

Libertad de expresión:
un ideal en disputa

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

NUEVO PENSAMIENTO JURÍDICO

*Colección dirigida por Daniel Bonilla Maldonado
y Jorge González Jácome*

COMITÉ EDITORIAL
*Carlos Morales de Setién Ravina
Eduardo Cifuentes
Diego López
Juny Montoya*

Libertad de expresión: un ideal en disputa

Alexander Meiklejohn

Robert C. Post

Owen Fiss

Jack M. Balkin

Estudio preliminar

Roberto Saba



Facultad
de Derecho

Libertad de expresión: un ideal en disputa / Roberto Saba, Alexander Meiklejohn, Robert C. Post, Owen Fiss, Jack M. Balkin; traductora, Magdalena Holguín. -- Editores, Daniel Bonilla Maldonado y Jorge González Jácome. -- Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2019. 320 páginas; 19 cm. -- (Nuevo pensamiento jurídico)
Incluye bibliografía.

1. Libertad de expresión -- América Latina 2. Censura 3. Libertad política 4. Tecnología y política I. Saba, Roberto P, autor II. Meiklejohn, Alexander, 1872-1964, autor III. Post, Robert, 1947-, autor IV. Fiss, Owen M, 1938-, autor V. Balkin, Jack M, 1956-, autor VI. Holguín, Magdalena, 1950-, traductora. VII. Bonilla, Daniel, editor VIII. González Jácome, Jorge, editor. IX. Serie

323.44 cd 22 ed.
A 1648227

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.291>

Artículos originales

Alexander Meiklejohn: "The Rulers and The Ruled", capítulo 1 de *Free Speech and its Relationship with Self-Government* (New York: Harper Brothers, 1948).
Robert C. Post, "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse" (1993). Faculty Scholarship Series. Paper 203.
Owen Fiss, "Political Freedom and the Power of the Purse" (manuscrito inédito).
Jack M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society" (2004). Faculty Scholarship Series. Paper 240.

© La presente edición, 2020

© De la traducción, Magdalena Holguín

© Del estudio preliminar, Roberto Saba

© Siglo del Hombre Editores
Carrera 31A No. 25B-50, Bogotá, D. C.
PBX 337 77 00 • Fax 337 76 65
<http://libreriasiglo.com>

© Universidad de los Andes | Facultad de Derecho
Vigilada Mineducación

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 Minjusticia.
www.uniandes.edu.co

Portada
Amarily Quintero

Armada electrónica
David Reyes

ISBN: 978-958-665-592-7
ISBN EPUB: 978-958-665-594-1
ISBN PDF: 978-958-665-593-4
(Colección) ISBN: 978-958-665-000-6

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total ni parcialmente, ni registrada o transmitida por sistemas de recuperación de información en ninguna forma y por ningún medio, ya sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo y por escrito de la editorial.

ÍNDICE

LAS METÁFORAS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	
ESTUDIO PRELIMINAR	11
<i>Roberto Saba</i>	
Introducción	13
I. Metáforas	19
II. Los valores en disputa	34
A. Autonomía	34
B. Democracia.....	38
C. Democracia, libertad de expresión y formación de preferencias políticas.....	58
D. Democracia, libertad de expresión y polarización.....	62
III. La disputa sobre los alcances de la libertad de expresión en el debate latinoamericano	68
Bibliografía.....	78
LOS GOBERNANTES Y LOS GOBERNADOS	81
<i>Alexander Meiklejohn</i>	
Bibliografía.....	108

EL ERROR DE MEIKLEJOHN: LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y LA REFORMA DEL DISCURSO PÚBLICO .	109
<i>Robert C. Post</i>	
Bibliografía.....	157
LA LIBERTAD POLÍTICA Y LOS PELIGROS DE LA DISTRIBUCIÓN DE FONDOS PÚBLICOS.....	163
<i>Owen Fiss</i>	
I. Alexander Meiklejohn y la idea de libertad política.....	167
II. De la teoría política a la doctrina judicial.....	173
III. El revisionismo de Rehnquist	180
IV. El regreso de Meiklejohn: renovadas limitaciones al poder del dinero	188
Bibliografía.....	203
DISCURSO DIGITAL Y CULTURA DEMOCRÁTICA: UNA TEORÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PARA LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.....	205
<i>Jack M. Balkin</i>	
Introducción: novedad e importancia	207
I. Cómo la era digital cambia las condiciones del discurso	215
II. Enrutamiento y apropiación.....	220
III. Las contradicciones sociales de la revolución digital	226
A. La propiedad intelectual	230
B. Política de telecomunicaciones	235
IV. Libertad de expresión en la segunda Edad Dorada	244
V. La teoría progresista y sus limitaciones	252

VI. La idea de una cultura democrática	260
A. La expresión no política	268
B. Cultura popular	272
C. Participación individual	276
VII. Libertad digital	281
VIII. El modelo judicial y sus limitaciones.....	288
IX. La infraestructura de la libertad de expresión: de derechos a la libertad de expresión a valores de la libertad de expresión	292
Conclusión: el dinamismo de los derechos.....	296
Bibliografía.....	303
LOS AUTORES	315

LAS METÁFORAS DE LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN
ESTUDIO PRELIMINAR

Roberto Saba

Agradezco los comentarios y sugerencias que recibí de mis colegas al discutir una versión preliminar de este ensayo en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), que forma parte del Yale Law School Latin American Legal Studies Program y que tuvo lugar en San Juan (Puerto Rico), del 7 al 10 de junio del 2018. Estoy en deuda especialmente con Hiram Meléndez Juarbe, Ronaldo Porto Macedo, Víctor Ferreres, Andrea Pozas Loyo y Owen Fiss, cuyas observaciones me permitieron repensar y mejorar este trabajo. También expreso mi agradecimiento especial a Daniel Bonilla Maldonado y a Jorge González Jácome, no solo por haber leído varias versiones de este estudio que motivaron sus siempre atinadas críticas constructivas, sino también por haberme dado la oportunidad de editar este libro y escribir este estudio preliminar.

INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es un ideal central en las constituciones de las democracias liberales del mundo. También forma parte de los acuerdos internacionales de derechos humanos suscritos por la mayoría de las naciones del globo. Sin embargo, determinar el alcance del ejercicio de esa libertad no solo no resulta sencillo, sino que es una cuestión altamente controvertida. Lo mismo sucede, como en un espejo, con la identificación de las obligaciones que tiene el Estado para asegurar el derecho a expresarse. Para responder a ambas cuestiones —el alcance del derecho y la naturaleza de las obligaciones del Estado— es necesario articular una teoría que ilumine los fundamentos de esa libertad, lo cual resulta insoslayable al momento de enfrentar los antiguos y nuevos desafíos o amenazas provenientes de gobiernos y particulares.

A lo largo de los últimos tres siglos, la discusión en torno a la libertad de expresión se ha visto enriquecida por la experiencia —tanto positiva como negativa— de aquellos que han intentado ejercer su derecho. En los comienzos de esa historia la preocupación se centraba en impedir la censura estatal impuesta fundamentalmente a aquellos que se manifestaban contra el gobierno por medio de la provisión de información o de la emisión de opiniones. Ya a mediados del siglo XX, tomamos conciencia de que las amenazas podían estar ocultas en normas, políticas y prácticas que, sin prohibir la expresión de un modo directo, la hacían imposible o muy dificultosa. El silenciamiento se lograba por medios más sutiles. Por ejemplo, la libertad de publicar un periódico o de escribir en él podía no estar coartada, pero si el acceso al papel para diarios se veía impedido, esa libertad se tornaba imposible de ejercer. Pasarían varias décadas para que detectáramos prácticas y acciones ahora en cabeza de particulares, que podrían poner en peligro la posibilidad de expresarnos con libertad. La concentración de medios del siglo XX y los filtros de acceso a internet del siglo XXI como formas de silenciamiento provocadas por acciones de agentes no estatales son la manifestación de una categoría de desafíos nuevos impensados en el siglo XVIII.

Las experiencias han ido cambiando, pero los principios en juego y los debates justificadores en torno a la libertad de expresión se han mantenido constantes. El recorrido por el camino hacia la comprensión de los problemas, por un lado, y la propuesta de soluciones legales y de políticas públicas tendientes a asegurar el ejercicio de esta libertad esencial, por otro, requieren un mapa que nos ayude a comprender cuáles son las tensiones más profundas entre los principios en disputa. Este libro es un intento de proveer esa cartografía. Para ello, en él se reúnen cuatro trabajos de autores que durante el siglo XX

y lo que va del XXI han asumido posturas paradigmáticas en este debate y que han pasado a formar parte de una especie de canon relevante para comprender aquello que está en juego.

En primer lugar, este volumen ofrece la traducción del capítulo “The Rulers and the Ruled” (“Los gobernantes y los gobernados”) del influyente libro que Alexander Meiklejohn publicara en 1948, titulado *Free Speech and its Relationship with Self-Government*¹. Este autor estadounidense, que vivió entre 1872 y 1964, se desempeñó como profesor de filosofía y es reconocido como el impulsor de importantes reformas en el campo de la educación. Fue también un vehemente defensor de la libertad de expresión como manifestación de la libertad política y por ello articuló lo que podríamos denominar una teoría democrática de la libertad de expresión, concibiendo esta última como una precondition del régimen de gobierno en el que la ciudadanía toma las decisiones directamente o por medio de sus representantes. Los otros tres textos son de autores más contemporáneos que al momento en que se escribe este ensayo se desempeñan como profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. El segundo capítulo corresponde a un artículo de Robert Post, publicado en 1993, que se titula “El error de Meiklejohn: autonomía individual y la reforma del discurso público” y ataca la teoría de este último por considerarla en severo conflicto con el principio de autonomía, incluso calificándola como “colectivista”. El texto de Post no solo tiene como objeto de su crítica al decano de la

¹ Alexander Meiklejohn, *Free Speech and its Relationship with Self-Government* (Nueva York: Harper Brothers Publishers, 1948). La traducción del capítulo “Los gobernantes y los gobernados” que se publica en este volumen constituye la primera versión que se hace de esa obra al idioma español.

visión democrática de la libertad de expresión, sino que también va tras los trabajos de un conjunto de autores que siguieron sus pasos con nuevos desarrollos tributarios de esta teoría: Owen Fiss, Harry Kalven y Cass Sunstein. El tercer trabajo es un texto del profesor Fiss que constituye una respuesta a la premisa de Post y a su duro ataque a la tesis de la libertad de expresión como precondition de la democracia. Fiss, que publicara en 1996 su obra central en la materia, titulada *La ironía de la libertad de expresión*², reacciona a las críticas de Post con el trabajo del 2017 que aquí se presenta, en un intento de demostrar la falta de fundamento de la teoría de quien fuera, a su vez, su estudiante y discípulo en Yale. Por último, cierra el libro un trabajo de Jack Balkin, quien, sin presentar un profundo desacuerdo con la tradición iniciada por Meiklejohn, considera que el trabajo de este último, tal como el de Fiss, surgió como reacción a la aparición de los grandes medios de comunicación de masas del siglo XX y que, debido a los radicales cambios tecnológicos del siglo XXI, debería ser revisado. En la reconstrucción que hace de esa línea de pensamiento, Balkin identifica en el surgimiento de la radio y la televisión la causa de los temores de Meiklejohn y de sus seguidores de que esos medios de comunicación distorsionen la discusión pública o de que, al menos, la empobrezcan y afecten así el corazón del régimen democrático. El trabajo de Balkin intenta desplazar el eje que el debate tuvo hasta el surgimiento de la internet y entiende que aquellos temores y preocupaciones que inspiraron la tesis de la libertad de expresión como precondition de la democracia han

² Owen Fiss, *The Irony of Free Speech* (Cambridge: Harvard University Press, 1996). La versión en castellano fue publicada bajo el título *La ironía de la libertad de expresión* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1998).

devenido anacrónicos a partir de un avance tecnológico que permite a todos expresarse sin límites, sin depender de los grandes medios de comunicación de masas y sin que éstos operen como cuellos de botella en el ejercicio de la libertad de expresión. Si los medios masivos operaban como obstáculos a la expresión de la ciudadanía ahogando el debate público, la internet democratiza la expresión al hacer posible que todos lleguen con su voz a esa discusión. Balkin también propone revisar la noción de *democracia* como forma de gobierno y articula una noción alternativa a la que denomina “cultura democrática”, la cual requiere también una nueva noción de *libertad de expresión* que trascienda la política.

El estudio preliminar que aquí presento tiene el objetivo de reconstruir el debate teórico alrededor del contenido y la justificación de la libertad de expresión por medio del análisis de las ideas de los autores mencionados. Las diferentes tesis en tensión han recurrido a persuasivas metáforas para presentarse. A su vez, las críticas y teorías alternativas han apuntado hacia esas mismas metáforas y sus implicancias con el fin de demostrar los diferentes problemas que encierran esas teorías. Las metáforas de la libertad de expresión, como, por ejemplo, las del mercado de ideas o la de la asamblea de ciudadanos³, han permanecido como hilos conductores de un debate jurídico y político que atraviesa siglos, tecnologías y prácticas políticas. Esas metáforas nos recuerdan los principios que subyacen a las diferentes concepciones de la libertad de expresión y nos devuelven siempre a las primeras intuiciones, aquellas que disparan nuestras ideas y teorías, que las someten a juicio crítico y que son

³ Utilizaré el concepto de “asamblea de ciudadanos” como traducción de lo que se conoce en la literatura anglosajona como *town meeting*.

reconfiguradas conforme a los mandatos del método del juicio reflexivo rawlsiano. Las metáforas no responden a modelos de regulación, sino que apelan y expresan los principios más profundos que subyacen a esos modelos, ofreciendo razones para adoptarlos, rechazarlos o mejorarlos. Por eso las metáforas perduran, incluso cuando las teorías se refinan y mutan, cuando los autores pasan o se agrupan en torno a las teorías. Las metáforas, a pesar de ser sencillas, pueden encerrar una sabiduría desafiante, con suficiente energía para resistir el paso del tiempo.

A continuación presentaré y analizaré las metáforas asociadas con las diferentes teorías sobre la libertad de expresión que articularon los autores cuyos textos aquí se publican. Me detendré en la historia y las características centrales de cada una de ellas, así como en las críticas usuales que se les han hecho. Luego enfocaré los dos valores fundamentales alrededor de los cuales se ha planteado la disputa teórica central acerca de los alcances de la libertad de expresión y de las obligaciones que el Estado tiene para asegurar su ejercicio: la autonomía y la democracia como expresión del ideal de autogobierno. También profundizaré en las implicancias que el surgimiento de la internet tiene respecto de la conceptualización de la libertad de expresión y de ese régimen de autogobierno democrático. En este sentido, me centraré particularmente en el impacto que estos desarrollos tecnológicos tienen en el proceso de formación de preferencias políticas y en la polarización del debate público. Estos potenciales peligros para el buen desarrollo de la democracia, en especial para su concepción deliberativa, oponen desafíos complejos para el ejercicio de la libertad de expresión, así como también para el diseño de normas y políticas públicas dirigidas a poner en práctica las responsabilidades estatales respecto del ejercicio a expresar libremente ideas e información y la

creación de las condiciones necesarias para que la deliberación democrática no se vea amenazada. Con este marco teórico y conceptual en mente, dedicaré la última sección de este estudio preliminar a sugerir posibles propuestas tendientes a enfrentar la nueva agenda que en materia de libertad de expresión ocupa y aqueja a los estados y a la sociedad civil de América Latina.

I. METÁFORAS

El debate sobre el contenido y alcance de la protección de la libertad de expresión ha estado dominado por una especie de guerra de metáforas. Casi todas las posiciones teóricas en pugna han recurrido a imágenes que han sido muchas veces muy efectivas para lograr adhesiones, así como también para iluminar problemas que esas mismas teorías encierran.

Una de esas metáforas, quizá la más extendida y no solo dentro del ámbito especializado del derecho, sino también entre legos, es la que asocia la libertad de expresión con una mercancía a disposición de los consumidores. Esta metáfora relaciona la exteriorización de información o perspectivas con el mercado de ideas. La tesis detrás de la imagen busca fundamentar la protección de la libertad de expresión sobre la base de la analogía con el libre mercado de bienes y servicios. Si bien la metáfora se asocia con las teorías sobre la libertad de expresión presentes en la obra de John Milton titulada *Areopagitica*, escrita en 1644⁴, y luego la de John Stuart Mill y su defensa de la libertad de expresión en

⁴ John Milton, *Areopagitica: A speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England* (Cambridge: Cambridge University Press, 1644).

On Liberty, de 1859⁵, la referencia al *free trade of ideas* o libre intercambio de ideas surge del salvamento de voto de Oliver Wendell Holmes Jr. en el caso *Abrams v. United States*⁶, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1919. Más precisamente, es en la sentencia de William O. Douglas, juez de ese tribunal, en el caso *United States v. Rumly* de 1953⁷, donde se afirma que quienes difunden o publican sus ideas en verdad están compitiendo entre sí por ganarse un lugar en las mentes de las personas. Así, esa exteriorización de perspectivas y de información conforma un mercado de ideas. También surge un concepto equivalente en el caso *Branderburg v. Ohio*⁸, decidido por ese mismo tribunal en 1969. Si bien es cierto que las teorías de Milton y Mill, por un lado, y la metáfora de Holmes, por el otro, comparten un fuerte rechazo a la censura previa, hay una diferencia notable entre las posturas de los dos primeros y la del último. Milton y Mill sostenían que era necesario no interferir con ninguna expresión pues el ejercicio de la libertad de todos los individuos aseguraba el surgimiento y la prevalencia de la verdad. De este modo, las malas ideas o las informaciones erróneas serían expuestas y rechazadas gracias al contraste con la mera expresión de las buenas ideas y de la información correcta que competirían con ellas en el mercado. Más allá del optimismo en el flujo de ideas e información para llegar a las buenas decisiones, lo que subyace a las tesis de Milton y de Mill es la aspiración de identificar la verdad o la mejor respuesta a un problema público —o privado— por medio de la

⁵ John Stuart Mill, *On Libert* (Londres: John W. Parker and Son, West Strand, 1859).

⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, 250 U.S. 616, 1919, 630.

⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos, 345 U.S. 41, 1953.

⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, 395 U.S. 444 1969.

discusión. La atención de estos filósofos estaba puesta en la necesidad de crear las condiciones para que la comunidad autogobernada tome las mejores decisiones posibles. La protección de la libertad de expresión formaría parte de esas condiciones.

Sin embargo, la metáfora de Holmes no parece estar dirigida hacia esa misma aspiración, sino que coloca en situación de prevalencia aquello que Cass Sunstein asocia con la denominada “soberanía del consumidor”, en este caso el consumidor de ideas⁹, así como la satisfacción de sus preferencias. Con este movimiento hacia una especie de teoría del mercado y del consumo, la metáfora de Holmes se aleja de la filosofía de Milton y Mill y de la implícita alusión a la teoría de la democracia presente en sus perspectivas, a pesar de que ambas tesis comparten algunos rasgos relevantes. De este modo, si proponemos un test contrafáctico e imaginamos que Milton y Mill fueran conscientes como lo somos hoy de que no siempre ese flujo de ideas e información provee a las personas todas las ideas o toda la información disponible, y si suponemos que conocían lo que sabemos hoy acerca del proceso de formación de preferencias e ideas, podríamos, quizá, aunque no sea más que por hipótesis, afirmar que sostendrían los principios de su teoría, pero que recurrirían a matices. Posiblemente estarían abiertos a que la aspiración básica de la tesis —la búsqueda de la verdad— no se vea frustrada por la dinámica propia de quienes buscan influir en el flujo de las ideas de modo espurio con la difusión e inundación de noticias falsas por las redes sociales o por la excluyente imposición de ideas o perspectivas por quienes poseen los recursos

⁹ Cass Sunstein, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media* (Princeton: Princeton University Press, 2017). Sobre la noción de “soberanía del consumidor”, véanse las páginas 167-169.

económicos para *ocupar* una porción importante del debate público en los medios de comunicación, como sucede, por ejemplo, con las campañas electorales cuando las donaciones de particulares no tienen límite. En otras palabras, para Mill y Milton, y para autores más modernos como Meiklejohn, Kalven, Fiss y Sunstein, la libertad de expresión es instrumental a la búsqueda de la verdad y, por consiguiente, a la autodeterminación individual y colectiva y a la libertad política, argumento que generalmente rechaza el modelo del mercado de ideas.

En suma, estos últimos autores citados, los antiguos y los modernos, identifican la libertad de expresión con una precondition para el normal desarrollo del proceso de toma de decisiones democrático. Por su parte, la metáfora de Holmes, en lugar de instrumentalizar la expresión, la vuelve una mercancía que puede ser de mejor o de peor calidad, pero que siempre proveerá aquello que los consumidores buscan y en lo que estos se verán satisfechos gracias a la competencia en el mercado. Sin embargo, el modelo del mercado de ideas no está apoyado en la aspiración de lograr un permanente perfeccionamiento de nuestras visiones del mundo, de sus problemas y posibles soluciones. La importancia de la protección de la libertad de expresión radica en que aquella persona que desea consumirla la encuentre en el mercado. Esta tesis de Holmes quizá también suponga una entronización implícita del principio de autonomía, central en el proyecto liberal clásico, pues además de la libertad de los consumidores para elegir la idea que prefieran, se asume la centralidad de la autonomía del que se expresa para ofrecer su idea en el mercado. Así, la tesis de Holmes privilegia la libertad del que se expresa y la soberanía del consumidor, tanto como su autonomía, y soslaya la relación que existe entre esas dos libertades individuales y la posibilidad de llegar a una mejor solución

a un problema público, como parecen defender Milton y Mill en su proyecto de búsqueda de la verdad.

Una segunda metáfora asocia la justificación de la libertad de expresión con la tradición inglesa de expresar públicamente las ideas en la esquina de Hyde Park (Speakers' Corner), lugar de existencia real donde, supuestamente, las personas tenían total libertad e inmunidad para exteriorizar sus ideas. Este mito —pues ni existe tal libertad total ni es esta esquina el único sitio donde los ingleses podían o pueden expresarse libremente— nació a mediados del siglo XIX en el contexto del surgimiento del movimiento cartista, que reclamaba reformas políticas para lograr una mayor participación del pueblo, y sobre todo de los trabajadores, en el gobierno. La Ley de Regulación de Parques de 1872 delegó la autoridad sobre ellos en la agencia administrativa correspondiente en lugar de reconocérsela al gobierno central. La imagen de Hyde Park que tenemos grabada en la mente es la de un individuo subido a un banquillo en esa esquina de Londres expresando a gritos y con sus manos alzadas sus ideas frente a una audiencia de personas que pasan por allí y que se detienen a escuchar con atención. Otros, en cambio, interrumpen al que se expresa, también a los gritos, superponiendo sus voces con la intención de que el que se encuentra en el sitio del emisor se calle o intentando impedir que lo que dice se escuche, desviando la atención o incluso impidiendo la comunicación de aquél con los receptores. No hay reglas en Hyde Park que eviten esa cacofonía, ni normas que impidan que los más agresivos dobleguen la voluntad de expresarse de quien se ha parado en esa esquina a manifestar sus ideas o compartir información. Todo puede expresarse del modo que se quiera, cuando se quiera y sobre lo que se quiera. No hay agenda de temas en Hyde Park. Todo puede ser dicho allí —aunque en los hechos han regido

algunos límites vinculados con la moral y el decoro—. En este modelo, no importa si los que se expresan son oídos o si alguien con la voz con mayor volumen o los peores modales logra hacer bajar del banquillo al que da su discurso. No hay agenda ni moderador. Si bien no es necesario que ello ocurra, es muy probable que los más duros o rudos prevalezcan, pero quizá no sobrevivan las mejores ideas o la información verdadera. En este sentido, podemos encontrar algunos trazos paralelos entre el modelo de Hyde Park y el del mercado de las ideas, donde la autonomía del que se expresa y la libertad de *comprar* ideas como consumidores son los valores dominantes que alimentan y nutren la tesis de la protección de la libertad de expresión.

Las metáforas del mercado de ideas y la de Hyde Park han sido particularmente atacadas por Meiklejohn. Éste y sus seguidores han construido una tesis alternativa sobre la base de que aquella no refleja lo que éstos consideraban era lo que en realidad se protegía por medio del reconocimiento del derecho a la libertad de expresión. Así, Meiklejohn propuso una tercera y última metáfora utilizada para modelizar la teoría que subyace a la protección de la libertad de expresión que él defendía: la metáfora de las asambleas de ciudadanos o *town meetings*. Estas reuniones eran organizadas por los colonos británicos en Nueva Inglaterra en los siglos XVII y XVIII y en ellas discutían cuáles serían las vías de acción que emprenderían juntos respecto de los problemas y cuestiones que debían resolver en comunidad. Constituían una especie de régimen de autogobierno directo con un fuerte componente deliberativo. Si bien esta tesis fue originalmente utilizada por Meiklejohn, volverán luego sobre ella autores como Kalven, Fiss y Sunstein. Desde esta perspectiva, la expresión y la libertad para exteriorizarla son fundamentales para lograr encontrar

la mejor solución a un problema que debe resolverse, aquella que aspirando a ser cada vez más convincente logre la adhesión de la mayoría y se convierta así en una decisión de autogobierno. Todos los puntos de vista deberían poder ser expresados y escuchados con atención. Un moderador, que no participa de la discusión con sus propias expresiones y asume el papel de una especie de árbitro de un juego, deberá asegurar que nadie hable por demasiado tiempo e impida que otros puedan hacerlo. Tampoco permitirá que se lleven a cabo agresiones personales que no sean conducentes a la toma de decisión del colectivo autogobernado. Esta metáfora tiene varias asunciones. Una de ellas es la existencia de un tiempo limitado para poder terminar la discusión y adoptar una decisión. A diferencia del modelo del mercado de ideas o de Hyde Park, en los que el factor tiempo o la necesidad de decidir no parecen imponer sobre la expresión ninguna restricción, pues se supone que el debate es infinito, el modelo de las asambleas de ciudadanos presupone que el factor tiempo es limitado y que, por lo tanto, debe ser distribuido con equidad. Ninguna dilación distractora de la conversación por medio de discursos inconducentes estaría permitida en la asamblea de ciudadanos. Su ejercicio podría ser visto como un mecanismo de censura indirecta tendiente a silenciar por medio de la ocupación de todo el tiempo del debate público con la exteriorización de una sola idea, información o perspectiva. Este no es un movimiento permitido en la asamblea, pues conspiraría con el ideal de autogobierno.

Otra asunción de este modelo se vincula con la existencia de una agenda provista por las necesidades de la comunidad. No es posible hablar de cualquier cosa en la reunión de ciudadanos. Nadie debería distraer al conjunto de participantes del foco de los temas de debate, sobre todo dado el límite temporal impuesto para la etapa de

discusión previa a la decisión. Finalmente, este modelo presupone la existencia de una serie de reglas que hagan que el intercambio sea productivo para poder tomar la mejor decisión posible, reglas como la del límite de tiempo para cada expositor, la pertinencia de los enfoques, el esfuerzo por ofrecer la mejor argumentación, etc. Esta tesis supone que la protección de la libertad de expresión se relaciona directamente con la posibilidad de ejercer la libertad política y, por lo tanto, la expresión que merece esa protección constitucional es la que hace una contribución a la deliberación pública. Estas presunciones, pero sobre todo la última, llevan a un choque frontal con los dos modelos anteriores y sus respectivas metáforas, pues algunos podrían sostener, como lo hacen Meiklejohn y Sunstein, que el derecho a la libertad de expresión ofrece diferentes tipos de protección según la clase de expresión que se exteriorice.

Dicho de otro modo, aquellas cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión, como la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos o el artículo 14 de la Constitución argentina, podrían ser interpretadas en el sentido de que solo o fundamentalmente alcanzan a la expresión política, mientras que otros tipos de expresiones —las artísticas sin contenido político o expresiones comerciales, por ejemplo— no recibirían la misma protección de esas normas constitucionales o, al menos, no recibirán el mismo tipo de protección que reciben las expresiones propias del debate político. Suponiendo que las cláusulas protectoras de la libertad de expresión alcanzaran a todas las expresiones, estos autores admitirían que algunas de ellas, las expresiones relevantes para el debate político, resultarían *altamente* protegidas, por ejemplo, por la Primera Enmienda, mientras que las otras expresiones recibirían una protección menos intensa y estarían más expuestas a interferencias

legítimas desde el Estado. Para analizar con mayor detalle este doble nivel protectorio y sus consecuencias, podríamos enfocar el ejemplo de la relación entre la libertad de expresión y la exigencia de veracidad de lo expresado. Mientras que sería inadmisibles exigir veracidad en el ejercicio de la libertad de expresión política, pues asumimos que los riesgos de hacerlo para lograr llegar a la mejor decisión son muy altos versus la posibilidad de acertar en la respuesta correcta, resulta generalmente aceptable que el Estado exija veracidad a aquellos que ofrezcan a la venta un producto en el mercado, como sucede con los medicamentos, los alimentos o los juguetes y el ejercicio de la expresión comercial.

La relación entre libertad de expresión y deliberación, en el sentido del intercambio que tiene lugar en el modelo de la asamblea ciudadana, conecta también a la libertad de expresión con la justificación de la regla de mayoría para la toma de decisiones en un régimen democrático. El ideal de autogobierno, central a la noción de *democracia*, ofrece la dificultad de identificar con algún grado de precisión cuál es el contenido de la voluntad del colectivo autogobernado. El mecanismo imperfecto al que recurre este sistema político para lograr esa identificación es el de la adopción de la regla de mayoría. Resulta obvio que la regla de mayoría no identifica, más allá de cualquier duda, la voluntad del colectivo o, dicho de otro modo, que la decisión tomada por regla de mayoría no refleja la voluntad de aquellos que se encuentran en minoría. Sin embargo, el sistema democrático de autogobierno debe ofrecer a los integrantes de la minoría disidente una razón por la cual, a pesar de ese disenso respecto de la decisión tomada por la mayoría, ellos no deberían considerar que, lejos de autogobernarse, están siendo *sometidos* por la mayoría. Si la teoría democrática no logra articular razones por las que los disidentes, *a pesar*

de no ver reflejada su posición en la decisión tomada, consideran que forman parte de un régimen de autogobierno, entonces el demócrata tendrá dificultades para distinguir una democracia de un régimen en el que la mayoría somete a la minoría. La teoría democrática ofrece varios argumentos para defenderse del ataque de que el régimen que justifica no es un sistema de autogobierno, sino un régimen de dominación de mayorías. Una primera defensa consiste en sostener que todos —tanto aquellos que formarán parte de la mayoría que decide como aquellos que no— participaron en el proceso deliberativo previo a la toma de la decisión. En teoría, al inicio de la discusión acerca de ésta sobre un asunto en particular aún no se ha identificado quiénes serán parte de la mayoría y quiénes de la minoría. La conformación de una y otra será *resultado* de la deliberación. En los sistemas de dominio de la mayoría, ésta se encuentra determinada al inicio de la deliberación.

En segundo término, tiende a confundirnos la noción de que existen *la* mayoría y *la* minoría, pues parece ser un rasgo de calidad de una democracia el hecho de que algunas de las personas que se encuentran comprendidas dentro de la mayoría y de la minoría en una decisión determinada no formen parte de esos mismos colectivos en otra decisión diferente. Por ejemplo, mientras una misma persona integra la mayoría que decidió el cambio de la ley de matrimonio que permite el casamiento entre personas de un mismo sexo, es posible que ella forme parte de la minoría en la decisión referida a reducir la alícuota del impuesto al valor agregado. Esta falta de cristalización en la composición de las mayorías y minorías en una democracia permite argumentar a favor de la regla de mayoría como consistente con el ideal de autogobierno con el fin de lograr persuadir ese individuo de que no se encuentra sometido por la mayoría al perder la votación sobre el

IVA y de que participa de un sistema de autogobierno incluso cuando no forme parte de la mayoría que tomó esa decisión y se vea obligado a obedecerla. En el mismo sentido, resulta difícil sostener este argumento cuando en un sistema democrático las mayorías y las minorías son más o menos homogéneas y aquellos que se encuentran en la minoría en una decisión determinada lo están también en casi todas las demás, o al menos en todas las relevantes para su vida pública o privada. Si además esas minorías o esas mayorías resultan conformadas por personas de una misma raza o un mismo sexo, entonces cobrará fuerza el argumento que sostiene que ese régimen que aspira a ser identificado con la democracia y su regla de mayoría se han convertido en algo más cercano a un régimen que, en lugar de buscar el autogobierno, pasó a ser un régimen de control y sometimiento de la minoría por parte de la mayoría.

Finalmente, en tercer lugar, para la justificación de un régimen de decisión por regla de mayoría que aspire a ser compatible con el ideal de autogobierno es muy importante que las decisiones públicas nunca sean definitivas. Aquí aparece nuevamente el factor temporal. Mantener la discusión abierta hasta lograr el acuerdo total de los miembros de la comunidad política implica, de hecho, darle a la minoría que se encuentra cómoda con el *statu quo* poder de veto sobre la decisión de la mayoría. Por esto, todos los sistemas democráticos rechazan —o deberían rechazar— la regla de unanimidad o incluso el requerimiento de mayorías demasiado exigentes. Como siempre resulta que la ausencia de toma de decisión implica el mantenimiento de la decisión o ausencia de decisión pasada —el *statu quo*—, se requiere poner un punto de cierre al debate y pasar a la votación. Pero al mismo tiempo, a partir de ese instante, el debate puede continuar dándole a la minoría la oportunidad de

convertirse en mayoría y revertir la decisión tomada. Esta posibilidad de que la minoría continúe incidiendo en el proceso de toma de decisiones evita una vez más afirmar que aquellos que la componen se encuentran sometidos a la voluntad de una mayoría que los subyuga.

La protección de la libertad de expresión en el marco del modelo de la asamblea ciudadana es consistente con todos estos argumentos tendientes a sostener que el régimen de regla de mayoría, inescindible de un sistema democrático de autogobierno, no debe ser percibido como un régimen de dominación de la mayoría. Entonces, es necesario que antes de que la mayoría tome una decisión exista un proceso deliberativo robusto del que no se sospeche que sea un *mercado imperfecto de ideas* o que impida debatir seriamente los puntos de vista y eventuales impactos de la decisión sobre quienes no formarán parte de la mayoría que toma la decisión. Esa deliberación debe asegurar el surgimiento de la mayor cantidad de información, la más amplia diversidad de ideas y el arco más generoso posible de perspectivas. De otro modo, la justificación de la regla de mayoría se desvanecería.

La propuesta de Balkin nos invita a repensar estas metáforas a la luz del surgimiento de la internet. Sugiere que la teoría democrática de la libertad de expresión —que el autor denomina “progresista” o “republicana”— se relaciona con contextos tecnológicos en los que la expresión se canalizaba predominantemente por medio de vías de difícil acceso, como los periódicos del siglo XIX y anteriores, y la televisión o la radio en el siglo XX. Los riesgos que surgían a partir del recurso a estas tecnologías consistían básicamente en que unos pocos dueños de estos canales podrían influir en el debate acerca de políticas públicas promoviendo solo las perspectivas que ellos apoyen; omitir difundir información, temas o perspectivas que el