Justificación ética de la libertad de expresión: asignando los costos de la tolerancia

Frederick Schauer*

Resumen

El autor argumenta que la existencia de derechos tales como la libertad de expresión conllevan un costo de bienestar que debe ser asumido por alguien. Hoy en día estos costos no se distribuyen equitativamente, pues, en la mayoría de las sociedades con principios de libertad de expresión bien establecidos, deben ser sobrellevados por las víctimas del discurso pernicioso. A continuación propone formas concretas que, sin intimidar la expresión de los editores y oradores, compensan a las víctimas de la libertad de expresión.

■ Frederick Schauer, J.D. de la Universidad de Harvard, B.A. y M.B.A. de Dartmouth College, es actualmente Decano Académico y Frank Stanton Professor de la Primera Enmienda de la John F. Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard. Entre sus publicaciones relacionadas con el tema de este artículo destacan el libro *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press, 1982) y el artículo "Uncoupling Free Speech" publicado en el *Columbia Law Review* en 1992.

* John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge, Massachusetts 02138, Estados Unidos. Fax: (1) (617) 495 1996.
E-mail: fred_schauer@harvard.edu

Este artículo es una versión ampliada y actualizada de la conferencia del 3 de noviembre de 1995 en el Programa de Magister en Gestión y Políticas Públicas que ofrece el Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. Agradezco a José Luis Cea y Carlos Peña sus valiosos comentarios de entonces, y a Eduardo Engel y Patricio Meller por haberme invitado. También manifiesto mi reconocimiento a los miembros del proyecto "Visions of Governance" de la John F. Kennedy School of Government por el apoyo brindado en la preparación de la versión final de este trabajo.

En 1993, durante los primeros meses de la presidencia de Bill Clinton, el gobierno estadounidense emprendió una campaña pública en contra de la representación extremada y creciente de la violencia en la televisión, el cine y la música popular.¹ El Presidente Clinton, su esposa, Hillary Rodham Clinton, y la Procuradora General, Janet Reno, atacaron a gran parte de los medios de comunicación de masas por presentar la violencia en forma frecuente y favorable, lo que, aseguraron, contribuía a mantener y aumentar el nivel de violencia en la sociedad norteamericana.

En respuesta a esta campaña del Presidente, la industria del espectáculo y, en especial, las principales cadenas televisivas se unieron y estructuraron su defensa en torno de la negación de la causal de demanda. A su juicio, la violencia televisada es causalmente neutra; en el peor de los casos, sostuvieron, podría ser un síntoma de una sociedad violenta, pero no su causa, y en el mejor de los casos sería simplemente una forma de entretención sin efecto alguno sobre la conducta real de las personas. En consecuencia, los esfuerzos por controlar la violencia en la televisión y en otros medios de comunicación, ya sea a través de la ley o mediante la fuerza de la opinión pública, constituirían un uso inefectivo de los recursos públicos, y ayudaría muy poco, si es que lo hacía, a reducir el nivel del crimen y la violencia.

Resulta útil comparar esta retórica de la industria del espectáculo respecto de la presentación de la violencia con la retórica empleada con el correr de los años por la American Civil Liberties Union, y otras organizaciones afines, respecto de los derechos de organizaciones racistas y antisemitas —como el Ku Klux Klan y el Partido Nazi Americano— a expresar sus opiniones, efectuar marchas, manifestaciones y desfiles, así como a formar organizaciones.² A diferencia del argumento empleado por los defensores de la violencia en los medios —la violencia es causalmente neutra—, la American Civil Liberties Union y otras organizaciones no han alegado, en su defensa de los nazis y del Ku Klux Klan, que las palabras, las

¹ Las declaraciones públicas y propuestas del Presidente y de la Procuradora General se centraron más en la televisión que en el cine o la música popular, principalmente porque la doctrina constitucional estadounidense admite que el gobierno regule el contenido de las transmisiones televisivas (y, en menor grado, de las transmisiones por cable), en tanto que la regulación de una película o de un disco compacto musical sería inconstitucional. Ver *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. Federal Communications Commission*, 116 S.Ct 2374 (1996); *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978); *Red Lion Broadcasting Company v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969). El Presidente, en el momento de instar sobre todo a la moderación "voluntaria" de productores y emisores, disponía de una amenaza más creíble —en la forma de un posible control oficial— sobre la televisión que sobre el cine o la industria musical, y la existencia de esta amenaza probablemente influyó en la elección del objetivo del Presidente.

² El ejemplo más conocido es el papel central que jugó la American Civil Liberties Union en la defensa del derecho del Partido Nazi Americano a efectuar una marcha en Skokie, Illinois, una comunidad donde reside una cantidad considerable de sobrevivientes del Holocausto. Para el caso legal pertinente, ver *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir.), cert. denied, 439 U.S. 915 (1978). *Village of Skokie v. Nationalist Socialist Party of America*, 69 Ill. 2d 605, 373 N.E.2d 21 (1978). Para su descripción y análisis, ver Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (Nueva York, Clarendon Press, 1986); Aryeh Neier, *Defending my Enemy* (Nueva York: Dotson, 1979); Donald Downs, "Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment", *Notre Dame Lawyer*, vol. 60 (1985), pp. 629-64.

fotos y los símbolos de tales grupos no tengan consecuencias negativas.³ Los defensores reconocen que el discurso y las imágenes racistas y antisemitas de estos grupos pueden hacer daño a los individuos contra quienes se dirige la invectiva racista y antisemita; que pueden corromper el nivel y la naturaleza del discurso cívico, y que en ocasiones pueden aumentar la probabilidad de que se cometan actos violentos e ilegales en contra de los individuos a causa de su raza o religión.

Sin embargo, la admisión de la propensión a la causalidad del discurso por parte de la American Civil Liberties Union, y por los tribunales, así como la admisión de las consecuencias nocivas de cierta oratoria, no han logrado disminuir la fuerza del reclamo por la libertad de expresión. Porque el derecho que tienen los nazis y los miembros del Ku Klux Klan a la libertad de expresión no es consecuencia de la ineffectividad o inocuidad de sus expresiones; es decir, no tienen derecho a la libre expresión porque lo que dicen sea inocuo, sino *a pesar* del daño que provoca lo que dicen. Sea porque permitir el discurso perjudicial fomenta una actitud de tolerancia deseable,⁴ o porque conduce a un mayor descubrimiento de la verdad,⁵ o porque así se respeta el proceso de participación democrática en la deliberación pública,⁶ o se manifiesta la autoexpresión,⁷ la autorrealización o la autonomía⁸ de quien habla o de quien escucha, los valores subyacentes al derecho a la libertad de expresión no se derivan de la inocuidad del discurso, y por lo tanto no se ven socavados por el hecho de que la oratoria sea en ocasiones perjudicial.⁹

³ El tema de la libertad de opinión del Ku Klux Klan y organizaciones afines es tratado en *Forsyth County v. Nationalist Movement*, 505 U.S. 123 (1992); *Bradenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); cf. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

⁴ Bollinger, *op.cit.* nota 2.

⁵ John Stuart Mill, *On Liberty*, D. Spitz, ed. (Nueva York: W.W. Norton, 1975); Walter Bagehot, "The Metaphysical Basis of Toleration", en *Literary Studies* (Londras: R.H. Hutton, 1884), pp. 422-38; *Abraham v. United States* 250 U.S. 616, 630 (1919) (juez Holmes, en desacuerdo) ("la mejor prueba de la verdad es el poder de la idea para ser aceptada en la competencia del mercado"); William P. Marshall, "In Defense of the Search for Truth as a First Amendment Justification", *Georgia Law Review*, vol. 30 (1995), pp. 1-39. Un desafío escéptico a este argumento por la libertad de expresión puede encontrarse en Alvin I. Goldman y James C. Cox, "Speech, Truth, and the Free Market for Ideas", *Legal Theory*, vol. 2 (1996), pp. 1-32.

⁶ Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution* (Cambridge University Press, 1993), pp. 197-318; Robert C. Post, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*", *Harvard Law Review*, vol. 103 (1990), pp. 601-86.

⁷ C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech* (Nueva York: Oxford University Press, 1989).

⁸ Thomas Nagel, "Personal Rights and Public Space", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 24 (1995), pp. 83-107; David Strauss, "Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression", *Columbia Law Review*, vol. 91 (1991), pp. 334-71. Para un estudio crítico importante, ver Susan Brison, "The Autonomy Defense of Free Speech", *Ethics*, vol. 106, No. 1 (se publicará en enero de 1998).

⁹ Para la elaboración completa de las afirmaciones contenidas en las dos últimas frases, especialmente la relativa a que el Principio de Libre Expresión protege el discurso no porque éste sea inocuo, sino a pesar del daño que pueda ocasionar, ver Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982). Para el concepto estrechamente ligado de que la libertad de expresión constituye una limitación secundaria en restricciones que de otro modo serían permisibles, ver Thomas Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1 (1972), pp. 204-23.

Este debate entre quienes defienden la libertad de expresión porque es inocua¹⁰ y quienes la defienden a pesar del perjuicio que pueda ocasionar, refleja una escisión más profunda en relación con la teoría moral y política en general. Esta división puede considerarse en términos de dos visiones diferentes de los derechos, visiones que en gran medida coinciden con las dos posturas respecto de la libertad de expresión que acabo de ilustrar.

Una primera visión de los derechos —vinculada a lo que sostienen los defensores de la violencia en la televisión y el cine— sostiene que los derechos son aquello con lo que contamos para evitar que los malos sujetos realicen malas acciones. Bajo este punto de vista, hay gente mala en el mundo, o por lo menos existen individuos que hacen cosas dañinas, y a menudo estas personas ocupan posiciones de poder, sobre todo en el gobierno. Hay ocasiones en que estas personas actúan mal porque prefieren anteponer sus propios intereses egoístas a los intereses de los demás o al bien común. Otras veces, hacen mal simplemente por mala voluntad, o por despecho. También se da el caso de que puedan tener buenas intenciones y actúan mal por desconocimiento o por estar equivocados en su comprensión de las metas.

Desde esta perspectiva, los derechos abordan tales patologías y constituyen los instrumentos que impiden la ejecución de políticas o prácticas malintencionadas o equivocadas. Los derechos impiden que los policías autoritarios persigan a sospechosos inocentes; evitan que los políticos corruptos pongan en práctica políticas destinadas a proporcionarles ganancias monetarias personales; impiden que los ideólogos ambiciosos de poder impongan a los demás sus propios puntos de vista y su sistema moral; evitan que los encargados de formular políticas hagan aprobar políticas destinadas a afianzar su poder personal, y evitan que quienes se encuentran en el poder discriminen por raza, religión, género, orientación sexual, etc., guiados exclusivamente por su aversión hacia quienes son diferentes a ellos.

Este enfoque de los derechos es bien conocido, en parte por la retórica que habitualmente emplean diversas organizaciones en su búsqueda de financiamiento para combatir a las "fuerzas del mal", y en parte por intentos académicos más serios por comprender los derechos como impedimentos a algo semejante a lo que Cass Sunstein ha llamado "preferencias puras" (*naked preferences*).¹¹ Sin embargo, a pesar de ser

¹⁰ Para ejemplos en trabajos académicos, ver Michael D. Bayles, "Mid-Level Principles and Justification", en *NOMOS XXVII: Justification*, ed. J. Roland Pennock y John W. Chapman (Nueva York: New York University Press, 1986), pp. 49-67, en p. 54 (la libertad de expresión "tiene menor probabilidad de interferir con el ejercicio de otras libertades que, por ejemplo, la libertad de acción"); Martin Redish, *Freedom of Expression: A Critical Analysis* (Charlottesville, Virginia: Michie, 1984), p. 5 ("resulta casi siempre cierto en la inmensa mayoría de los casos que la palabra es menos peligrosa en forma inmediata que la conducta"). En efecto, la inocuidad del discurso es central en el uso constante que hace Ronald Dworkin de la libertad de expresión como ejemplo de un derecho que debe ser protegido para respetar la igualdad de la dignidad de quien habla. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978), pp. 200-03; y *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), pp. 195-243. Para mis propios argumentos en contra de lo que llamo "la hipótesis del menor daño", ver Frederick Schauer, "The Phenomenology of Speech and Harm", *Ethics*, vol. 103 (1993), pp. 635-53.

¹¹ Cass R. Sunstein, "Naked Preferences and the Constitution", *Columbia Law Review*, vol. 84 (1984), pp. 1689-1738.

una visión tan conocida, muy pocas veces se reconoce una de sus consecuencias necesarias: si los derechos son aquello que impide que los malos sujetos lleven a cabo malas acciones, entonces su reconocimiento y el hacerlos cumplir redundan en enormes beneficios sin ningún costo. Si los derechos, por ejemplo, impiden que los malos policías persigan a los inocentes, y si la persecución del inocente no proporciona beneficio social alguno, entonces evitar que esos policías persigan a ciudadanos inocentes constituye un bien social puro. De modo semejante, si el desvío de fondos públicos hacia el bolsillo de políticos corruptos no beneficia a nadie más que a ellos, entonces los derechos que podrían evitar que los políticos corruptos actúen sólo con miras a su propio beneficio redundarían, nuevamente, sólo en un bien.¹² Y, finalmente, si los derechos impiden que la gente imponga a los demás sus creencias religiosas o morales, o que discrimine exclusivamente por un prejuicio irracional, entonces prevenir la imposición moral, o prevenir la discriminación irracional, constituye un beneficio público sin costo alguno, excepto, tal vez, para las injustificables preferencias de un pequeño número de personas, preferencias que en sí mismas no redundan en ningún bien y por ende se justifica reprimirlas.

Veamos ahora una visión diferente de los derechos. Ronald Dworkin la expresa parcialmente en su concepción de los derechos como cartas de mayor jerarquía o cartas de triunfo (*trumps*),¹³ y Robert Nozick alude a ella mediante el planteamiento relacionado de las restricciones secundarias (*side constraints*).¹⁴ En ambas versiones, la idea central es la concepción kantiana de los derechos como impedimentos a lo que de otro modo sería optimización del bienestar o maximización de la utilidad. De manera más simple, los derechos representan límites a los medios que pueden utilizarse para lograr ciertos fines. Si nuestro principio de referencia en la formulación de políticas es una suerte de maximización utilitaria o consecuencialista del bienestar, podemos encontrarnos con que el bienestar general o agregado a veces podrá maximizarse poniendo en práctica la tortura, el asesinato, la discriminación por género, etc. Sin embargo, si hay ciertas cosas que simplemente *está mal* hacer, y si las personas poseen *derechos* que reflejan esos males, de modo que pueden exigir que no se les trate de ciertas formas, entonces esos derechos impedirán que se les hagan ciertas cosas aun cuando hacerlas aumente la utilidad o el bienestar agregados.¹⁵ Así pues, si *está mal* torturar, por poner el ejemplo típico, y si los individuos tienen el derecho a no ser torturados, entonces tienen derecho a no ser torturados a pesar de —y aun en el caso— que la tortura, por decir algo, proporcionara información sobre futuros ataques terroristas y con ello contribuyera a un aumento del bienestar agregado. En forma similar, si la gente tiene derecho a la privacidad de su hogar, podrá tener derecho —como sucede en Estados

¹² Un ejemplo de este derecho sería un derecho a la libertad de prensa destinado a facilitar a la prensa la exposición de malos comportamientos por parte de las autoridades. Ver *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); Vincent Blasi, "The Checking Value in First Amendment Theory", *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 1977, pp. 521-96.

¹³ Ronald Dworkin, *op.cit.*, pp. 150-205.

¹⁴ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Nueva York: Basic Books, 1974), pp. 26-53. Ver también Judith Jarvis Thompson, *The Realm of Right* (Cambridge: Harvard University Press, 1990).

¹⁵ Ver Bernard Williams, *Morality: An Introduction to Ethics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1972).

Unidos conforme a la Cuarta Enmienda de la Constitución— a imponer una elevada exigencia probatoria a los policías que intenten ingresar a sus hogares con el objeto de obtener evidencia, lo que supone costos a la aprehensión de criminales y, en consecuencia, a la sociedad en general.

Aun cuando esta visión de los derechos como restricciones secundarias se asocia frecuentemente con teorías morales no consecuencialistas —del tipo de las formuladas por Kant, Nozick y Dworkin—, también puede derivarse un cuadro muy semejante del consecuencialismo basado en reglas (*rule-consequentialism*). Puede darse el caso de que la complejidad del cálculo, la distorsión por ignorancia o las dificultades de coordinación entre agentes con intereses distintos siembre una duda sobre la habilidad de los individuos para emprender exitosamente cálculos consecuencialistas basados en actos (*act-based consequentialist calculations*). Cuando eso sucede, es posible implantar una serie de reglas destinadas a evitar los cálculos caso por caso que probablemente resultarán subóptimos; con ello se maximiza el bienestar agregado en el largo plazo, aunque no en cada caso individual.¹⁶ Una de las formas que asumen estas reglas es la de un derecho; ello permite comprender que una visión de los derechos que impida que los individuos a cargo de tomar decisiones trabajen caso a caso —pero sólo en pro de la utilidad en el largo plazo y no favoreciendo profundos compromisos deontológicos— tenga cabida en el modelo de restricciones secundarias (*side-constraint model*). Porque aquí, al igual que en el modelo deontológico, los derechos impedirán que incluso los mejor intencionados entre quienes toman decisiones adopten decisiones que, en casos individuales y en el corto plazo, puedan producir un aumento neto del bienestar general.

En este enfoque de los derechos como restricciones secundarias, ya sea derivado del utilitarismo basado en reglas (*rule-utilitarian*) o deontológico, los derechos ya no apelan exclusivamente a gente mala que hace cosas malas, sino que constituyen restricciones incluso en el caso de decisiones que aumenten el bienestar, adoptadas por personas bien intencionadas y bien informadas. Los derechos dejan de ser simples impedimentos deseables para frenar a los sujetos malvados y a aquellos mal informados: además pasan a ser un impedimento para políticas aparentemente sabias. Y las virtudes de este impedimento son en y por sí mismas independientes de las consecuencias, como en la versión deontológica, o son virtudes cuyos beneficios en el largo plazo son probablemente menos evidentes que los costos de corto plazo.

III

Como hemos visto, en la primera visión de los derechos éstos suponen beneficios pero no involucran costos de consideración, porque, fuera del costo de hacerlos cumplir, el costo de evitar que los malos sujetos lleven a cabo malas acciones es insignificante. Sobresimplificando apenas, según esta visión los derechos son gratuitos. Desde la perspectiva de la segunda

¹⁶ Ver David Lyons, "Human Rights and the General Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6 (1977), pp. 113-29; Frederick Schauer, *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford: Clarendon Press, 1991); Frederick Schauer, "A Comment on the Structure of Rights", *Georgia Law Review*, vol. 27 (1993), pp. 415-34.

visión de los derechos, sin embargo, éstos limitan el proceso de maximización del bienestar, lo que deriva en un mundo que obtiene menor utilidad de la que habría sin derechos. Por consiguiente, ya no se puede decir que los derechos son gratuitos, pues tienen un costo tangible. Si los derechos de individuos que pueden ser acusados de un crimen obstaculizan —incluso a los buenos policías— el uso de métodos legítimos para hacer cumplir la ley, la consecuencia será un aumento de la criminalidad, o bien de los recursos utilizados para mantener el mismo nivel de criminalidad. En ambos casos los derechos tienen un precio social. Lo mismo se aplica al precio de restringir la tortura, o al del reconocimiento del derecho a la libertad de culto, incluidas aquellas prácticas religiosas que otras consideran invasivas.¹⁷ Si existe un derecho a no ser discriminado por motivos de edad, y si los *test* individualizados de habilidad resultan más caros que calificar o descalificar por categoría de edad, una vez más el reconocimiento y el deber de hacer cumplir el derecho se logra solamente con un costo social.

Examinemos más a fondo la cuestión del costo o precio.

Supongamos que compro una bicicleta. Si lo hago, tengo menos dinero, un hecho que me causa cierta aflicción. Pero también tengo una bicicleta nueva, así que a menudo se da el caso de que la aflicción que siento por tener menos dinero se ve contrarrestada por el placer que me proporciona lo que he comprado con mi dinero. Pero supongamos que yo compro una bicicleta nueva para usted, o, peor aún, que debo comprar, contra mi voluntad, una bicicleta nueva para usted. En este caso, el cálculo de mi propia utilidad resulta deficitario, a pesar de que el placer que usted obtiene por tener una bicicleta nueva puede ser igual o mayor que la aflicción o la pérdida de utilidad que yo experimento por tener menos dinero.

Este pequeño ejemplo puede aplicarse directamente a la cuestión del costo de los derechos. Si los derechos son costosos —y a mi juicio frecuentemente lo son, según mi planteamiento anterior—, entonces alguien debe pagar por ellos. No obstante, como en el ejemplo de la bicicleta, a menudo quienes pagan por los derechos no son los mismos que gozan de ellos: así, los que pagan experimentan un déficit de utilidad. Y si la cantidad de personas que paga por los derechos es mayor que aquella que se beneficia con ellos, entonces es probable que ocurra una reducción neta de la felicidad. Más importante aún, la existencia de esta reducción neta de felicidad se verificará incluso en el caso de —y a pesar de— que se reconozca que el ejercicio de los derechos es lo correcto.

Gran parte de los derechos más conocidos en las democracias liberales encajan en este molde. En ocasiones son producto de una acción judicial, como en el caso en que los tribunales reconocen, hacen cumplir o instituyen el derecho de criminales sometidos a proceso a no ser allanados o detenidos sin la orden correspondiente, o el derecho a guardar silencio cuando son interrogados por la policía o por la acusación, o cuando el tribunal otorga a los miembros de grupos religiosos el privilegio de la exención de requisitos gubernamentales que se aplican en forma general.

¹⁷ Consideremos, por ejemplo, la posibilidad de que la libertad de culto permitiera que los individuos llevaran a cabo formas socialmente ofensivas de sacrificio de animales, que están generalmente prohibidas. Este ejemplo ha sido sugerido en *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

Más común todavía es que el reconocimiento de derechos que implican costos en términos de utilidad agregada provenga de acciones legislativas. Las leyes que protegen especies en peligro de extinción, o que obligan a la construcción de instalaciones especiales para los minusválidos, constituyen dos ejemplos. Otro sería que la legislación reconociera como oficiales los idiomas de las minorías. En todos estos casos y en otros, es probable que haya una pérdida general de la utilidad agregada, aun cuando muchas personas, entre las cuales me incluyo, están convencidas de que lo adecuado es el reconocimiento de esos derechos.

Si este reconocimiento —por los tribunales, la legislación o por la presión de la opinión pública, o la sanción social— es lo correcto, entonces, en el sentido más amplio, una sociedad mejora cuando los reconoce. No obstante, también es cierto que la apreciación del costo en utilidad que implica el reconocimiento de esos derechos proporciona un punto de vista diferente para analizar la cuestión universal de la satisfacción o el descontento con el gobierno. Porque no sólo se trata de que los derechos poseen un costo medido en utilidad, sino también de que la cantidad de personas que paga ese costo generalmente es mayor que aquella que goza de sus beneficios. Si disminuye la seguridad pública debido a los derechos de los sospechosos, es muy posible que una gran cantidad de personas se halle en peores condiciones con el fin de que la sociedad no actúe incorrectamente respecto de un menor número de personas. Del mismo modo, la cantidad de personas que paga para que la sociedad cuente con instalaciones especiales para los minusválidos suele ser mayor que el número de personas que se beneficia con la existencia de esas instalaciones. Y, en la mayoría de estos casos, el resultado es el mismo aun si consideramos la posibilidad de que el agregado de la alta ganancia en utilidad de un pequeño número de personas sea mayor que el agregado de la pequeña pérdida en utilidad de un gran número de personas. Probablemente es así en el caso de rampas y estacionamientos reservados para impedidos físicos, pero, en la mayoría de los casos —derechos de los sospechosos, por ejemplo—, el cálculo de la utilidad ponderada tiene mayor probabilidad de producir una pérdida que una ganancia.

Si el reconocimiento de los derechos implica este tipo de costo, tendremos como consecuencia que la sociedad que reconozca esos derechos será una sociedad en la que vastos sectores no sólo *sentirán* que están en peores condiciones debido a ello, sino que de hecho *estarán* en peores condiciones por ello. Y, repito, es así incluso cuando reconocer los derechos es lo correcto para la sociedad. Por consiguiente, el que la gente experimente una progresiva disminución de su nivel de satisfacción respecto de su grado de utilidad puede no deberse a una sorprendente y desafortunada falla de un gobierno o de una sociedad que se comporta de modo incorrecto, sino a la nada sorprendente e inevitable consecuencia de una empresa moralmente valiosa en la que la sociedad se ha embarcado: la de pagar con la moneda de su propio bienestar agregado (y, por ende, satisfacción) por los derechos de aquellos individuos que suelen constituir la minoría.

En los debates contemporáneos sobre los derechos, como he dicho, a menudo se ignora este cálculo. Unos critican las culturas que defienden firmemente los derechos o que se fundan en ellos. Estos críticos identifican

correctamente el costo de los derechos, y después sugieren (con frecuencia justificadamente, pero no siempre) que debería reducirse su fuerza o alcance. Por otro lado tenemos a los defensores de los derechos, quienes destacan lo pernicioso de la actitud que viola los derechos; por lo general no dan cuenta del costo de los derechos y no comprenden las consecuencias de reconocerlos. Lo que escasea casi siempre en el debate es la voz que reconoce el costo de los derechos y, por ende, reconoce que la desdicha asociada a ese costo —y a menudo el descontento con un gobierno que es visto como el creador o protector de los derechos— es el nada sorprendente subproducto de una sociedad que toma los derechos en serio.

Una vez que reconocemos que los derechos tienen un costo, podemos contemplar su pago desde diversas perspectivas. Si pensamos en el costo de levantar un nuevo puente, o de construir canchas públicas de tenis, consideraremos cuidadosamente el asunto de quién pagará ese costo. ¿Los usuarios o toda la comunidad? Si es la comunidad, entonces, ¿debería imponerse en forma progresiva o regresiva, universal o selectiva? Y así, una vez que reconocemos que los derechos tienen un costo al igual que los puentes o las canchas de tenis, podemos y debemos hacernos las mismas preguntas respecto de la asignación de dichos costos. Reconocer los derechos de criminales procesados, ¿impone un costo desproporcionado sobre quienes tienen probabilidad de ser víctimas de un crimen? Y si es así, ¿quiénes son esas personas? ¿Qué incidencia tiene el costo de otorgar derechos a los impedidos físicos, o el de proteger especies en peligro de extinción?

Es posible que una de las razones por las cuales hemos dedicado poco tiempo a pensar en la asignación de estos costos es que creemos que todos nos beneficiamos igualmente con la existencia de los derechos y, en consecuencia, todos contribuimos y debemos contribuir en la misma medida a pagar por ellos. Pero esto simplemente es falso. De modo más razonable, podemos creer que algunos de nosotros aprovechamos los beneficios de ciertos derechos más que otros, que algunos de nosotros pagamos por algunos derechos más de lo que pagan otros, pero que si pusiéramos todos los derechos juntos las cosas resultarían bastante justas. Pero esto también puede ser falso. Y si lo es, entonces sería adecuado poner más atención a la forma en que asignamos el costo de los derechos, tal como nos fijamos en la forma en que asignamos el costo de otros bienes, servicios e instalaciones proporcionados o garantizados públicamente. Incluso si un mayor reconocimiento de los derechos que triunfan por sobre la utilidad (*utility trumping rights*) redundaría inevitablemente en una menor utilidad agregada del Estado, y en menor satisfacción de la sociedad civil con éste, aún puede ser que una asignación más justa del costo de esos derechos —junto con una revisión del hecho de que existen costos que deben ser asignados— logre reducir en parte el grado de descontento público. Probablemente no lo eliminará. Si los derechos limitan la maximización de las utilidades, entonces reconocer los derechos producirá menos utilidades de las que de otro modo se obtendrían, y la relación entre menor utilidad y menor satisfacción es probablemente estrecha. De todos maneras, es posible que, si prestamos atención al modo en que el descontento con el gobierno puede ser

sólo una función del hecho de que los derechos tienen un costo, se abra una nueva y provechosa línea de investigación.

IV

Para seguir esta línea, el derecho a la libertad de expresión parece un punto de partida ideal. Gran parte del debate tradicional sobre la libertad de expresión ha soslayado el asunto al negarse a reconocer que la palabra tiene como característica poder referirse a otro (*other-regarding*), con la consiguiente capacidad de provocar un perjuicio a ese otro. De esta forma, las discusiones sobre el derecho a la libertad de expresión generalmente se han desarrollado en el ámbito del primer modelo que describí, en el cual los derechos son esencialmente gratuitos porque impiden que la gente malvada haga cosas malas.

Sin embargo, la combinación de la evidencia científica con la ocurrencia de tragedias públicas ha hecho cada vez más difícil sostener la inocuidad del discurso. En términos de sucesos específicos, está el asesinato del Primer Ministro israelí Isaac Rabin y la explosión del edificio federal en Oklahoma City, Estados Unidos, así como una serie —menos destacada pero igualmente trágica— de “crímenes por imitación” (*copycat crimes*): todo ello vuelve más difícil negar que quienes tienen propensión a la violencia generalmente se ven estimulados a manifestar su inclinación a partir de actos oratorios, y que esa misma propensión puede haberse generado, al menos en parte, a partir de las comunicaciones públicas de otros.¹⁸ Es más, estudios científicos sobre el impacto que ha producido material escrito e impreso avalando la violencia racial, la violencia contra las mujeres, y la violencia en general, tienden a apoyar la hipótesis de que la incidencia de estos materiales en el nivel de actitudes o inclinaciones paralelas hacia la violencia es de tipo causal, y que, a su vez, el nivel de estas actitudes o inclinaciones está ligado con el nivel de aquellas formas de violencia.¹⁹

Estos temas son complejos, y las preguntas empíricas que los rodean no lo son menos. Para los fines de este análisis, sin embargo, no deseo explorarlos con mayor detenimiento, sino simplemente suponer que la palabra suele poseer la capacidad de aumentar la probabilidad (en un caso individual) y la incidencia (para una población) de comportamientos incontrovertiblemente dañinos, como el asesinato, la destrucción con explosivos de edificios públicos y la violación. Puesto que de hecho lo hace, la próxima pregunta sería si alguno de los discursos que producen dichos efectos está o debería estar protegido por la ley. Este problema también va más allá del alcance de este trabajo. Aun cuando podría y debería haber debate sobre hasta qué punto debería restringirse la oratoria vinculada causalmente con actos de violencia —y a pesar de que ningún país del mundo protege dicho discurso tanto como lo hace Estados Unidos—, es

¹⁸ Hay un buen estudio de la investigación de imágenes violentas transmitidas por televisión en Haejung Paik, "The Effects of Television Violence on Antisocial Behavior: A Meta-Analysis", *Communication Research*, vol. 21 (1994), pp. 516-546. Para una muestra del planteamiento de un vínculo entre el discurso público incitando a la violencia y la violencia misma, ver Phil Duncan, "Aggressive Rhetoric and Civil Violence", *Congressional Quarterly Weekly Report*, 6 de enero, 1996, p. 78. Para un análisis en el contexto de la violencia sexual, ver Frederick Schauer, "Causation Theory and the Causes of Sexual Violence," *American Bar Foundation Research Journal*, 1987, pp. 737-70.

¹⁹ *Ibid.*

difícil imaginar un principio de libre expresión sólido que no lo protegiera *en absoluto*. Sin duda el juez Brandeis exageró el punto al afirmar que “toda idea es una incitación”,²⁰ pero es casi seguro que una amplia gama de retórica política y social intensa resultaría estar (desde una perspectiva probabilística) causalmente ligada al nivel de actos ilegales y antisociales coherentes con dicha retórica, aun sin inspiración directa e inmediata por su parte. Por lo tanto, se puede suponer que la existencia de cualquier principio de libre expresión, cualquier principio de tolerancia hacia la comunicación, generará, *ceteris paribus*, un mayor nivel de actividades indisputablemente nocivas de las que habría si ese principio no existiera.

Si miramos el asunto desde esta perspectiva, y si somos consecuentes con la visión de los derechos como restricciones secundarias, veremos que el reconocimiento de un derecho a la libertad de expresión redundará, especialmente en el corto plazo, en menor utilidad, o menor bienestar general, del que habría en otras circunstancias. Si un principio de libre expresión arraigado genera más discurso pernicioso del que se habría generado en ausencia de ese principio, y si mayor cantidad de oratoria nociva origina mayor daño, entonces el principio de libre expresión probablemente producirá más daño y, en consecuencia, menor bienestar general o utilidad. Al igual que una restricción secundaria no utilitaria, o de utilitarismo basado en reglas, ejercida sobre la maximización de utilidad basada en actos por lo tanto, el derecho a la libertad de expresión sólo puede ser adquirido con algún costo a cargo del bienestar general.

Así pues, la libertad de expresión es un buen ejemplo de un derecho que se adquiere mediante un costo social en el corto plazo. Pues si pensamos que sería mejor abordar el problema de cómo pagar la construcción de un puente o de una cancha de tenis (que proporcionan ganancia al largo plazo con costos en el corto plazo) considerando todos los posibles financistas del costo, del mismo modo podemos abordar el problema del costo de la libertad de expresión.

Con todo, la mayoría de las sociedades con principios de libertad de expresión bien establecidos no han abordado el asunto de esta forma. Simplemente han supuesto que el costo lo deben sobrellevar las víctimas del discurso pernicioso. En el caso del discurso difamatorio, y con el fin de evitar que la prensa se viera “templada” (*chilled*) en demasía, algunas sociedades han negado una reparación a aquellos que vieron perjudicadas su reputación y su carrera por afirmaciones falsas sobre ellos emitidas en público.²¹ En el caso de la oratoria asociada causalmente con el odio racial, ha aumentado la aflicción de quienes son blanco del odio racial con el argumento de evitar que las leyes que prohíben la incitación al odio inhiban el desacuerdo político legítimo.²² Por último, en el contexto de la relación causal entre el discurso y el nivel de violencia política, han estado dispuestos

²⁰ *Gitlow v. Nueva York*, 268 U.S. 652, 671 (1925) (Juez Brandeis en desacuerdo).

²¹ Ver, por ejemplo, *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 221 So.2d (Fla. Dist. Ct. App. 1969), causa denegada, 231 So.2d 822 (Fla. 1970), revocada, 401 U.S. 295 (1971), la que examino en detalle en “Uncoupling Free Speech”, *Columbia Law Review*, vol. 92 (1992), pp. 1321-57.

²² Los incidentes en Skokie, Illinois, constituyen un ejemplo central de este fenómeno, al igual que las marchas, desfiles y manifestaciones llevadas a cabo por neonazis, miembros del Ku Klux Klan y una serie de otros grupos en favor de la supremacía de la raza blanca.

a poner en mayor riesgo a quienes están más expuestos a ese tipo de violencia, nuevamente con el fin de no reprimir excesivamente la expresión de la opinión política legítima.²³ En todas estas situaciones se parte del supuesto de que la única forma de pagar el costo de la libertad de expresión es negar la reparación a quienes la habrían obtenido de otro modo (bajo las reglas prevalentes de las leyes de agravio); de esta manera, cargan el costo de la libertad de expresión a las víctimas "directas o indirectas" del discurso pernicioso.

Sin embargo, no es en absoluto necesario que los costos de la libertad de expresión se asignen de este modo. Las sociedades que han negado una reparación a los perjudicados por declaraciones difamatorias o abusivas, o por las consecuencias de la propugnación de la violencia (en especial la sociedad estadounidense), han basado sus acciones en la hipótesis plausible de que los oradores o editores que temen verse sometidos a responsabilidad monetaria se abstendrán de publicar o de hablar para reducir el riesgo de dicha responsabilidad. Se piensa que el nivel óptimo de libertad de expresión y de publicación se obtiene retirando o restringiendo el recurso monetario a la víctima.

La situación inversa, sin embargo, es que si se elimina el temor del editor o del orador a la responsabilidad monetaria entonces no habría razón para pensar que aquéllos emplearán un nivel de expresión subóptimo; en otras palabras, no habría razón para creer que los editores u oradores tendrían un grado excesivo de aversión al riesgo en comparación con el que produciría la cantidad y diversidad de expresión socialmente óptima.²⁴ Y esto sugiere algún mecanismo por el cual las víctimas pudieran ser compensadas, pero los editores y oradores fueran inmunes a toda responsabilidad podría conquistar dos objetivos simultáneos: liberar la expresión hasta el grado requerido, sin que las víctimas de la oratoria perjudicial tengan que pagar por esa meta social.

Si los oradores y editores no pagan por los daños que causan y aun así los perjudicados reciben compensación, es evidente que la compensación tendrá que venir de otra parte. Esto no es tan improbable como puede parecer. Puesto que tanto la libertad de expresión como la libertad de prensa son metas sociales, una posibilidad sería que el público que recibe los beneficios de dichos derechos los pague (en este caso, proporcionando algún tipo de compensación a la víctima). En varios países se otorga una compensación a las víctimas de un crimen, bajo el supuesto de que es poco probable que el criminal promedio vaya a ser objeto provechoso de responsabilidad civil. Así pues, cuando el sujeto no tiene fondos, algunos países y algunos estados de Estados Unidos mantienen reservas para la

²³ Considérese *Olivia N. v. National Broadcasting Co.*, 178 Cal. Rptr. 888 (Ct. App. 1981), cert. denegado sub. nom. *Niemi v. National Broadcasting Co.*, 458 U.S. 1108 (1982), en el cual las cortes de California negaron a la víctima de un ataque sexual el recurso legal contra la red de televisión que presentó un ataque sexual que había causado, según normas de causación que habrían sido suficientes de acuerdo con las leyes de agravio, un tipo de ataque sexual prácticamente idéntico.

²⁴ Es cierto que los editores y oradores pueden temer la crítica tanto como la responsabilidad monetaria, y que el temor a la crítica podría inhibir cierta cantidad de oratoria. Pero la crítica no se elimina ni siquiera al eliminar la responsabilidad monetaria —de hecho, la crítica misma es una forma de discurso— y, por lo tanto, el efecto "temperante" de la crítica, si bien real, queda fuera de la ecuación.

compensación económica de la víctima.

Aquí viene al caso hacer una analogía. Si bien los editores y oradores quedan exentos de responsabilidad —no porque no tengan fondos, sino debido a la meta social de liberar su expresión—, el efecto sigue siendo el mismo desde la perspectiva de la víctima, y podríamos imaginarnos algún tipo de sistema de compensación de la víctima que compense, aunque sea en parte, a las otras víctimas irremediables de la oratoria perniciosa, cuya protección se ha estipulado como un valioso objetivo social. La compensación la financiaría el público, y así lograríamos la meta supuestamente deseable de que el público financie lo que es de beneficio público.

También podríamos imaginar un sistema semejante que utilice un seguro de responsabilidad civil para los medios de comunicación de masas que fuera subsidiado por el sector público, algo bastante parecido al programa de seguro por inundación subsidiado federalmente en Estados Unidos. Allí se considera socialmente deseable incentivar a la gente para que habite en terrenos aluviales, que son áreas con un alto riesgo de inundación.²⁵ El costo del seguro contra inundación, si fuera controlado estrictamente por las fuerzas del mercado, sería muy superior al que la mayoría de los residentes podrían pagar, así que existe un sistema de seguros contra inundación de financiamiento público, cuyo efecto es apoyar el supuesto objetivo social de permitir que la gente siga viviendo en áreas con alto riesgo de inundación. Algo muy parecido podría realizarse con este seguro de responsabilidad civil para los medios de comunicación, pues teóricamente este seguro podría eliminar el riesgo monetario, o el riesgo monetario excesivo, para el editor u orador, y al mismo tiempo proporcionaría una fuente de recompensa financiera para quienes puedan verse perjudicados de alguna manera por el comportamiento del orador o del editor.

Aparte de los programas de recompensa monetaria para las víctimas, existe todavía una serie de ideas originales para desplazar los costos de un sistema de libertad de expresión. Como lo demuestran trágicamente los sucesos en Israel y Oklahoma City, los riesgos a que se exponen los líderes políticos y los empleados gubernamentales —y quienes utilizan las instalaciones gubernamentales— aumentan cuando prospera un cierto tipo de discurso, y es probable que éste prospere cuando, en favor de las metas de la libertad de expresión, no esté sujeto a responsabilidad legal, ya sea civil o criminal. Con todo, no hay razón para creer que el aumento del riesgo no pueda aliviarse hasta cierto punto; de hecho, ésa es una de las cosas de las que por desgracia nos percatamos después y no antes de acontecimientos tales como asesinatos políticos, terrorismo y violencia política. Observamos la existencia de mayores medidas de seguridad, vemos que las autoridades públicas se vuelven menos accesibles, y tal vez notemos una disminución de la voluntad de los individuos por ingresar a la vida pública o a la carrera funcionaria. Cada efecto involucra un costo que el público sobrelleva. Sólo en algunos casos el costo es financiero, e incluso podemos suponer que algunos de ellos podrían preverse mejor de lo que lo han sido

²⁵ Tal vez sea más exacto decir que se considera socialmente deseable no impulsar a las personas a dejar esas áreas sólo a causa del costo prohibitivo del seguro de inundación.

históricamente. Pero, sin importar cuándo se impongan, siempre podemos imaginar que un aumento en el riesgo de violencia política podría generar un aumento en las medidas de seguridad, pagadas por el público, desembocando, en teoría, en el grado óptimo de libertad de expresión y la cantidad óptima de seguridad pública, pero también en un mayor costo pagado por el público, el precio de los supuestos beneficios de un sistema de libertad de expresión.

V

No he querido proporcionar en esta ocasión una lista completa de las alternativas que una sociedad pueda idear para la reasignación del costo de la tolerancia en las comunicaciones. Las pocas que he sugerido, como programas de compensación para las víctimas, seguro de responsabilidad social subsidiado para los medios de comunicación, aumento anticipado de las medidas de seguridad para hacer frente al aumento de violencia política que se espera cuando la oratoria violentista está protegida de toda responsabilidad, no son más que esbozos destinados a fomentar una nueva forma de pensar. No me cabe duda que otros podrán pensar en muchas otras, y mejores. Pero en numerosos países, incluyendo el mío, el desarrollo del debate sobre la libertad de expresión se ha visto obstaculizado por la creencia invasiva de que esta libertad debe obtenerse a un costo que sus víctimas deben pagar. A veces esta convicción desemboca en una compensación inferior y en falta de atención hacia las víctimas, como sucede en Estados Unidos. A veces deriva en menor libertad de expresión de la que sería socialmente deseable, como ha sucedido y sucede en muchos países del mundo. Pero, si somos capaces de dejar de lado la convicción de que la libertad de expresión la deben pagar sus víctimas, podremos tender a un mundo que otorgue una mayor atención a las víctimas y también a la libertad de expresión. Este mundo puede ser más costoso para todos sus habitantes, pero no es irracional suponer que gozaría al mismo tiempo de una mayor utilidad agregada y también de mayor equidad.