarrollar sus capacidades. Incluso una limitada oportunidad para influir en los asuntos políticos genera el incentivo para desarrollar, en una primera instancia, opiniones y preferencias informadas. Para ayudar a que la población en su conjunto desarrolle un gusto cultivado por una discusión educada de los asuntos públicos, la mayoría puede, por ejemplo, establecer bibliotecas públicas. Sobre la base de la teoría de que las preferencias se forman de una manera más racional en la presencia de información acerca de las alternativas, un estado democrático puede utilizar su autoridad para extender ciertos puntos de vista interesantes y para exponer a los ciudadanos a ellos.

En otras palabras, tanto la regulación del acceso como la doctrina de la equidad encajan en el espíritu liberal de la tradición política de la Constitución de Estados Unidos. No obstante, estos controles sobre las transmisiones puede ser —y de hecho, han sido— criticados sobre la base de razones prácticas. De hecho, el argumento más devastador contra este tipo de regulación es que puede tener un efecto inhibitorio de un debate amplio y robusto, sobre todo en la beneficiosa crítica a las autoridades públicas. Si de hecho *reduce* la variedad de puntos de vista a los que queda expuesto el público, la justificación de la doctrina de la equidad queda derrotada por su propia justificación.

Afortunadamente, la FCC tiene a su disposición medios menos agresivos para obtener el mismo resultado deseable. La reglas sobre la propiedad compartida (*cross-ownership*), por ejemplo, cumplen la misma función, sin involucrar al gobierno en funciones editoriales; y la Sherman

Act puede utilizarse para evitar boicots de los grupos a personajes controvertidos. Es más, la propuesta de Henry Geller de una tasa de espectro, a cargo de las cadenas y con el objeto de subsidiar a la televisión pública, parece una técnica mucho más efectiva para garantizar la diversidad que cualquier regulación de control del contenido. La propuesta de establecer un impuesto sobre el espectro, y utilizar sus productos para apoyar soportes alternativos, liberándolos de las exigencias de la generación de beneficios, tiene el origen en uno de los más poderosos defensores de la libertad de expresión. Aunque era escéptico respecto del poder del Estado, John Stuart Mill abogaba por “la mayor centralización posible de la información, y la difusión desde el centro.”¹¹³ Mill utilizó deliberadamente la atemorizante palabra “centralización” para demostrar que la intervención efectiva del gobierno en esta materia no tiene por qué ser intrusiva. De hecho, distinguía claramente entre su propuesta de funciones del gobierno, proveedoras de información y creadoras de alternativas, y su capacidad coercitiva para prohibir ciertas acciones o para prescribir lo que se tiene que hacer y cómo hacerlo:

Hay otro tipo de intervención que no es autoritativa: cuando un gobierno, en vez de emitir una orden respaldándola mediante penas, adopta el curso de acción, a menudo utilizado por los gobiernos y del que tanto provecho puede obtenerse, de dar consejo y emitir información; o cuando deja que los individuos persigan sus propios medios objetos de interés genera sin inmiscuirse, pero sin dejar el asunto completamente en sus manos, establece a lado de sus arreglos los medios propios para sus objetivos.¹¹⁴

El medio menos drástico por el que la FCC puede garantizar la diversidad en las transmisiones es abandonando cualquier forma de regulación de contenidos e incrementando substancialmente los subsidios a la televisión y a la radio públicas.¹¹⁵ Esta es más o menos la propuesta que apoyaba Thomas Emerson: olvídense de la equidad y concéntrense

¹¹² Sobre este punto, ver Cass Sunstein, “Legal Interference in Private Preferences”, *University of Chicago Law Review* 53 (1986): 1129-74.

¹¹³ J.S. Mill, “On Liberty”, en *Essays on Politics and Society*, p. 309.

¹¹⁴ J.S. Mill, *Principles of Political Economy*, 1848, vol. 2, p. 443.

¹¹⁵ Según Geller, los concesionarios estarían dispuestos a aceptar el impuesto al espectro sin protestar, a cambio de verse liberados de distintas formas de supervisión por parte de la FCC.

en generar más emisoras.¹¹⁶ Desafortunadamente, la regulación de contenidos promueve la autocensura, generando una reducción neta de la diversidad. Afortunadamente, la exigencia constitucional de intervención positiva del Estado, implícita en la protección de la libertad de prensa, puede satisfacerse de otras maneras.

Recepción: 14/11/2006

Aceptación: 1/12/2006

¹¹⁶ Thomas Emerson, *The System of Freedom of Expression*, Nueva York: Random House, Vintage 1971, p. 671.