

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA EN OWEN FISS (1)

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

1. La ciencia española del Derecho constitucional, siempre atenta a lo que acontece más allá de nuestras fronteras (2), no puede perder de vista los avatares de la doctrina norteamericana, quizás hoy un tanto olvidada bajo la abrumadora influencia de las Dogmáticas alemana e italiana. Para un constitucionalista español (y, en general, para cualquier europeo), la atención al Derecho constitucional de los Estados Unidos resulta de especial interés, al menos, por dos motivos fácilmente comprensibles: en primer lugar, nos ofrece un *estilo*, una forma de razonar muy sugestiva, más conectada con la realización práctica del Derecho y con la solución de los problemas concretos de lo que resulta habitual por estos pagos, propensos al pensamiento de expresión fría y distanciada, por lo general menos útil para la comunidad jurídica (3); en segundo lugar, la tradición ininterrumpida de dos siglos de aplicación de una Constitución normativa aporta una experiencia difícilmente superable: muchos años de vivo debate (4) sobre pro-

(1) Comentario a los libros de OWEN FISS: *Libertad de expresión y estructura social* (Fontamara, México, 1997, 203 págs.) y *La ironía de la libertad de expresión* (Gedisa, Barcelona, 1999, 125 págs.).

(2) Llama la atención el contraste entre cualquier trabajo científico producido en España, normalmente bien repleto de abundantes citas en lenguas foráneas, y lo publicado en otros países, donde dicha abundancia es más la excepción que la regla. Cuestión distinta, que aquí no podemos sino enunciar, es que esta característica de nuestra doctrina sea siempre útil, pues muchas veces no llega a realizarse la deseable comparación, quedando la cita en la mera exposición aislada de los distintos ordenamientos.

(3) Una reciente defensa de un cierto cambio de estilo en nuestra doctrina puede verse en la obra de O. ALZAGA y otros: *Derecho político español*, t. I, Edersa, Madrid, 1997, *passim*.

(4) Aunque en España se cita mucho, con frecuencia se hace más a título de erudición que propiamente de debate: en demasiadas ocasiones no se contrastan con la atención requerida las

blemas similares (si no los mismos, por obra de la tan mentada globalización) no deben dejarse en saco roto.

En materia de derechos fundamentales, las razones en favor de una mayor atención a la doctrina constitucional de los Estados Unidos se refuerzan. En relación con esta parte central de nuestra disciplina, en cuyo desarrollo y estudio los norteamericanos fueron pioneros, nuestra experiencia histórica es más bien escasa, por lo que todavía nos encontramos bastante ayunos de una teoría constitucional consolidada. Como tantas veces se ha dicho (5), la previa construcción de una teoría de los derechos fundamentales adecuada a nuestra Constitución vigente, considerada todavía hoy como una de las asignaturas pendientes de nuestra doctrina, es condición indispensable para el correcto análisis de los derechos en concreto y de los problemas específicos que cada uno de ellos plantea. La traducción al castellano del último trabajo del profesor de Yale Owen Fiss sobre la libertad de expresión (6) (*La ironía de la libertad de expresión*; en adelante, *ILE*), que comentaremos junto a una recopilación anterior de diversos artículos del autor sobre el mismo tema (7) (*Libertad de expresión y estructura social*; en adelante, *LEES*), nos ofrece la oportunidad de acercarnos, desde la perspectiva de un derecho de la relevancia de la libertad de expresión (8), a la Dogmática norteamericana de los derechos, no sin antes advertir que las tesis que aquí van a resumirse y sistematizarse (9) resultan minoritarias

opiniones propias con las ajenas, y lo que es peor, sobre tesis de gran importancia y originalidad en nuestra doctrina a veces no llega a producirse discusión alguna. Obviamente, en esas circunstancias el avance científico resulta más difícil.

(5) Por ejemplo, por J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, en su «Prólogo» a nuestro libro *La objeción de conciencia en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1993, pág. 27.

(6) *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996. Se trata de la transcripción de una serie de conferencias pronunciadas en la Universidad de Princeton en la primavera de 1994.

(7) Los trabajos, cuyo recopilador no consta, fueron publicados en diversas revistas norteamericanas entre 1982 y 1992.

(8) La doctrina norteamericana de la libertad de expresión, como no podía ser de otra forma, no ha pasado desapercibida entre nuestros estudiosos (S. Muñoz Machado y P. Salvador Coderch, entre otros), si bien no desde la perspectiva a considerar aquí (la relación entre libertad de expresión y democracia), sino más bien desde otras más consolidadas y allí menos polémicas, como la de la colisión con los derechos de la personalidad. Una excepción parcial puede verse en S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ: *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 53 y sigs.

(9) Como consecuencia de su origen (artículos dispersos, conferencias) los dos libros que aquí se reseñan son todo menos sistemáticos: el autor, en un tono muchas veces ensayístico y polémico, va y vuelve continuamente sobre los mismos temas, sin seguir un orden claramente diseñado. De ahí las continuas referencias concretas a los libros de Fiss que aquí realizaremos, a efectos de facilitar su localización por el lector interesado.

en su país, si bien representan bastante bien los caracteres ya apuntados del estilo y la forma de razonar propios de esa Dogmática. Aunque seguramente las ideas de Fiss no son del todo originales en Europa (10) (y ni siquiera totalmente novedosas en su propio país) (11), sí lo es sin duda su forma de exponerlas, lo que las hacen enormemente sugestivas.

2. La primera peculiaridad del pensamiento de Owen Fiss es su pretensión de analizar los concretos problemas que plantea la libertad de expresión a partir de una construcción teórica previa, que se recogerá sobre todo en los trabajos «Capitalismo y democracia» (1992) y «Libertad de expresión y estructura social» (1986). Sus tesis pueden sintetizarse como sigue:

1.^a) *Una concepción de la Constitución y de la democracia.* Aunque no lo afirme de modo expreso, Fiss parece admitir, al hacer suyo el ya clásico planteamiento del juez Bork (12), que la primera función de la Constitución es la garantía de un concreto sistema de gobierno (LEES, 50), y este no es otro que el democrático, entendido como aquel «que atribuye la responsabilidad final al público para que decida cómo quiere vivir» (LEES, 183). Más en concreto, la democracia será concebida por Fiss, al modo de un «metaprincipio», como la suma de cinco principios, a saber: soberanía popular, independencia económica, elección meditada, participación activa y satisfacción ciudadana (LEES, 167-175), con lo que se ofrece una definición muy amplia de democracia, seguramente contraproducente por su excesiva ambición. En todo caso, el principio al que el autor, con olvido de los demás, se refiere a lo largo de las obras que comentamos es básicamente el de la «elección meditada», que parece así configurarse como el núcleo duro de la democracia o como el contenido

De otro lado, tal vez también como consecuencia del peculiar origen de los libros reseñados, no encontramos en nuestro autor (preciso es advertirlo de antemano) tanto un teoría completa de la libertad de expresión (al modo, *v. gr.*, del conocido trabajo de T. I. EMERSON: *The System of Freedom of Expression*, Random House, Nueva York, 1970) como un análisis de este derecho desde la importante pero parcial perspectiva del principio democrático, lo que planteará algún problema, como después veremos.

(10) En castellano, una completa exposición de la concepción democrática de la libertad de expresión y de las obligaciones estatales que de ella derivan puede verse en W. HOFFMAN-RIEM: «Libertad de comunicación y de medios», en E. BENDA y otros: *Manual de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 145 y sigs.

(11) Como el propio Fiss indica (LE, 13), hace ya bastantes años A. MEIKLEJOHN (en *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper, Nueva York, 1948) formuló una teoría democrática de la libertad de expresión, con propósitos muy similares a los suyos, al menos en línea de principio.

(12) R. H. BORK: «Neutral Principles and Some First Amendment Problems», *Indiana Law Review*, núm. 47, 1971, págs. 1 y sigs.

mínimo de ésta (13). Interesa destacar que, de forma insistente a lo largo de su obra, se conecta el carácter «meditado» de la elección con la información previa de quien elige: «Nuestro respeto por la elección de una mayoría disminuye considerablemente cuando sabemos que la elección fue hecha apresuradamente, bajo fuerte presión, sobre la base de una información defectuosa o sin una adecuada consideración de las alternativas. Una verdadera democracia supone una cierta dosis de ilustración ciudadana» (LEES, 171; ILE, 36).

2.^a) *Una concepción de la libertad de expresión.* La libertad de expresión «no es un fin en sí mismo» (ILE, 109): sirve, antes que para garantizar los intereses particulares de los ciudadanos concretos, para asegurar el mantenimiento de la democracia y, sobre todo, de su principio fundamental, el de la elección meditada. Sin que se menosprecien otras funciones del derecho, el análisis de Fiss se centra exclusivamente en la conexión entre la libertad de expresión y la democracia, entroncando así con lo que para él era, al menos hasta finales de los años sesenta, la tendencia dominante en la doctrina de su país: «el propósito de la libertad de expresión no es la autorrealización individual sino más bien la preservación de la democracia y del derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decidir qué tipo de vida quiere vivir. La autonomía es protegida, no por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva. Permitimos a las personas que hablen para que otras puedan votar. La expresión de opiniones permite a las personas votar inteligente y libremente, conociendo todas las opciones y poseyendo toda la información relevante» (LEES, 23).

Rechazando implícitamente el uso de la problemática categoría de la opinión pública, Fiss hará uso de un concepto clave, resultado de la interacción entre el derecho fundamental de la Primera Enmienda y el principio democrático, que aquella trata de preservar: el debate público, que ha de ser, según la clásica fórmula del juez Brennan (14) «desinhibido, vigoroso y completamente abierto», y que constituye, en definitiva, el objetivo principal de la citada norma constitucional.

Sucede sin embargo, como el propio autor llega en algún momento a reconocer, que el alcance concreto de ese debate público no resulta fácil de determinar, si bien de sus consideraciones parece deducirse que dicho debate (por cierto, no desarrollado únicamente en los medios, sino también en la educación

(13) Sería interesante completar el punto de vista de Fiss con otras perspectivas de la democracia, no alternativas a la idea del debate público sino complementarias del mismo. Piénsese, *v. gr.*, en la llamada democracia radical, de la que sería posible un amplio desarrollo gracias a las nuevas tecnologías de la información (Internet, sobre todo).

(14) *New York Times versus Sullivan*: 376 US 270 (1964).

o en el arte) ha de tener, al menos, estas tres características: 1.^a) debe versar sobre determinados temas (*LEES*, 38, 172), al menos los que son «del interés inmediato de la nación» (*ILE*, 64); 2.^a) tales temas no han de ser de exclusivo contenido político (*LEES*, 185); 3.^a) su nota fundamental ha de ser el respeto al pluralismo político y social (que se obtiene «si *todas* las posiciones sobre el problema están siendo presentadas *de una manera completa* y justa, de forma tal que las personas puedan hacer una elección sensata»: *LEES*, 82; los subrayados son nuestros), lo que en otros momentos se denomina principio de neutralidad del Estado (*ILE*, 59-60), que parece contener una presunción favorable a las opiniones heterodoxas, por ser éstas las que más dificultades encuentran para presentarse ante el público (*ILE*, 55-57, 63).

3.^a) *Una constatación empírica* (15). La propiedad privada (inevitable, en todo caso) de los llamados medios de comunicación social (cuya función pública es oportunamente resaltada, *LEES*, 29) no garantiza que el debate público pretendido se vaya a producir; antes al contrario, puesto que «la oportunidad para la comunicación es limitada» (*LEES*, 26) y que no todos disponen de los medios para llegar al público, en la realidad nos encontraremos con «un debate que tendrá la impronta de aquellas fuerzas que dominan la estructura social. [...] El mercado —aun el que opera de un modo suave y eficiente— no asegura que todas las opiniones relevantes serán oídas, sino sólo aquellas que son defendidas por los ricos, por quienes pueden pedir préstamos de otros o por quienes pueden confeccionar un producto que atraerá suficientes anunciantes o suscriptores para mantener la empresa» (*LEES*, 27). Además, el mercado tenderá «a restringir y limitar las materias que son aireadas públicamente» (*LEES*, 30), con lo que evidentemente se «debilitará la capacidad del público para una elección meditada» (*LEES*, 171).

Los grandes medios de comunicación, los que dominan la audiencia, operan así en un doble sentido: en primer lugar, privilegian determinadas voces (restricción de los titulares de la libertad de expresión), lógicamente las procedentes de los accionistas (o de quienes están en condiciones de serlo) de la empresa informativa, pero también las elegidas por los propietarios de las agen-

(15) Observamos aquí la utilidad del diálogo con las investigaciones realizadas por la Sociología empírica, imprescindible *ciencia auxiliar* del Derecho constitucional. En Estados Unidos la Sociología empírica de los medios está muy desarrollada. Entre las obras más recientes, posteriores ya a las obras de Fiss, pueden consultarse: J. FALLOWS: *Breaking the News. How the Media Undermine American Democracy* (Random House, Nueva York, 1997); B. I. PAGE: *Who Deliberates? Mass Media in Modern Democracy* (The University Chicago Press, Chicago, 1997); K. DAUTRICH y T. H. HARTLEY: *How The News Media Fail American Voters* (Columbia University Press, Nueva York, 1999).

cias publicitarias, primera (si no única) fuente de financiación de los medios (*LEES*, 53, 182); en segundo lugar, privilegian determinados contenidos (restricción de la información ofrecida al público), favoreciendo los que redunden en la rentabilidad o la eficiencia (*ILE*, 75-76), lo que normalmente tiene «poco que ver con las necesidades democráticas del electorado» (*LEES*, 54, 181, 184).

De esta forma, se constata algo que contradice los más clásicos presupuestos liberales: el principal enemigo de la libertad expresión no resulta ser aquí tanto el poder público como el poder privado (*LEES*, 30); las implicaciones que para la teoría de los derechos fundamentales se deducen de ello son, por supuesto, de alcance esencial (16).

4.^a) *Una consecuencia de orden jurídico-constitucional.* Si la libertad de expresión tiene por principal misión garantizar un debate público «desinhibido, vigoroso y completamente abierto» y si a ese debate no puede llegar la sociedad autónomamente, por encontrarse presa de las fuerzas económicamente dominantes, que siguen la lógica del beneficio y no los imperativos de la democracia, se sigue una consecuencia obvia: la Primera Enmienda exige al Estado («la más pública de nuestras instituciones», la única con poder «para resistir las presiones del mercado», *LEES*, 61) intervenir sobre los medios de comunicación más poderosos, con el único fin de corregir las disfunciones del sistema económico y social y lograr la consecución del pretendido debate público, esencial al menos para la práctica de una «elección meditada». De esta forma, el Estado se presenta con una nueva faceta, «activista» (*LEES*, 48), muy distinta a la tradicional, como un garante de la libertad de expresión mediante acciones positivas permanentes y sistemáticas (*LEES*, 30-33), de forma tal que, según la tesis defendida, «la libertad de expresión opera más como una justificación que como un límite a la acción del Estado» (*LEES*, 36). Siendo esto así, los tribunales deberían obligar al Estado, si fuera necesario, «a continuar y emprender programas que enriquezcan el debate» (*LEES*, 42), corrigiendo las distorsiones del mercado mediante la introducción en la agenda de «los temas que son sistemáticamente ignorados y subestimados», permitiéndonos «oir las voces y opiniones que de otra manera serían silenciadas o apagadas» (*LEES*, 54). A partir de aquí, el problema consiste en traducir en mandatos concretos de actuación, jurídicamente controlables, los mencionados objetivos de la actividad estatal.

(16) Se pone así en cuestión uno de los elementos centrales de la Dogmática norteamericana de los derechos: su oposición de principio a la admisión de la *Drittwirkung*. En castellano, J. M. BILBAO UBILLOS: *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

3. A la vista de las cuatro tesis citadas, el diagnóstico de Fiss resulta ser el siguiente: la práctica judicial, así como importantes sectores de la izquierda (por ejemplo, el movimiento *Critical Legal Studies*, todavía apegado a su utópica creencia en la autoregulación de la sociedad: *LEES*, 56-61) y de la mayoría de la doctrina (17) continúan en el fondo, pese a su proclamada fe en la democracia, anclados en la concepción liberal clásica, lo que incapacita a todos ellos para comprender y poner freno a la denunciada inexistencia de un debate público acorde con las exigencias de nuestro tiempo. Es decir, parece que, a juicio de las corrientes criticadas, viviéramos aún en la época de Jefferson, en una sociedad compuesta por individuos iguales, con las mismas posibilidades de participar en el debate y de exponer ante los demás sus puntos de vista (*LEES*, 27).

Los ataques se dirigen sobre todo, como no podía ser de otra forma en el ámbito del *Common Law*, contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que se acusa sin ambages de inclinación paulatina, conforme al signo de los tiempos (*ILE*, 106-107), hacia la derecha y de favorecer excesivamente al capital y a la propiedad privada (*LEES*, 115), desde una explicación sociológica sumamente agresiva (*LEES*, 159-161; *ILE*, 107: en 1992 ocho de los nueve jueces de la Corte habían sido nombrados por Presidentes pertenecientes al partido republicano). A juicio de nuestro autor, ya desde comienzos de los setenta la Corte, partiendo de una concepción cada vez más «libertaria» y menos democrática de la libertad de expresión (*ILE*, 105), renunció claramente a los importantes logros del Tribunal Warren (18), lo que ha supuesto un evidente retroceso de la protección otorgada por la Primera Enmienda, al menos en los términos pretendidos por Fiss: «Las decisiones sobre la libertad de expresión de los años setenta [...] parecieron empobrecer más que enriquecer el debate público y, por lo tanto, pusieron en peligro una de las precondiciones esenciales para una democracia efectiva. Y parecieron hacerlo de una manera bastante sistemática» (*LEES*, 20).

Desde luego, la crítica, lejos de resultar genérica o de quedarse en la ambigüedad, somete a un minucioso análisis las más significativas decisiones del alto tribunal, con lo que se demuestra no sólo la evolución de éste hacia un conservadurismo creciente, sino también su incapacidad para comprender la transformación de la sociedad y sus consiguientes implicaciones para la inter-

(17) La tesis mayoritaria se identifica con la obra de H. KALVEN: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*. Harper&Row, Nueva York, 1988, frecuente objeto de las críticas de Fiss. Parece, en definitiva, que la concepción dominante falla, no tanto por su punto de partida (la democracia) como por la desatención a los condicionantes sociales y económicos.

(18) Su punto culminante se encuentra en la Sentencia *Red Lion Broadcasting Company versus FCC*, de 1969 (395 US 367), en diversas ocasiones elogiada por Fiss.

pretación constitucional. La doctrina dominante en la jurisprudencia es denominada «la Tradición», a la que dedica este párrafo que no nos resistimos a transcribir en su integridad: «La Tradición recibida presupone un mundo que ya no existe y que ya no podemos resucitar: un mundo donde el principal foro político es la esquina de la calle. La Tradición ignora las múltiples maneras cómo el Estado participa en la construcción de todo lo social y cómo la estructura social sesgará, si se la deja librada a sí misma, el debate público. También hace que las elecciones a las que nos enfrentamos parezcan demasiado fáciles. La Tradición recibida no tiene en cuenta el hecho de que para servir al propósito último de la Primera Enmienda, a veces nos puede parecer necesario restringir la libertad de expresión de algunos elementos de nuestra sociedad con el objeto de realzar la voz relativa de otros y que, a menos que la Corte permita y a veces incluso exija que el Estado así lo haga, nosotros como pueblo nunca seremos verdaderamente libres» (*LEES*, 43). Entrando en el análisis concreto, Fiss criticará, entre otras cosas, el corto alcance de los «vestigios de una actitud cordial hacia el Estado» que cabe encontrar en la jurisprudencia (*LEES*, 32-34), su perspectiva básica de temor hacia el Estado (*LEES*, 40-43), el desmantelamiento progresivo del modelo del «orador de la esquina de la calle» (*LEES*, 94-115) primero y de la *Fairness Doctrine* (*ILE*, 83-104) después, la errática construcción del principio de neutralidad del contenido (*ILE*, 32-35) o la doctrina contenida en la Sentencia sobre los documentos del Pentágono (*LEES*, 153-159).

4. Para un constitucionalista español que partiera de la aceptación genérica de la concepción de Fiss de la libertad de expresión, las enseñanzas de mayor interés que cabría extraer de las obras comentadas habrían de centrarse seguramente en dos aspectos puntuales: la metodología utilizada y las concretas implicaciones jurídico-constitucionales de la aludida concepción, con los problemas específicos que su articulación práctica plantea.

Especialmente en su trabajo «El efecto silenciador de la libertad de expresión» (*ILE*, 15-41), nuestro autor intentará dotar de implicaciones metodológicas a su teoría de la Primera Enmienda y su consiguiente crítica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A nuestro entender, aquí el profesor de Yale da muestras de gran intuición para atisbar los problemas, pero se queda a medio camino, al no precisar con rigor conceptual las categorías alternativas. Así, tras resaltar las insuficiencias del método tradicional de la ponderación de valores (pues dicho método no aclara bien cuál de ellos prevalece en cada caso), parece optar por una metodología diferente, basada antes en la determinación del contenido del derecho que en el análisis de las intervenciones sobre éste, pero sin explicar a partir de qué criterios y con qué métodos debería realizarse esa

determinación. Tampoco se aclara, además, si el método tradicional debe desaparecer del todo o si debe coexistir con el nuevo (esta última solución parece desprenderse de lo afirmado en *LEES*, 115 y en *ILE*, 39, 80).

Parte de los problemas apuntados provienen de la *parcialidad* de la perspectiva adoptada: únicamente la funcionalidad democrática de la libertad de expresión, olvidándose otras funciones del derecho, y ello hasta el punto de que el propio modelo de razonamiento iusfundamental, al menos tal y como hasta ahora ha sido concebido (19), prácticamente desaparece. Consideramos, sin embargo, que no es difícil trasladar el planteamiento de Fiss a nuevas categorías, partiendo, en la línea insistentemente sugerida por este autor, de la necesidad de diferenciar entre las distintas hipótesis de ejercicio de la libertad de expresión (*ILE*, 38-39). A nuestro entender, este derecho fundamental, como casi todos, sirve a diversas funciones (20) (desde luego, también al interés individual de su titular), resultando conveniente diferenciar entre las distintas hipótesis de su ejercicio (21). Así por ejemplo, cuando son los medios de comunicación social (prensa, radio y televisión, también sujetos activos de la libertad de expresión: *LEES*, 24-25) quienes se expresan destaca («predomina su carácter objetivo», diría nuestro Tribunal Constitucional) la funcionalidad del derecho al servicio de la democracia (si bien no puede eliminarse del todo su faceta «libertaria»: el típico derecho *subjetivo* no puede nunca desaparecer del todo), lo que debe traducirse en una diferente determinación (a menos) del contenido del derecho subjetivo, de forma tal que los principios democrático (debate público) y del Estado social (prácticamente desconocido en la Dogmática norteamericana pero certeramente reconocido por Fiss de modo implícito en su alusión a la igualdad efectiva en el ejercicio de la libertad: *ILE*, 40-41) operan como *límites impropios o inmanentes* del derecho fundamental (22).

(19) Hemos intentado sintetizar dicho modelo en «Derechos fundamentales e intervención administrativa», *La Ley*, núm. 4803. 1999, págs. 1 y sigs.

(20) Posición prácticamente unánime en la doctrina europea. Vid., por ejemplo, E. SCHMIDT-JORTZIG: «Meinungs- und Informationsfreiheit», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, t. VI: *Freiheitsrechte*, 1989, págs. 636 y sigs.

(21) Esta necesidad de diferenciación llega a su punto álgido en la doctrina alemana, donde llega a construirse un derecho fundamental autónomo, la libertad de radio y televisión. En castellano, M. SALVADOR MARTÍNEZ: *La libertad de la televisión. El modelo alemán*, Cedecs, Barcelona, 1998, págs. 114 y sigs.

(22) Reiteramos así una tesis ya apuntada en otra ocasión (*La objeción...*, cit., pág. 201): los principios esenciales del Estado, dada su posición central en la estructura de la Constitución, no operan como límites (externos) de los derechos fundamentales, sino como normas interpretativas básicas para la determinación de su contenido.

Además, no sólo el contenido de la libertad de expresión ejercida por los medios resulta disminuido; más adelante, en el análisis de las intervenciones (justificadas, por ejemplo, en la propia libertad de expresión de las minorías o, mejor aún, en el derecho del público a estar informado) (23) sobre dicho contenido se podrá admitir una mayor flexibilidad en el juicio de proporcionalidad.

En todo caso, consideramos que el blanco principal de los ataques de Fiss no es tanto el método tradicional de la ponderación como el Estado abstencionista, la dejación de su deber de protección de los derechos fundamentales. En definitiva, su objetivo no es tanto destruir la metodología normalmente utilizada por los tribunales como demostrar, frente a la concepción mayoritaria, que el poder público está *constitucionalmente* obligado a realizar acciones positivas en favor de la libertad de expresión.

Pero veamos con más detalle cuál es el planteamiento de Fiss sobre la actividad del Estado. Antes que nada, nuestro autor es bien consciente de la necesidad de concretar dicha intervención: «A menos que [...] comencemos a *explicar precisamente* qué queremos decir cuando hablamos de un debate que es desinhibido, vigoroso y completamente abierto y a *valorar diversas intervenciones y estrategias* a la luz de su contribución a ese fin, nunca estableceremos la precondition efectiva de una verdadera democracia» (*LEES*, 39; los subrayados son nuestros). De lo que en definitiva se trata ahora es de precisar más tanto los elementos de un debate público de las características señaladas como los medios con los que puede contar el poder público para conseguir ese objetivo.

Antes ya hemos criticado que en la obra de Fiss se introducen escasas precisiones sobre el alcance del debate público pretendido; veamos ahora cómo el autor articula las formas de intervención estatal, cuestión objeto de un mayor desarrollo, si bien no todo lo que cabría esperar.

Desde luego, los riesgos que de la intervención estatal podrían derivarse no son desconocidos para nuestro autor: el Estado (que es en Norteamérica, como aquí, un Estado de partidos) puede mejorar el debate público, pero también puede empeorarlo primando por ejemplo los puntos de vista gubernamentales (*LEES*, 34-37). Para ello, dos soluciones se imponen como antídoto a este problema, nunca evitable del todo: en primer lugar, el obvio control judicial (sujeto a su vez a la crítica social, *LEES*, 82-83) de las decisiones de la Administra-

(23) Nótese que tomamos aquí el derecho a recibir información como un límite a la libertad de expresión del medio, no como un derecho fundamental en sí. Entre nosotros, la potencialidad del art. 20.1.d) CE está todavía por explorar; invirtiendo la concepción tradicional (de derecho de defensa a derecho de prestación) la concepción democrática de la libertad de expresión encontraría sin duda una más sólida fundamentación.

ción (*LEES*, 37-39) e incluso del legislador (*LEES*, 86), a cuyas importantes limitaciones no podemos ahora referirnos (24); en segundo lugar, el recurso a organismos administrativos independientes, con el modelo de la FCC a la cabeza (*LEES*, 195-196; *ILE*, 38), o a otras fórmulas organizativas de las entidades con competencias de control sobre los medios (*LEES*, 58-59).

Las formas de intervención estatal (justificadoras de una «relativización de los derechos de propiedad», *LEES*, 198) que Fiss propone para «enriquecer el debate público», dispersas en diversos pasajes de las obras comentadas (sobre todo, *LEES*, 55-56, 187-189; *ILE*, 78) pueden ser sistematizadas en cuatro categorías. Salvo la última de ellas, se encuentran meramente enumeradas, y ello pese a la insistencia del autor en que «el ámbito preciso de estas reglas tiene que ser cuidadosamente trazado». Así, nos encontramos con medidas de naturaleza y aplicación muy distinta, tales como:

1.º) Intervención administrativa directa mediante la creación y sostenimiento de medios públicos de comunicación.

2.º) Medidas relativas a las empresas que intervienen en el sector, favoreciendo a las minorías en la concesión de las licencias y, sobre todo, impidiendo la concentración de los medios. El criterio a tener en cuenta deberá ser el de la audiencia considerada en su conjunto (*ILE*, 74), no el de la mera participación accionarial.

3.º) Obligaciones relativas a los contenidos difundidos por los medios, consistentes tanto en los programas de necesaria emisión como en el tratamiento (fundado en el principio de neutralidad) otorgado a los temas abordados.

4.º) Subsidios en favor de los medios que favorezcan la expresión de las opiniones minoritarias o que no tienen cabida en las programaciones de los medios que controlan la audiencia.

Interesa detenerse brevemente en la exposición que nuestro autor realiza (*LEES*, 74-89; *ILE*, 51-64) sobre la última forma de intervención estatal indicada, la única, como decíamos, que es objeto de un minucioso tratamiento. Fiss, partiendo del conocido caso de la negación de subvención pública a una exhibición de fotografías de Mapplethorpe (25), se centra en el problema de las ayudas al arte, pero su razonamiento es aplicable a toda subvención a las formas de expresión en

(24) Seguramente aquí radique una de las mayores dificultades para un jurista del continente europeo: admitir un mayor papel de los tribunales, imprescindible sin embargo para tomarse realmente en serio la fuerza normativa de la Constitución.

(25) Curiosamente, casi diez años después, el mismo caso reaparece entre nosotros, con la separación en sala aparte (y la polémica subsiguiente) de las fotografías consideradas obscenas, dentro de la exposición retrospectiva que sobre la obra de Mapplethorpe se exhibía a fines de 1999 en el Centro Cultural de la Diputación de Valencia.

general e incluso a otros derechos fundamentales (*ILE*, 69). En su análisis del problema se ponen de manifiesto con mayor claridad las consecuencias de su concepción de la libertad de expresión como *libertad funcional*, establecida no en favor de un individuo particular sino, una vez más, para garantizar el tan traído y llevado debate público: «La esencia del ilícito constitucional no es el tratamiento injusto del orador, sino ocultar ideas e información al público» (*LEES*, 80).

Sin embargo, nuevamente las categorías dogmáticas no se ofrecen con la claridad deseable. Así, del planteamiento inicial del autor parece deducirse la existencia de un derecho (no un «regalo», *ILE*, 67-69) de prestación, derivado de la Primera Enmienda, del que serían sujetos sobre todo las minorías, aquellas voces que de otra forma no tendrían acceso a las grandes audiencias. De esta forma, el contenido del derecho iría bastante más allá de la mera prohibición de discriminaciones en la concesión de las ayudas, dando lugar a un derecho a la subvención misma: puesto que «una decisión del Estado de no actuar [...] podría ser en sí misma una forma de acción prohibida por la Primera Enmienda», los tribunales estarían legitimados para ordenar el aumento de los gastos con el fin de proteger los valores constitucionales. El Estado social se toma desde luego en serio: «La amplia discrecionalidad permitida a la legislatura para tomar decisiones presupuestarias no puede ser usada para interferir con la consecución de los objetivos constitucionales o, más concretamente, con los intentos judiciales de promover esos objetivos, revisando los programas establecidos por la legislatura y la manera cómo han sido administrados por el ejecutivo» (*LEES*, 86).

Ahora bien, con esta casi revolucionaria construcción, plenamente coherente con los presupuestos de los que se parte, son muchos los problemas prácticos que se plantean; el propio Fiss parece ser consciente de ellos al matizar más adelante su posición, con lo que al final quedará en la penumbra la existencia del derecho de prestación antes aludido: «el establecimiento de un programa de subvenciones puede no ser obligatorio», si bien continuará reconociéndose que «puede estar constitucionalmente *favorecido*» (*ILE*, 68, subrayado en el original). Lamentablemente, con esta ambigüedad la tesis central (la defensa de un Estado activo en defensa de la concepción democrática de la libertad de expresión) del profesor de Yale pierde gran parte de su fuerza, pues no se indica el método a seguir para distinguir entre lo constitucionalmente obligatorio (según las diversas técnicas de control: derechos de prestación judicialmente accionables, mandatos dirigidos al legislador, etc.) y lo constitucionalmente permitido (26). En definitiva, seguimos sin saber cómo determi-

(26) El problema, desde luego, no tiene fácil solución. No en vano es seguramente el reto más importante que la teoría de los derechos fundamentales se plantea en la actualidad. Una pri-

nar qué acciones estatales (obligaciones de acceso o de neutralidad, subsidios, etc.) resultan exigidas por la Constitución y, lo que es más grave, carecemos de un método fiable para llegar a dicha determinación.

5. Concluimos resaltando las enseñanzas que de los dos libros comentados cabe extraer para la teoría y la práctica del Derecho constitucional en nuestro país. Ante todo, destaca un estilo peculiar, una forma de argumentar poco común entre nosotros y que no estaría de más imitar en parte. Entre las notas más relevantes del aludido estilo nos parece de interés recordar:

1.º) La sólida apoyatura teórica y empírica de su razonamiento, fundado como ya sabemos en una buena teoría constitucional (que incluye una concepción determinada de la Constitución y de la democracia) y, sobre todo, en un riguroso análisis de las circunstancias sociales y económicas en las que aquélla se inserta.

2.º) El conocimiento de los peligros inherentes a las tesis que se defienden, adelantándose a las posibles críticas a las mismas (por ejemplo, *LEES*, 34-37).

3.º) La atención a los problemas concretos planteados en su país (27), tomando partido, con pretensiones de influencia, en los debates abiertos en la opinión pública y mostrando sin ambages su opción en favor de determinadas posiciones, que muchas veces sitúan al autor dentro de específicas coordenadas políticas. A nuestro juicio, Fiss es un perfecto ejemplo de que el compromiso político (inherente al auténtico intelectual) no está reñido con el rigor científico ni con la objetividad de los planteamientos.

4.º) El optimismo básico como actitud vital, importante para todo constitucionalista que se precie: «Creo en la razón y en los métodos deliberados y paulatinos del Derecho», proclamará enfáticamente (*LEES*, 39).

5.º) La ya señalada actitud crítica con la jurisprudencia, desvelando los auténticos motivos de sus decisiones y los intereses que ocultan y alejándose de toda exégesis o veneración incondicionada hacia su doctrina.

En otro orden de cosas, las obras comentadas, pese a sus lagunas e imprecisiones, aportan a nuestra doctrina de la libertad de expresión una dosis de fresca y novedad que no conviene menospreciar. En primer lugar, ofrecen

mera aproximación al estado de la cuestión puede verse en el imprescindible tratado de K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/1: *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Beck, Munich, 1988, págs. 477 y sigs.

(27) ¿Se imagina el lector a nuestros constitucionalistas haciendo alusión en sus artículos doctrinales a, v. gr., el programa de televisión «Crónicas marcianas» o a unas declaraciones públicas del presidente del Gobierno?

sugereentes argumentos en favor de la necesaria concepción democrática de la libertad de expresión (complementaria, si se quiere, de la «libertaria»), la cual, todavía hoy, permanece en España prácticamente inexplorada (28). En segundo lugar, contienen interesantes referencias a las aplicaciones concretas de la referida concepción, que no estaría de más introducir en nuestro ordenamiento jurídico (29), en la línea (esta vez sí) defendida por un sector cada vez más numeroso de nuestra doctrina (30). Por último, aluden a muchos otros problemas adicionales de la libertad de expresión, de escaso tratamiento entre nosotros (la conveniencia de introducir o no distinciones entre el régimen de la prensa y el de la televisión, el paternalismo subyacente a la imposición de determinados programas que *debería* ver el elector, etc.). En el estudio de este derecho fundamental, como en tantas otras cosas, la ciencia norteamericana del Derecho constitucional nos lleva años de ventaja y sus fructíferas discusiones resultan de un valor incalculable; las obras del profesor Fiss son una importante muestra de todo ello.

(28) La conexión entre libertad de expresión y democracia es normalmente enunciada entre nosotros, pero sin un desarrollo relevante para la interpretación del derecho fundamental. Unos primeros apuntes, sin embargo, en los muy interesantes trabajos de J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: «Televisión y democracia» (en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995, págs. 141 y sigs.), y de M. A. APARICIO: «Libertad de expresión y soporte informativo» (en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan-José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, t. I, págs. 476 y sigs.). Para una perspectiva desde la Filosofía del Derecho, M. SAAVEDRA LÓPEZ: *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.

(29) El Derecho norteamericano conoce desde hace décadas un ordenamiento de los medios de comunicación (cuyo punto culminante se encuentra en la ya citada Sentencia Red Lion), ahora en crisis según denuncia insistentemente Fiss, compuesto por instituciones aquí apenas iniciadas: organismos administrativos independientes, eficaces normas anticoncentración, obligaciones de acceso y de neutralidad, etc. Para una reciente visión de conjunto, más actualizada y sistemática, puede acudirse a J. D. ZELEDNY: *Communications Law* (Wadsworth, Belmont, 2.ª ed., 1997), o bien a K. MIDDELTON y otros: *The Law of Public Communication* (Longman, Nueva York, 4.ª ed., 1997).

(30) Por nuestra parte, hemos pretendido avanzar en esta dirección en tres trabajos recientes, a los que remitimos para la consulta de nuevas referencias bibliográficas: «¿Quién debe controlar la televisión» (en *Régimen de las telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid, 1998), «La libertad de programación y sus límites» (en *Telecomunicaciones por cable*, La Ley, Madrid, 2000) y «Libertad de expresión, pluralismo y derecho a la competencia en España» (en *Cuadernos Iberoamericanos de Derecho de la Información y de la Comunicación*, núm. 1, 2000).