

ENSAYO

FUNDAMENTOS DE LA * LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Richard A. Epstein**

A la luz de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, el autor analiza las leyes complementarias que regulan la libertad de expresión en ese país. Para ello se remonta al concepto de libertad que se refiere a una libertad de acción total, salvo para usar la fuerza y el engaño contra otros individuos. De esa noción de libertad se desprendería que el Estado tiene la labor de contener dichas conductas. En el campo de la libertad de expresión, la fuerza y el engaño corresponden a la amenaza y la falsedad.

Señala que los criterios a aplicar para determinar cuándo restringir o no una expresión, deben ser similares a aquellos que ha desarrollado el derecho consuetudinario (*common law*) res-

*El presente ensayo, "The Fundamentals of Freedom of Speech", fue publicado originalmente en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 10, N° 10 (winter 1987). Su traducción y reproducción en esta edición cuentan con la debida autorización.

**Profesor titular de la cátedra de derecho James Parker Hall en la Universidad de Chicago (Chicago, EE. UU.). Ha sido investigador en el Center for Advanced Studies in the Behavioral Sciences y profesor visitante en el Max Plank Institute for Comparative and International Private Law en Hamburgo. Autor de numerosas publicaciones en temas legales, especialmente respecto de la ley sobre agravios. Entre sus libros puede mencionarse *A Theory of Strict Liability. Toward a Reformulation of Tort Law* (San Francisco: CATO Institute, 1980).

pecto de la violencia y la subversión, y manifiesta su confianza en la prudencia de los tribunales.

Por otro lado, Epstein estima correcta la política de la Corte Suprema, en el sentido de no permitir que por la vía legislativa se puedan generar restricciones a la libertad de expresión —incluso por acuerdo de mayorías— que en definitiva atenten contra el propio proceso político democrático.

Me acerco al tema de la libertad de expresión del mismo modo que lo hago con buena parte del derecho constitucional, es decir, como un extraño. Nunca he enseñado derecho constitucional en la escuela de leyes como asignatura independiente. Es verdad que he escrito sobre el derecho constitucional, pero a veces de una manera tal que a muchas personas les parece incomprensible.¹ Con todo, me parece que la ignorancia, de la que Oliver Wendell Holmes ha dicho que es la mejor reformadora de la ley,² tiene cierta virtud. Una persona empapada en la tradición a menudo pasa por alto cualquiera inquietud persistente relativa a las estructuras fundamentales. Acepta las categorías dominantes de la disciplina y se sumerge en los detalles de su aplicación. El extraño puede mirar con nuevos ojos y preguntar si las categorías dominantes, según el conocimiento recibido, son en verdad las correctas.

El actual cuerpo de leyes de la Primera Enmienda reconoce una diferencia fundamental entre restricciones a la libertad de expresión basadas en el contenido y restricciones neutras respecto al contenido. Las limitaciones a la libertad de expresión neutras en cuanto al contenido se refieren principalmente al momento, lugar y forma de la expresión, pero en las normas no hay un sesgo explícito respecto de quién se expresa o qué se dice. Las normas basadas en el contenido son aquellas en que la imposición de la restricción legal depende de lo que se haya dicho. Lo que llama la atención acerca de las restricciones con base en el contenido, admitidas por la Constitución, es su notable amplitud. Abarcan vastos cuerpos legales: expresiones que inducen a conducta subversiva e ilegal, difamación, revelación de información reservada y obscenidad.³ Aquí mi propósito es

¹Véase, por ejemplo, R. Epstein, *Takings, Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985).

²O. W. Holmes, *The Common Law* 78 (1981).

³Véase, por ejemplo, G. Stone, L. Seidman, C. Sunstein, M. Tushnet, *Constitutional Law* 925-1360 (1986) (Capítulo 7).

modesto: el de señalar cómo la ley constitucional que regula dos tipos de restricciones a la libertad de expresión con base en el contenido —aquellas relativas a expresiones que inducen a conducta ilegal, como lo son las actividades subversivas (por ejemplo, la prueba del "peligro claro y presente") y aquellas relativas a la difamación (por ejemplo, el requisito de la "intención maliciosa")— se puede interpretar como una respuesta de principio a los desafíos intelectuales centrales que plantea el texto constitucional. Dicho en otros términos, quiero tratar la doctrina recibida como asunto de principio y no solamente como asunto de derecho establecido. Al hacerlo espero explicar dos cosas: primero, por qué la doctrina moderna de la Primera Enmienda contiene un núcleo de buen sentido y, segundo, por qué los tribunales tienen razón en mostrarse muy poco deferentes con el Poder Legislativo cuando éste procura regular las distintas formas de expresión.

Un rasgo característico de la mayor parte de los análisis modernos del derecho constitucional es que rehuyen sistemáticamente el que parecería ser el primer paso de la indagación: ¿cuál es el propósito del gobierno? No veo cómo es posible ocuparse de la teoría constitucional sin hacer frente a esta interrogante, especialmente si la Constitución estadounidense (como yo lo pienso) contiene una respuesta teórica coherente al respecto: una que explica en gran medida el tipo de gobierno que tenemos hoy.

Para responder, pues, a esta pregunta general, me retrotraeré a los fundamentos. Uno de ellos no es tanto la idea de expresión en sí, sino la idea de "libertad" de expresión. Quiero proponer una afirmación ingenua: que el propósito del gobierno es el de preservar las libertades de todos los individuos a quienes gobierna. En este asunto de la libertad hay una diferencia muy grande entre libertad y licencia. La licencia dice: "Haz lo que se te antoje y la única manera de que alguien te lo impida es que haga lo que a él se le antoja primero". Esta visión de la licencia simplemente no deja lugar a gobierno alguno. Un régimen de licencia pura nos retorna a la ley de la espada y al derecho del más fuerte. No creo que haga falta gran imaginación social ni una construcción detallada de la teoría de juegos para explicar cómo la adhesión fiel a una solución tan simple causará el derramamiento de mucha sangre inocente. El régimen de licencia puro encarna la forma de organización que no queremos dar a la sociedad.

En cambio, la teoría de la libertad no sólo otorga derechos a los individuos, sino que insiste en que hay deberes correlativos vinculados a esos derechos. ¿Cuál es el contenido de esos deberes? Si este sólo fuese un análisis de teoría política, yo respondería a la pregunta, probablemente, con un argumento desenfadadamente consecuencialista, en el sentido de que querríamos crear un conjunto de derechos y deberes muy próximos a los que

garantiza la Constitución. Pero un argumento tan complejo queda fuera del alcance de este ensayo. En lugar de eso, en respuesta a las exigencias de la interpretación constitucional, me abocaré a la cuestión más circunscrita (pero siempre muy amplia) de lo que queremos decir con el término "libertad".

Al buscar el sentido del término, pienso que se gana muy poco con revisar buena parte de la sórdida historia del Estado (*government*) antes de 1789. Con demasiada frecuencia esa historia no es sino la historia de la "re-presión" de la libertad de expresión, lo que prueba con un triste ejemplo por qué necesitamos una teoría para proteger la palabra. Los redactores de la Constitución no procuraron imitar los peores excesos del pasado, sino que iniciaron, en cambio, un experimento que casi no tenía precedente histórico. Se trataba de filósofos radicales que intentaban moldear una nueva concepción de gobierno en una tierra nueva. Para comprender qué fue lo que hicieron y escribieron, es mejor volver la vista hacia la tradición intelectual que desarrollaron Hobbes, Locke, Hume y sus contemporáneos de talla menor.

El concepto básico de libertad que surge de aquella tradición se refiere a la total libertad de acción, salvo cuando ella implica el uso de la fuerza y el engaño en contra de otros individuos. Esta noción de libertad alude directamente a la relación entre particulares y no contiene elemento explícito alguno de gobierno. Da a entender que la función del gobierno es la de contener el uso de la fuerza y del engaño, no sólo en los particulares sino también en aquellos a quienes se ha confiado el poder de gobernar y que están armados con el monopolio de la fuerza que ese poder trae consigo.

Aquí ya se podría percibir la estrecha relación que hay entre el derecho consuetudinario sobre agravios (*common law of torts*) y las protecciones constitucionales.⁴ El derecho sobre agravios (*ton law*) se ocupa del control de la conducta privada, cuando no en un estado de naturaleza, al menos en una situación en la que ninguna persona reclama para sí categoría, privilegios ni inmunidades especiales por el hecho de estar en el servicio público. La Constitución se refiere a los límites del uso del poder por parte de aquellos que ocupan cargos públicos y plantea que en un gobierno de derecho, y no de hombres, los ciudadanos comunes no pierden sus derechos civiles ordinarios ni aun en contra del Estado.

A su vez, aquellos derechos civiles son definidos por el derecho consuetudinario ordinario. No obstante, la teoría general de agravios no

⁴Explicado en detalle en R. Epstein, *supra*, nota 1, en pp. 35-56 (capítulo 4).

simplifica el distingo arquitectónico corriente que han propagado muchos teóricos de la Primera Enmienda, entre libertad de expresión (o de palabra) y libertad de acción.⁵ Al contrario, el análisis de la libertad según el derecho consuetudinario sobre agravios corta de raíz toda doctrina constitucional absolutista semejante. Para mayor detalle, según el derecho general sobre agravios (*general ton law*), no hay en principio diferencia entre la conducta agravadora de palabra y la conducta agravadora de acto. La idea básica de la libertad es que uno puede hacer lo que quiera, pero no debe emplear la fuerza ni el engaño en contra de otros. La primera parte de la prohibición, relativa a la fuerza, entraña restricciones a la conducta; la segunda, relativa al engaño, comprende restricciones a la expresión. Se desprende que ciertos actos están enteramente protegidos y otros son totalmente inicuos (*wrong*). Lo mismo vale en el campo de la palabra. Ciertas expresiones están enteramente protegidas, otras son totalmente ilegales. El propósito de una teoría de la "libertad" de expresión es el de dividir la expresión en sus dos clases distintivas, sólo que ahora los riesgos son más altos porque emprendemos un análisis del derecho consuetudinario a nivel constitucional. Este análisis de la libertad puede adquirir su sentido más vivo y visceral si se toma la fórmula libertaria de la libertad y se demuestra cómo cuadra tanto con la protección de la expresión privada como con las limitaciones a dicha expresión.

La restricción libertaria central sobre los particulares es que no se les permite emplear la fuerza en contra de la persona y bienes de otros. Pareciera que la limitación se dirige a la conducta, no a las palabras; a simple vista parece que la Primera Enmienda se hace a un lado. Pero todo buen libertario entiende que la expresión "hacer uso de la fuerza" es más bien parte del léxico profesional. El uso de la fuerza también comprende la "amenaza" de usar la fuerza. Y resulta, por cierto, que la amenaza de usar la fuerza es un acto de palabra, es más, un acto ilegal de palabra. Ninguna teoría de la libertad de expresión debe tener por finalidad proteger las amenazas de usar la fuerza: "la bolsa o la vida" no es una expresión que goce de protección constitucional.

Dicho esto, la teoría de la libertad de expresión tiene que dilucidar (al igual que el derecho de agravios) la línea correcta entre la amenaza de usar la fuerza y las formas ordinarias de persuasión política que se yerguen en estricta oposición a dichas amenazas. No es fácil, sin duda, trazar esa línea, especialmente cuando ciertas palabras de aspecto inocente pueden contener

⁵ Véase, por ejemplo, T. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (1970).

implícitas amenazas de fuerza de gran magnitud. El debate inconcluso acerca de los piquetes laborales⁶ es sólo un ejemplo de lo espinoso que puede ser en la práctica el distinguo necesario entre fuerza y persuasión, y en medio de un contexto difícilísimo y controvertido.

Supongamos, sin embargo, que podemos identificar las clases de expresiones que contienen amenazas de usar la fuerza. Queda una segunda etapa del análisis, la que pregunta: dada la amenaza de usar la fuerza, ¿cuál es el remedio? ¿damos protección judicial (*injunctive relief*) a la víctima potencial antes de que ocurra el daño, o bien dejamos que se produzca el daño antes de que el Estado (*government*) intervenga? Esta interrogante surge forzosamente de la garantía constitucional de la libertad de expresión. Por lo mismo, es también una pregunta que el texto no responde explícitamente. Hay serios peligros, además, en toda posible respuesta. Al reprimir demasiado pronto las amenazas de usar la fuerza, es fácil desalentar sustancialmente los intentos ordinarios de persuasión. Si se espera demasiado tiempo antes de eliminar la amenaza, puede ocurrir un daño grave y el Estado (*government*) puede ser incapaz de identificar al culpable o de exigirle una compensación cuando se le encuentre.

Este problema de la elección de remedios es crítica en buena parte del derecho privado. Es la pieza central del debate acerca de cuándo se permite que las personas pongan término o impidan una molestia (presente o potencial). La elección del remedio ha generado gran cantidad de controversias sin resolver en la jurisprudencia y en la literatura académica.⁷ No pretendo resolver aquí ese conflicto. Lo que sí voy a proponer es que la elección de remedios respecto de la amenaza de una molestia tiene su paralelo constitucional exacto —y lo tiene forzosamente— en la ley que se ocupa de regular las expresiones que inducen a la violencia o bien a la actividad subversiva. Aquí todos los casos muestran el esfuerzo judicial por dilucidar hasta qué punto la prohibición previa depende de la probabilidad, severidad e inmediatez del daño, dadas las alternativas de control institucional que se pudieran emplear para impedirlo.

La combinación correcta de remedios es muy difícil de hallar. Algo más fácil es explicar por qué esa indagación ha resultado tan inmanejable a

⁶Respecto a mis opiniones, véase Epstein, "A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Labor Legislation, 92 *Yale L. J.* 1357, 1375-79 (1983).

⁷Véase, por ejemplo, Calabresi y Maled, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972).

lo largo de los años. La probabilidad y la gravedad de la pérdida son parámetros continuos, cuyos valores pueden variar en incrementos diminutos. Siempre es posible encontrar distintas combinaciones de probabilidad (P) y de gravedad (G) que llevan a los casos cerca del margen. El alto riesgo de pérdida se podría combinar con la baja gravedad del perjuicio y viceversa. Si la pérdida total se mide por la probabilidad multiplicada por la gravedad ($P \times S$), y si el nivel aceptable de pérdida es una cifra k , entonces habrá un número infinito de permutaciones de ($P \times S$) próximas a k . Cuando se integran a la ecuación otros elementos (por ejemplo, la inmediatez) los resultados sólo se confunden más. Los casos marginales no desaparecen. Aquí los problemas no están en la vaguedad del lenguaje. Todo lo contrario. Son únicamente producto de la incertidumbre acerca de los estados futuros del mundo.

Por generalizada que sea la incertidumbre, es importante no descorazonarse del todo, porque así como hay muchos casos cerrados, así también hay muchos casos fáciles. De hecho, me parece a mí que uno de los grandes logros de la Corte Suprema, en los últimos años, fue el de decidir que el consenso original de la Corte en *Abrams*⁸ y *Schenck*⁹ estaba errado y que la clásica opinión disidente del Juez Holmes, en *Abrams*,¹⁰ era correcta. Aun cuando en el margen ciertamente hay disonancia, uno no debe suponer que la confusión que reina en los casos dudosos prevalece sobre la capacidad de las normas para dirimir los muchos casos simples que afortunadamente nunca se litigan. Toda teoría sensata exige que se equilibren los riesgos de sobreaplicar y subaplicar la ley, para reducir al mínimo la suma de ambos.¹¹ La fuerte presunción de que el Estado (*government*) debe contenerse hasta que el peligro de daño grave sea inminente, ofrece una buena solución práctica en la mayoría de los casos, si bien dista mucho de ser una panacea.

La segunda parte de la máxima libertaria que invade el campo de la expresión es que a nadie le está permitido mentir. Aquella simple observación, desde luego, significa que la línea entre verdad y falsedad —a la que Gertz,¹² por ejemplo, alude extensamente— tiene por fuerza una gran

⁸*Abrams v. United States*, 250 U. S. 616 (1919).

⁹*Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 (1919).

¹⁰250 U. S. en 624 (Holmes J., disidente).

¹¹ Véase R. Epstein, *supra*, nota 1, en 126-45 (capítulo 10).

¹²*Gertz v. Roberto Welch, Inc.*, 418 U. S. 323 (1974).

importancia constitucional. La protección de la libertad de expresión no conlleva ninguna protección obvia de la expresión falsa. No deja sin efecto, ciertamente, el derecho consuetudinario sobre agravio o difamación (*common law of fraud or defamation*).¹³

Las consecuencias de esta comprensión medular plantean muchos de los problemas que surgen en situaciones de amenazas de usar la fuerza. Una dificultad central de la ley de difamación (o, si es por eso, del agravio entre dos partes) es que a veces no sabemos si la expresión es verdadera o falsa, y en ciertos casos no sabemos si es capaz de ser verdadera o falsa. Si pensamos en expresiones relativas a gran número de personas, dirigidas a un auditorio público difuso, entonces el problema de la elección del remedio y la oportunidad de la protección (*relief*) se torna tan crítico como lo fue en el campo de las actividades subversivas. ¿Qué tal una acción judicial fundada en que una vez pronunciadas las palabras y hecho el daño resulta demasiado difícil obtener compensación por el perjuicio? Esta pregunta puede surgir en miles de situaciones distintas, pero en último término se reduce al mismo marco que se adoptó anteriormente. El problema es el de reducir al mínimo dos clases de errores: los de sobreaplicación y de subaplicación de la ley. Puede haber excesos en un sentido o en otro, pero el buen criterio del tribunal está en su capacidad para identificar y resolver los casos fáciles.

Esta observación general se puede vincular ahora con las cuestiones más generales de gobierno. Pienso que el gran éxito del trabajo que ha hecho la Corte Suprema en relación con la Primera Enmienda —en fuerte contraste con su fracaso abismante en el manejo de cuestiones de propiedad, contratos y libertades económicas en general—¹⁴ está en que la Corte ha creado el marco institucional correcto. La Corte ha comprendido que la libertad de expresión (como la propiedad de bienes) está siempre expuesta a depredaciones por parte de intereses especiales, y que así como una mayoría del cincuenta y uno por ciento puede votar en favor de confiscar la riqueza del cuarenta y nueve por ciento, así también puede votar en favor de suprimir las libertades de expresión corrientes de que disfrutaban las minorías. Con la supresión sistemática de la disensión frente a sus ojos como un fantasma, la Corte ha reconocido que no puede mostrarse deferente ante

¹³ Respecto a mis opiniones sobre la difamación y la Primera Enmienda, véase Epstein, "Was *New York Times v. Sullivan* wrong?", 53 *University of Chicago Law Review* (1980).

¹⁴ Hay un breve resumen de mi posición en Epstein, "The Active Virtues". *Regulation*, Jan-Feb. 1985, en 14, reimpresso con el título "Judicial Review: Reckoning on Two Kinds of Error", 4 *Cato J.* 711 (1985).

actos legislativos que encastillan a las mayorías políticas o a las minorías políticas bien colocadas. Si quedase sin frenos, el proceso político podría generar restricciones a la libertad de expresión que sofocarían el proceso político y asegurarían el predominio de alguna facción política dominante.

La comprensión de lo que significa la libertad de expresión tiene una importante compensación intelectual. Nos permite dejar aparte todas las discusiones históricas y escapar de los caprichos que se asocian con el descubrimiento de la "intención original". En cambio, podemos emplear el texto, informado por una teoría general de la libertad, para identificar las interrogantes que hay que responder, y podemos realizar esfuerzos razonables por responderlas. En suma, podemos seguir caminando por la línea entre el literalismo irreflexivo y la desesperanza ignorante. Hay casos arduos en cuanto a la oportunidad y elección de los remedios. No obstante, las estructuras básicas de la ley están suficientemente determinadas como para servir de base a una acción judicial inteligente.

Esta teoría textual es extraordinariamente importante, porque permite que los jueces resuelvan los dilemas que siempre han dividido a los miembros de la Sociedad Federalista. Demuestra cómo es posible ser un "intérprete estricto" ("*strict constructionist*") como lo soy yo respecto de estos asuntos, y todavía creer que es bueno tener una dosis muy fuerte de activismo judicial o, mejor aún, de actividad judicial constreñida e informada por la teoría constitucional. □