

Nota Bibliográfica

Kent Greenawalt, *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, New Jersey, Princeton University Press, 1995.

Martín Farrell*

No cometamos el error de creer que la libertad de expresión en los Estados Unidos estuvo asegurada desde la sanción de la primera enmienda, ni que la Corte Suprema americana siempre se esforzó por asegurar su respeto. Basta recordar que el criterio del peligro claro y presente -que tanto contribuyó a cimentar la fama de Oliver Wendell Holmes- sirvió en un comienzo para condenar a los acusados, no para absolverlos. Holmes creía que las expresiones de Schenck y de Debs, por ejemplo, constituirían casos de un peligro claro y presente, cuando ahora -quiero pensar- serían vistas como manifestaciones inofensivas, merecedoras de plena protección constitucional. (Schenck era secretario del Partido Socialista y participó en la difusión de un folleto que se oponía al reclutamiento, durante la primera guerra mundial. Debs, que fue condenado a diez años de prisión, fue acusado de hablar en contra de esa guerra, con la intención de obstruir el reclutamiento).

Mucho contribuyó a esta liberalización de los criterios de interpretación la labor académica de los profesores de derecho (Meiklejohn, Kalven, Fiss, Blasi, Sunstein, vienen de inmediato a la memoria), y entre ellos Kent Greenawalt -que enseña en la Universidad de Columbia- ocupa un lugar destacado. En 1989, Greenawalt publicó *Speech, Crime, and the Uses of Language*, un espléndido libro que estudiaba las distintas maneras en las que la expresión podía convertirse en delito (amenazas, instigación a delinquir, manifestaciones ofensivas o falsas). Ahora retoma el tema en su nuevo libro.

Lo primero que llama la atención en la obra es el título principal: palabras combativas. En la jurisprudencia norteamericana la expresión se asocia inmediatamente con la decisión de la Corte Suprema en *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), donde el tribunal dijo que existía una cierta clase de discurso -bien definido y estrechamente limitado- cuyo castigo no daba lugar a problemas constitucionales. Este discurso incluía a las “palabras combativas”, palabras cuya sola emisión causaban una injuria, o tendían a incitar un quebrantamiento inmediato de la paz.

* Profesor de Derecho de la Universidad de Palermo.

Por esta causa, el lector podría pensar que Greenawalt dedica todo el libro a estudiar este tema, especialmente a través de su desarrollo jurisprudencial (por ejemplo, en *Cohen v. California*, el famoso caso de 1971, en el cual el demandado fue visto en un pasillo del tribunal de Los Angeles usando una chaqueta con las palabras “Fuck the Draft”). El autor, en cambio, le dedica sólo el capítulo cuarto, y se ocupa en el resto del libro de examinar casos como el de la quema de la bandera, los códigos universitarios que restringen la expresión, la obscenidad, y la relación entre el individuo y la comunidad. No lo critico por esto, ciertamente, pero puesto que el tema del libro es amplio, el título central debería haberlo recogido.

De todos modos, esto es secundario. Lo interesante es que Greenawalt no se limita a estudiar los principios que subyacen a las decisiones sobre la libertad de expresión en los tribunales americanos, sino que los compara permanentemente - desde el capítulo segundo- con los principios aplicados por los tribunales canadienses, en especial a partir de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982. Que yo sepa, nadie había intentado antes esta tarea, y Greenawalt la llevó a cabo con todo acierto. Digo esto pese a que no estoy de acuerdo con él en cuanto a la justificación central que ofrece. En efecto: Greenawalt cree que la libertad de expresión descansa en la creencia de que existen razones especiales para ella, de modo tal que ciertas justificaciones - que son lo suficientemente fuertes como para permitir que el gobierno restrinja ciertas actividades- no lo son para restringir el discurso (pág. 3). Desgraciadamente, esta es la actitud usual de la doctrina norteamericana. Frederick Schauer, por ejemplo, piensa que el discurso está sujeto a una regulación menor que otras formas de conducta que tienen efectos equivalente (*Free Speech. a philosophical enquiry*, pág. 7). Yo creo -en cambio- que debe haber una justificación neutral para la libertad de expresión, que no le asigne un valor especial frente a otro tipo de actividades. Pero -por cierto- este no es el lugar para defender mi idea.

El discurso en el ámbito de las universidades -tema del capítulo quinto- ha creado dificultades recientes a la teoría de la libertad de expresión. Algunas reglas universitarias restringen ampliamente el discurso. Las de la Universidad de Connecticut, por ejemplo, obligaban a todo miembro de la universidad a abstenerse de acciones que intimidaran, humillaran, o denigraran a personas o grupos, o que socavaran su seguridad o autoestima. Las de la universidad de Stanford son más restringidas, en cambio. Se requieren tres condiciones para que el discurso pueda resultar prohibido: a) el hablante debe intentar insultar a otro sobre la base de características tales como la raza, el género, o la orientación sexual, b) el discurso debe dirigirse directamente a aquellos a los que se intenta insultar, y c) el discurso debe emplear términos que transmitan un odio o desprecio visceral hacia la gente a la que es dirigido (ver Andrew Altman, “Liberalism and the Campus Hate Speech”, *Ethics*, vol. 103, n. 2). Si se adopta el liberalismo de la neutralidad, el Estado no puede obligar a los ciudadanos a no ser racistas. Puede obligarlos, sí, a no injuriar a otros, y -en este sentido- el delito de injuria cubriría adecuadamente la protección que se desea otorgar, sin necesidad de recurrir a este tipo de reglamentos. Greenawalt adhiere aquí en un comienzo a una posición neutral: los límites constitucionales, dice, no se aplican a las instituciones educativas privadas (pág. 72). Pero la cualifica más adelante, cuando señala (pág. 77) que si

el discurso libre fuera seriamente socavado en los principales colegios y universidades privadas, el gobierno podría actuar para corregir las cosas. Un partidario del liberalismo de la neutralidad -en cambio- sólo aceptaría la intervención del gobierno en instituciones públicas, y no en el ámbito privado.

Respecto de la obscenidad, de la que se ocupa en el capítulo sexto, Greenawalt relata la línea de precedentes que se remonta a *Roth v. United States*, el caso fallado en 1947. Para aceptar la prohibición de una obra debido a su obscenidad la Corte exigía en *Roth* que ella careciera completamente de un valor social que la redimiera. Este test se hizo menos estricto en *Miller v. California* (fallado en 1973), puesto que allí se tuvieron en cuenta tres aspectos: a) si la persona, aplicando criterios contemporáneos de la comunidad, encontraría la obra -considerada como un todo- como una que apela al interés enfermizo en el sexo; b) si la obra describe, de un modo patentemente ofensivo, una conducta sexual específicamente definida por la ley estatal aplicable; y c) si la obra, considerada como un todo, carece de un serio valor literario, artístico, político o científico. Es indudable que la Corte acepta que hay un discurso enteramente protegido por la primera enmienda, y otro, de menor valor, que goza de una protección constitucional sustancialmente menor. Pero Greenawalt se limita a recoger este hecho (pág. 104) sin cuestionarlo. Desde el punto de vista de un liberalismo de la neutralidad, todo discurso goza de una protección igual, con excepción del que causa daño a un tercero. Y Greenawalt reconoce (pág. 107) que no se ha mostrado ninguna correlación, por ejemplo, entre el consumo de material obsceno y la comisión de delitos violentos.

La relación entre el individuo y la comunidad es el tema del capítulo séptimo del libro. Ciertas posiciones -tales como el feminismo radical- requieren la vigencia de derechos comunitarios, por lo que sus defensores sostienen que los derechos individuales del liberalismo constituyen una protección insuficiente. Catharine MacKinnon, por ejemplo, (“Pornography, Civil Rights, and Speech”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 20, 1985) piensa que es difícil abarcar la injuria a un grupo en una cultura liberal, por lo que un sistema en el que el discurso libre de los hombres silencia el discurso libre de las mujeres no es un sistema serio para asegurar la libertad de expresión (págs. 59 y 64). Yo creo que los supuestos derechos comunitarios son sólo maneras elusivas de referirse al cercenamiento de derechos individuales, y que un liberal debe poner esta circunstancia al descubierto. Greenawalt es más cauto, sin embargo. Cree que la protección de los símbolos, por ejemplo, requiere que se tengan en cuenta “los valores de la comunidad” (pág. 144). También señala que es más probable que una perspectiva que se base en la vida comunitaria suprima la obscenidad a que lo haga una perspectiva individualista, y que la Corte reconoció un interés de la comunidad al declarar a la obscenidad más allá de la protección de la primera enmienda (pág. 148). Es obvio, sin embargo, que una teoría liberal neutral sólo prohibirá la obscenidad cuando cause un daño involuntario a un tercero, y lo hará invocando derechos individuales (dejo a un lado el caso especial de la protección de los menores respecto del material obsceno). Las feministas radicales coincidirían seguramente con Greenawalt, pero ambos están ignorando el alto costo -en términos de derechos individuales- de imponer los “derechos” comunitarios.

He dejado para el final de esta nota uno de los temas más importantes que el libro considera. Si constituye un error creer que la libertad de expresión estuvo asegurada desde un comienzo en los Estados Unidos, constituiría otro error -todavía más grave- creer que ahora está libre de toda amenaza. Más grave porque el primer error es histórico, y sus consecuencias son académicas, mientras que el segundo es político, y sus consecuencias son prácticas. En 1984, durante el desarrollo de la convención republicana en Dallas, Gregory Lee Johnson participó de una manifestación que se oponía a la política de Reagan y, al concluir la marcha, quemó una bandera norteamericana. Fue condenado a un año de prisión, pero la Corte consideró que la ley de Texas era inconstitucional. La manera de preservar el papel especial de la bandera -dijo el juez Brennan- no es castigar a los que piensan distinto acerca de este tema: es persuadirlos de que están equivocados (*Texas v. Johnson*, 1989).

Desgraciadamente los tiempos de Brennan han pasado. El congreso norteamericano está empeñado ahora en modificar la Constitución, de modo de penar la quema de la bandera. Desde el punto de vista jurídico, no veo claro la forma en que esta nueva disposición podría armonizar con la primera enmienda. Desde el punto de vista político, la defensa de la libertad de expresión es más necesaria que nunca. Greenawalt es uno de sus defensores, desde luego, pero en el tema preciso de la quema de la bandera también me hubiera gustado de su parte una actitud más firme. Con intención decididamente crítica, voy a concluir mencionando una de sus afirmaciones del capítulo tercero: si nuestro país no permite que se denigre una bandera, no sería por eso mucho menos libre y democrático (pág. 29). Esta amenazadora idea parece provenir de la circunstancia fáctica de que “no hay mucha gente que desee quemar banderas” (pág. 28). En este tema John Hart Ely expuso una concepción mucho más aceptable en su trabajo “Flag Desecration” (*Harvard Law Review*, vol. 88, 1975): las leyes que prohíben ofender a la bandera impiden obviamente la expresión política, y el interés del Estado -al menos cuando la bandera es propiedad de la persona que la desfigura- parece escasamente articulable y, mucho menos, fuerte. Es en aspectos como éste que el libro deja que desear desde el punto de vista doctrinario. Si esta falencia se compensa con la erudición que despliega es algo que el lector debe juzgar por sí mismo.