

Owen Fiss

El autor es *Sterling Professor* en la Facultad de derecho de la Universidad de Yale y ha publicado numerosos y reconocidos trabajos de derecho constitucional y de derecho procesal.

La libertad de expresión es uno de los derechos más preciados en una democracia. Y aunque su definición y su contenido hayan sido discutidos, ha recibido el apoyo de todo el espectro político.

La libertad de expresión ha servido también para poner de manifiesto las tensiones que subyacen en el seno mismo del liberalismo. Si tradicionalmente se había considerado al Estado como un enemigo de la libertad de expresión que amenaza la autonomía expresiva de los ciudadanos, en este libro se aborda la posibilidad de analizar al Estado como un amigo de esa libertad. El Estado debería crear las condiciones que posibilitan un debate "desinhibido, vigoroso y completamente abierto" que contribuya al autogobierno colectivo.



PORTADA: DAS BLAU DISEÑO, S. C. (1995)

ISBN 968-476-286-



9 789684 762862

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
SISTEMA DE BIBLIOTECAS



F11921

Fac. Cs. Jurídicas y Sociales

Libertad de Expresión y Estructura Social

F11921

59

Libertad de Expresión y Estructura Social

Owen Fiss



BIBLIOTECA de ÉTICA, FILOSOFÍA del DERECHO y POLÍTICA

59

LIBERTAD Y FEMINISMO

Thurgood Marshall* nos ha enseñado dos lecciones. Según la primera, la igualdad debe ser tomada siempre en serio, y la segunda demuestra cómo puede usarse el derecho para satisfacer esa exigencia. La revolución en el derecho que inspiró de esa manera comenzó con el racismo, pero al poco tiempo alcanzó a otros grupos desventajados, incluyendo las mujeres. Basándose en los éxitos de Marshall y de otras victorias duramente ganadas por el movimiento de los derechos civiles, las feministas han venido exigiendo una igualdad verdadera y sustantiva para las mujeres, recurriendo al derecho para alcanzar sus objetivos.

A veces, como con el aborto o el control de la natalidad, el derecho ha sido utilizado para combatir el derecho: la Constitución federal ha sido usada para anular las leyes estatales que criminalizan el aborto o impiden la información acerca de, y el acceso adecuado a, el control de la natalidad. El derecho aparecía, para decirlo de alguna manera, a ambos lados de la cuestión, aunque la ley superior fue identificada con la causa de la liberación, gracias a decisiones como *Griswold v. Connecticut*¹ y *Roe v. Wade*.² En otras instancias, sin embargo, especialmente cuando el derecho ha sido usado no para invalidar leyes, sino para erradicar prácticas sociales profundamente arraigadas, el papel de la ley superior no ha sido tan glorioso: la Constitución federal ha sido utilizada como un instrumento de resistencia.

* El autor fue relator del juez Thurgood Marshall en 1964-65, cuando éste integraba la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos. El autor reconoce su gratitud a la ayuda de Jennifer K. Brown y Daniel Hildebrand en la preparación de este capítulo.

¹ 381 U. S. 479 (1965).

² 410 U. S. 113 (1973).

Este extraño cambio en el papel de la Constitución en la lucha en favor de la igualdad tiene una tenue contrapartida en el área de los derechos civiles. Algunos rechazaron *Brown v. Board of Education*³ en el nombre del federalismo y de la libertad de asociación, y buscaron reforzar sus argumentos invocando la Constitución federal. Pero en su mayor parte, esta estrategia de resistencia no fue exitosa. En el contexto feminista, sin embargo, la situación es diferente. Las leyes que prohíben la discriminación sexual en el lugar de trabajo y las que establecen el permiso por maternidad han resistido el desafío constitucional, en no poca medida gracias a Marshall,⁴ pero las medidas para combatir la pornografía han sido constitucionalmente mutiladas. Un caso respecto de este punto es la ordenanza antipornografía de Indianápolis, Indiana, dictada en 1984 y derogada en su integridad al año siguiente por un Tribunal de apelaciones federal.⁵

Las campañas para reprimir la pornografía han sido comunes en la historia de los Estados Unidos y múltiples las razones que a ellas subyacen. Lo que distingue a la campaña feminista es que se basa en el igualitarismo que inspira el movimiento feminista en su conjunto. Es cierto que no todas las feministas apoyan la campaña contra la pornografía,⁶ pero muchas de las que sí lo hacen justifican su acción en términos de igualdad. Su preocupación no se centra en lo ofensivo de las imágenes sexualmente explícitas, sino en el uso de esas imágenes para erotizar la subordinación de la mujer. La medida de Indianápolis fue un intento de reprimir una industria de cuyo producto se puede decir que crea y perpetúa las desigualdades entre los sexos, no sólo en el dormitorio, sino también en el lugar de trabajo y en la universidad, y más generalmente, en toda la sociedad. Como Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon, dos de las líderes de la campaña antipornografía, han insistido en numerosas

³ 347 U. S. 483 (1954).

⁴ California Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Guerra, 479 U. S. 272 (1987) (Marshall, J.)

⁵ American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 771 F.2d 323 (7^o Cir. 1985); confirmado *per curiam*, 475 U. S. 1001 (1986).

⁶ Véase, por ejemplo, Alice Echols, "The Taming of the Id: Feminist Sexual Politics, 1968-83", *Pleasure and Danger* (Carole S. Vance ed., 1984) (*Pleasure and Danger* es una colección de conferencias presentadas en 1982 en las jornadas "Towards a Politics of Sexuality" celebradas en el Bernard College de Nueva York); Ellen Willis, "Feminism, Moralism and Pornography", *Powers of Desire: The Politics of Sexuality* (Ann Snitow y Carole Vance eds., 1983). Véase también Nan D. Hunter & Sylvia A. Law, "Brief Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce et al., American Booksellers Association v. Hudnut", 21 U. Mich. J. L. Ref. 69 (1987).

ocasiones, la ordenanza de Indianápolis debería ser considerada como una ley de derechos civiles.⁷

Al declarar inconstitucional esa medida, el juez Frank Easterbrook, autor del dictamen del Tribunal de apelaciones, se basó en la disposición de la Primera Enmienda que protege la libertad de expresión: por más noble que fuera su propósito, la ordenanza limita la libertad de expresión garantizada por la Constitución. Algunos han respondido a Easterbrook señalando el daño que causa la pornografía e insistiendo que la política del Estado que permite la perpetuación de este daño es contraria a la Décimocuarta Enmienda y su promesa de igualdad. Sin embargo, esta respuesta no parece ser totalmente satisfactoria. Aun concediendo que existe ese daño,⁸ una respuesta semejante nos enfrenta al conocido conflicto entre libertad e igualdad, sin saber exactamente a cuál ha de darse prioridad. Thurgood Marshall y otros que le consideraron como una guía han insistido en la centralidad de la igualdad para el orden constitucional, pero nunca hasta el nivel de excluir la libertad o de hacer de la libertad de expresión⁹ un valor secundario. Efectivamente, algunas de las

⁷ Véase Andrea Dworkin & Catharine A. MacKinnon, *Pornography & Civil Rights: A New Day for Women's Equality* 15-16, 24-30 (1988); Catharine A. MacKinnon, "Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights and Speech", *Feminism Unmodified* 163, 172 (1987). Pero véase Steven G. Grey, "The Apologetics of Suppression: The Regulation of Pornography as Act and Idea", 86 Mich. L. Rev. 1564, 1609-12 (1988) (quien caracteriza a la campaña de MacKinnon como esencialmente moralista). Para la historia que rodea la aprobación de una ordenanza similar en Minneapolis, véase Paul Brest & Ann Vandenberg, "Politics, Feminism and the Constitution", 39 Stan. L. Rev. 607 (1987).

⁸ Para una discusión acerca de si la pornografía causa de hecho un daño a las mujeres, y una valoración de algunas cuestiones constitucionales surgidas con respecto a la legislación antipornografía, véase Frederick Schauer, "Causation Theory and the Causes of Sexual Violence", 1987 Am. B. Found. Res. J. 737; Cass R. Sunstein, "Pornography and the First Amendment", 1986 Duke L. J. 589; Cass R. Sunstein, "Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion and Surrogacy)", 92 Colum. L. Rev. 1, 18-29 (1992).

⁹ Véase, por ejemplo, Kleindienst v. Mandel, 408 U. S. 753, 774 (1972) (Marshall J., voto en disidencia) (argumentando que la negación de una visa temporal a un científico marxista viola la Primera Enmienda); Stanley v. Georgia, 394 U. S. 557 (1969) (invalidando una ley que prohibía la posesión de material obsceno); Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, 391 U. S. 308 (1968) (confirmando el derecho a poner piquetes de huelga en el estacionamiento de un centro comercial). Véase también su decisión como juez de circuito, Keyishian v. Board of Regents, 345 F.2d 236 (2d Cir. 1965) (el juramento de lealtad exigido a los profesores de la universidad del Estado presentaba una cuestión constitucional federal sustancial); confirmado, 385 U. S. 589 (1967), y su acción extraordinaria como Procurador General cuando reconoció un error en una acusación por

más memorables decisiones de Marshall, incluyendo una acerca de la obscenidad, celebran la libertad de expresión. Como la mayoría de los liberales, Thurgood Marshall desea tanto la libertad como la igualdad, y reconoce que estos valores se alimentan recíprocamente. Lo que se necesita en este punto, por lo tanto, no es simplemente la afirmación de la igualdad como un contravalor, sino una segunda aproximación a la libertad. ¿Constituye, de hecho, la ordenanza de Indianápolis una violación de la libertad de expresión?

Al acercarnos a esta cuestión es importante evitar la perspectiva del juez Easterbrook que trata la ordenanza como un simple conjunto unificado. La ordenanza distingue cuidadosamente entre cuatro delitos, y las diferencias entre ellos han de ser respetadas. Una cláusula prohíbe coaccionar a las personas para que actúen en la producción de pornografía; una segunda prohíbe obligar a las personas a ver pornografía; una tercera se dirige contra las agresiones físicas inflingidas por alguien movido o provocado por una obra pornográfica; y una cuarta prohíbe el comercio de pornografía.¹⁰ Estos cuatro delitos comparten la misma estructura para asegurar el cumplimiento de la ley: no hay sanciones penales, sino

obscenidad, *Redmond v. United States*, 384 U. S. 264 (1966) (urgiendo a la Corte a desestimar la acusación de los cargos por obscenidad ya que la acusación violaba la política del Departamento de Justicia).

¹⁰ La sección 16-15 torna ilegal aquellas prácticas discriminatorias enunciadas en el párrafo 16-3 (g), entre ellos los siguientes delitos vinculados con la pornografía:

(4) El tráfico de pornografía: La producción, venta, exhibición o distribución de pornografía...

(5) La coacción para actuar en una obra pornográfica: coaccionar, intimidar o inducir fraudulentamente a cualquier persona, incluyendo un hombre [o] transexual, a actuar para una obra pornográfica, donde el daño puede surgir de cualquier aparición o venta de cualquier producto[s] de una tal actuación...

(6) La imposición de obras pornográficas a una persona: imponer una obra pornográfica a cualquier mujer, hombre, niño o transexual en cualquier lugar de trabajo, en la educación, en el hogar o en cualquier lugar público.

(7) La agresión o la violencia física debidas a la pornografía: la agresión, la violencia física o el daño de cualquier mujer, hombre, niño o transexual de una manera que esté causada directamente por determinada obra pornográfica.

Indianápolis y Marion County, Ind. City-County General Ordinance N°35, párrafo 1, 16-3 (4 de junio, 1984) [en lo que sigue: la ordenanza de Indianápolis]. La sección 16-26 (d) permite al Órgano consultor para la igualdad de oportunidades dictar mandatos de cese de actividades contra cualquier persona que se haya comprobado que realiza prácticas discriminatorias ilegales y adjudicar una indemnización de daños y perjuicios a las víctimas de prácticas discriminatorias que violan el Código. El texto completo de la ordenanza puede ser encontrado en Dworkin & MacKinnon, *supra*, nota 7, p. 106.

mandatos de cese de actividad e indemnización por daños, expedidos por un organismo administrativo y sujeto a una completa revisión judicial. La ordenanza estipula una fuerte separación entre los delitos,¹¹ es decir, reconoce que los distintos delitos presentan diferentes cuestiones atinentes a la Primera Enmienda, algunas más difíciles que otras.

Las cláusulas menos problemáticas de la ordenanza son aquellas que protegen contra la coacción para actuar en la producción de pornografía y para ver pornografía. Se basan en la suposición de que muchas personas son forzadas a participar en la producción de pornografía,¹² y que, algunas personas, a veces, son forzadas a ver pornografía en situaciones que van desde el lugar de trabajo a la intimidad del hogar.

Para evaluar estas cláusulas, comienzo con la idea de que la Primera Enmienda es un instrumento de autogobierno democrático.¹³ Establece una protección amplia y rigurosa para quienes hablan, escriben o se comunican con el público de otra manera; una protección no sólo para las palabras que escogen, sino también para los medios de producir y distribuir sus opiniones. La reglamentación por parte del Estado de los medios de producir y distribuir la expresión de opiniones son comunes, pero la Primera Enmienda requiere que esas reglamentaciones no empobrezcan el debate público. Imagine, por ejemplo, una ley que racione estrictamente el uso de papel para producir panfletos políticos,¹⁴ o una dirigida a prevenir la basura en las calles y que por ello prohíba todo reparto de octavillas en las vías públicas.¹⁵ Tales medidas serían institucionales.

No hay, sin embargo, ningún peligro comparable con las cláusulas de la ordenanza de Indianápolis respecto de la "actuación coaccionada" o la "contemplación forzada". Al igual que en los ejemplos ya mencionados, de hecho regulan los medios de producir y distribuir la expresión de

¹¹ Ordenanza de Indianápolis, *supra* nota 10, párrafo 8.

¹² Central a esta disposición es la historia de la vida de Linda Marchiano que bajo el nombre artístico de Linda Lovelace actuó en la famosa película pornográfica *Garganta Profunda*. Linda Lovelace & Michael McGrady, *Ordeal* (1980). Véase también Catharine A. MacKinnon, "Linda's Life and Andrea's Work", *Feminism Unmodified* 127, 127-33 (1987).

¹³ Véase Owen Fiss, *¿Por qué el Estado? y Libertad de expresión y estructura social*; ambos en este volumen.

¹⁴ Cf. *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233 (1936).

¹⁵ Véase *Schneider v. State*, 308 U. S. 147, 162 (1939) (donde se sostenía que la ordenanza municipal que prohibía la distribución de material impreso con el objeto de mantener limpias las calles violaba la Primera Enmienda). Para un desarrollo más reciente, véase Owen Fiss, *Silencio en la esquina de la calle*, en este volumen.

opiniones, pero el ejercicio del poder estatal en ambas instancias está limitado estrictamente por las nociones de "coacción" o "fuerza". Estas cláusulas requieren que la pornografía sea producida sin trabajo forzado y distribuida a destinatarios voluntarios. Dado el funcionamiento de los mandatos de cese de actividad y como un resultado del efecto disuasorio de las reglas de responsabilidad, las expresiones de opiniones que violan estas restricciones se apartarán del ámbito público. Pero esto no es una pérdida que deba ser lamentada, no más de lo que lamentamos la pérdida de expresiones atribuible a las normas contra el plagio o contra la violación de los derechos de autor. Las cláusulas contra la "contemplación forzada" y contra la "actuación coaccionada" buscan proteger tanto la libertad de los actores como la de la audiencia, y, por lo tanto, tiende más bien a promover que a destruir los valores de la Primera Enmienda.

Por supuesto, "coacción" y "fuerza" son términos susceptibles de una gran expansión y manipulación. Pero aparecen en el derecho, tanto en las reglas del *common law* como en las disposiciones legislativas, y no hay razón para creer que carecen especialmente de integridad cuando se usan en este contexto. Como siempre es el caso, necesitan limitaciones y especificaciones adicionales,¹⁶ pero el juez Easterbrook nunca dio a los

¹⁶ La ordenanza hizo un gesto en esta dirección estableciendo que, en el contexto de "actuaciones coaccionadas":

(A) La prueba de los siguientes hechos o condiciones no constituirá una defensa:

- I. Que la persona es una mujer; o
- II. Que la persona es o ha sido una prostituta; o
- III. Que la persona ha alcanzado la mayoría de edad; o
- IV. Que la persona está relacionada por lazos de sangre o matrimonio con cualquiera de los involucrados o vinculados en la elaboración de la obra pornográfica; o
- V. Que la persona ha tenido previamente, o se haya creído que tenía, relaciones sexuales con cualquiera, incluyendo a cualquiera de los involucrados o vinculados en la elaboración de la obra pornográfica; o
- VI. Que la persona ha posado previamente para fotografías sexualmente explícitas con o para cualquiera, incluyendo cualquiera de los involucrados o vinculados en la elaboración de materiales pornográficos; o
- VII. Que cualquier otro, incluyendo al esposo u otro familiar, haya dado un permiso en su nombre; o
- VIII. Que la persona había efectivamente consentido un uso de su actuación que luego fuera convertida en pornografía; o
- IX. Que la persona conocía que el propósito de los actos o hechos en cuestión era hacer pornografía; o
- X. Que la persona no opuso resistencia o pareció cooperar activamente en las sesiones fotográficas o en los hechos sexuales para la producción de la pornografía; o

tribunales la oportunidad para desarrollar las reglas limitadoras necesarias. Sin más, declaró inválida a la ordenanza. No basó este fallo anticipatorio en la expansividad de la noción de "coacción" o de "fuerza", sino que aparentemente criticó la parcialidad de la reglamentación: la pornografía puede no ser la única forma de literatura o de arte donde hay una "actuación coaccionada" o "contemplación forzada", pero el órgano legislativo se centró únicamente en ella.¹⁷

Por supuesto, el órgano legislativo podría haber prohibido las "actuaciones coaccionadas" en la producción de todo material sexualmente explícito, o hasta de toda forma de arte o de literatura, o podría haber prohibido la "contemplación forzada" de cualquier tipo de película o de arte. Pero, tenía amplias razones para creer que esos daños son lo suficientemente frecuentes en la producción y distribución de la pornografía del tipo prohibido como para justificar un tratamiento separado e inmediato. No hay nada arbitrario en este tratamiento parcial, y funciona en beneficio de la Primera Enmienda. La legislatura no necesita reprimir a todas las expresiones de opiniones para afrontar los daños producidos por cierto tipo de ellas. Por supuesto, como una consecuencia de la selectividad legislativa, las películas sexualmente explícitas estarían sometidas a reglas que no se enfrentarían a otros tipos de películas que posiblemente involucran "actuaciones coaccionadas", como por ejemplo, aquellas películas que contienen torturas o violencia en un contexto no sexual. Pero este tipo de diferenciación no es comparable con la acción estatal de poner en desventaja a un candidato o una posición política en relación con otros, lo cual es una forma de parcialidad que es injusta e interfiere impropriamente en la soberanía popular. En el ámbito electoral, se supone que el Estado no puede alegar ninguna justificación para la parcialidad de su reglamentación que no sea la de favorecer a cierto candidato. En el caso de la ordenanza de Indianápolis, el Estado está tratando de proteger contra la coacción, reduciendo al máximo su intrusión.

Consideraciones similares se aplican, aunque quizás con menos fuerza, a la cláusula de la ordenanza respecto de que la pornografía causa

XI. Que la persona firmó un contrato, o realizó declaraciones afirmando la voluntad de cooperar en la producción de pornografía, o

XII. Que no se usó fuerza física, amenazas o armas en la producción de la pornografía; o

XIII. Que la persona recibió pagos o fue compensada de otra manera.

Ordenanza de Indianápolis, *supra* nota 10, *parágrafo* 1, *parágrafo* 16-3 (g) (5).

¹⁷ *American Booksellers Ass'n v. Hudnut*, 771 F.2d 323, 332-333 (7^o Cir. 1985), confirmado *per curiam*, 475 U.S. 1001 (1986).

agresiones o violencias físicas. Este aspecto de la ordenanza constituye una respuesta a situaciones en las cuales un delito sexual poco frecuente, por ejemplo, una violación efectuada por una pandilla sobre la mesa de billar en un bar, sigue estrechamente a un acto descrito y erotizado por una particular obra pornográfica. Como todos los otros delitos especificados en la ordenanza, éste es formulado como una prohibición ejecutable tanto por mandatos de cese de actividad como por indemnización por daños y perjuicios. Pero esta cláusula, debido a que está condicionada a la prueba de que hubo efectivamente una agresión causada directamente por una obra pornográfica, debería ser entendida en el sentido de que establece un sistema de responsabilidad, crea una responsabilidad para productores y distribuidores de pornografía por las violencias físicas que pudieran ser provocadas por una de sus obras. Después de establecida la responsabilidad, podría librarse un mandato de cese de actividades, aunque la indemnización por daños y perjuicios y la perspectiva de otras reclamaciones desalentarían cualquier circulación adicional y volverían innecesario el mandato de cese de actividades o sólo le conferiría una importancia marginal.

A primera vista, parecería que esta cláusula de la ordenanza sería compatible con la Primera Enmienda sobre la base de que trata las obras que causan agresiones sexuales como si fueran inducciones o incitación a la violencia. La Primera Enmienda no prohíbe que el Estado castigue tanto al alborotador como a la persona que incitó al alboroto. Sin embargo, hay un problema, ya que nunca podemos estar seguros de qué tipo de declaraciones puede constituir una inducción. Tememos que si responsabilizamos a alguien por la expresión de opiniones que se prueba que constituye una inducción, podemos desalentar la expresión de opiniones que no constituyen una incitación y que no deberían ser desalentadas. El peligro de este efecto intimidatorio—disuadir lo que no debería ser disuadido—es manifiesto cuando se amenaza con sanciones penales, pero también está presente cuando hay un riesgo de que se imponga una indemnización por daños y perjuicios. Efectivamente, en el ámbito del libelo admitimos que permitir que una persona cobre una indemnización por una injuria a la reputación por declaraciones falsas puede atemorizar o desalentar a la prensa respecto de reportajes o comentarios completamente apropiados e importantes.¹⁸ De un modo similar, hay razón para

¹⁸ Véase *New York Times v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 279 (1964) (los críticos del gobierno serían disuadidos por una norma que permitiría juicios por libelo contra cualquier declaración falsa).

temer que permitir que una víctima de una violación o de una violencia física cobre una indemnización del editor de una revista o del productor de una película que condujo a una agresión sexual pudiera atemorizar o desalentar peligrosamente todo tipo de publicaciones o de películas, muchos de los cuales son esenciales para un debate libre y abierto sobre cuestiones de importancia pública.

El riesgo de esta intimidación es innegable. Con todo, en otras ramas del derecho, incluyendo la del libelo, aprendimos a hacerle frente, reconociendo que es el precio que hay que pagar para conciliar valores en conflicto. Aquí, parece apropiada una actitud similar. La respuesta de la Corte a la posible intimidación de las leyes del libelo no fue transformar la Primera Enmienda en una prohibición general de esas leyes, sino que actuó de una manera más circunspecta. Prohibió leyes penales contra el libelo respecto de funcionarios públicos¹⁹ y creó limitaciones específicas para los juicios de reclamación de daños y perjuicios; por ejemplo, exigiendo la prueba de que el orador sabía o tenía razones para saber que lo que estaba diciendo era falso.²⁰ En un sentido similar, el sistema de responsabilidad establecido por la ordenanza de Indianápolis busca minimizar el riesgo de un efecto intimidatorio. No hay una responsabilidad penal, sino sólo un derecho a demandar por daños y perjuicios; a la persona que demanda cobrar una indemnización se le exige que pruebe que: (1) hubo una relación causal "directa" entre la agresión y la pornografía; (2) la agresión estaba vinculada a alguna obra pornográfica "específica"; y (3) el demandado sabía o tenía razones para saber que la obra cala dentro de la definición legal de pornografía.²¹

Naturalmente, el Consejo municipal de Indianápolis podría haber hecho algo más para minimizar el efecto intimidatorio. Por ejemplo, el criterio ordinario de prueba en los juicios civiles podría incrementarse para exigir una demostración clara y convincente del vínculo causal directo entre la agresión y la pornografía. O se podría requerir la prueba de que el demandado intentó o trató que una tal agresión ocurriera, o que era temerariamente indiferente a que ello ocurriera. Tal como fue dictada, la ordenanza exige que el demandado en un juicio por daños y perjuicios haya sabido que la obra satisfacía la definición legal de pornografía, pero no requiere una vinculación entre la intención o los deseos del demandado y la agresión sexual. La analogía de la inducción o la incitación pa-

¹⁹ *Ibid.*, en 273.

²⁰ *Ibid.*, en 279-80.

²¹ Ordenanza de Indianápolis, *supra* nota 10, pár. 1, 16-3 (g) (7), (8).

recería sugerir una tal vinculación, pero eso puede ser el reflejo de los principios rectores del derecho penal en vez de los requisitos de la Primera Enmienda.

El juicio acerca de si estas garantías adicionales son necesarias depende de una matizada valoración de los riesgos de un efecto intimidatorio frente a la necesidad de impedir la agresión sexual. Como sucedió con las reglas que imponen límites en el ámbito del uso de términos tales como "coacción" y "fuerza", algunas de estas garantías podrían haber sido desarrolladas caso por caso, en el curso de la aplicación de la ordenanza. Pero una vez más, Easterbrook era demasiado impaciente para eso: invalidando la ordenanza antes de que jamás fuera aplicada, negó a los tribunales la oportunidad utilizada tan eficazmente en el contexto del libelo para tratar de conciliar valores en conflicto estableciendo garantías adicionales. Criticó el sistema de responsabilidad dentro de la propia ordenanza, denunciando que la definición de pornografía sobre la cual se basaba permitía actuar sólo frente a aquellas obras que exponían un cierto punto de vista con respecto a las mujeres, es decir, específicamente el de que las mujeres son objetos sexuales destinados al uso de los hombres.²² La pornografía se definía en la ordenanza como la "subordinación sexualmente explícita de la mujer",²³ y el sistema de responsabilidad se limitaba, por lo tanto, a lo que incorpora o expresa una tal concepción de las mujeres. Easterbrook lo consideró como una instancia prohibida de la discriminación de puntos de vista.²⁴

Como cualquier ley, la ordenanza de Indianápolis encarna un punto de vista. Promueve la idea de que las mujeres no deberían ser subordinadas y no deberían ser sometidas a violencias físicas. También somete las películas y las producciones que encarnan o expresan un punto de vista opuesto a un sistema de responsabilidad por las agresiones sexuales que pudieran resultar de la expresión de esos puntos de vista. Como sucede con las cláusulas sobre la "actuación coaccionada" o "la contemplación forzada", cierto tipo de literatura o de arte —aquella que es sexualmente explícita y subordina a las mujeres— queda expuesto a riesgos que otros tipos no afrontan. Por ejemplo, no existe un sistema de responsabilidad para obras que causen daños físicos a, o que de otra manera promuevan la subordinación de, otros grupos (e. g., negros o judíos),

²² American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 771 F.2d 323, 325 (7^o Cir. 1985); confirmado *per curiam*, 475 U.S. 1001 (1986).

²³ Véase *infra*, nota 28 (la definición legal de pornografía).

²⁴ American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 771 F.2d en 325.

independientemente de si estos trabajos son sexualmente explícitos. Tampoco hay un sistema de responsabilidad para agresiones sexuales a mujeres que, de algún modo, pudieran provocar obras sexualmente explícitas que celebran el poder de las mujeres o que ven a las mujeres en términos de igualdad.

Sin embargo, estas limitaciones impuestas al sistema de responsabilidad no me parecen fatales. Los legisladores pueden muy bien haber decidido que la probabilidad de violencias físicas producidas por películas o revistas es muchísimo mayor para las mujeres que para otros grupos desventajados. Otros grupos pueden estar expuestos a lo que actualmente se llama de un modo eufemístico "expresiones de odio", pero no lo están al mismo nivel que impone la industria pornográfica.²⁵ Además, respecto de las obras sexualmente explícitas que presentan a las mujeres en términos de igualdad, la legislatura podía ciertamente pensar que el riesgo de violencia física producida por esas obras es tan insignificante o trivial que no justifica su regulación.

Estos son el tipo de juicios que los legisladores hacen todo el tiempo, y es difícil ver por qué la Primera Enmienda ha de negarles la oportunidad de hacerlo aquí. El Consejo municipal de Indianápolis podría haber creado un sistema de responsabilidad para todas las agresiones físicas causadas directamente por una película o revista; en ese caso, la analogía con la ley que establece la responsabilidad por libelo o por incitación a la violencia sería mayor. Pero la Primera Enmienda no sería satisfecha si se exigiera un tal sistema de reglamentación total, porque el riesgo de un efecto intimidatorio aumentaría considerablemente. En ese sentido, la parcialidad de la reglamentación promueve a los valores de la Primera Enmienda en lugar de interferir con ellos. La parcialidad de la reglamentación puede distorsionar el debate público al aumentar los riesgos asociados a la producción de una determinada forma de arte. Pero poniendo en desventaja una —aunque sólo una— forma de arte que conduce a la victimización violenta impone una distorsión muy escasa sobre el proceso democrático y, al mismo tiempo, se limita específicamente a proteger a las mujeres de graves daños.

En otra rama del derecho vinculado con la Primera Enmienda que concierne a la reglamentación de los foros públicos, la Suprema Corte ha

²⁵ Véase, e. g., Dworkin & MacKinnon, *supra* nota 7, p. 15-16, 24-30 (el sexismo es más penetrante que otras formas de discriminación porque la pornografía, a través de la historia, ha definido consistentemente a las mujeres en papeles desiguales); MacKinnon, *supra* nota 7, p. 163-97 (idem); *Pornography: Research Advances & Policy Considerations* (Dolf Zillman & Jennings Bryant eds., 1989).

desarrollado un conjunto de sentencias que condena la discriminación de puntos de vista y del que podría pensarse que apoya la posición de *Easterbrook*.²⁶ La situación que se imagina es una esquina de la calle con dos oradores que hablan —uno en favor de la guerra, el otro en contra— y las sentencias en cuestión niegan al Estado el poder de discriminar o elegir entre estos oradores, de arrestar a uno de ellos, pero no al otro. Se puede perfectamente entender el poder del principio contra la discriminación de puntos de vista en el contexto supuesto, pero, en verdad, ese principio tiene sólo una aplicabilidad limitada al sistema de responsabilidad establecido por el Consejo municipal de Indianápolis.

Para empezar, habría que señalar que la norma contra la discriminación de puntos de vista, como cualquier regla antidiscriminatoria, no prohíbe todas las distinciones, sino sólo las injustificadas. El Estado no puede elegir entre dos oradores en una esquina de la calle sobre la base de que preferiría que se discuta una de las opiniones y no la otra. Eso constituiría una distorsión inaceptable del debate público. Sin embargo, puede arrestar a uno de los oradores sobre la base de que está incitando al desorden. De un modo similar, mientras el sistema de responsabilidad establecido por la ordenanza de Indianápolis distingue entre dos puntos de vista que pueden ser promocionados por obras sexualmente explícitas —las mujeres como iguales versus las mujeres como subordinadas—, la diferencia de tratamiento puede justificarse sobre la base de que un tipo de obra provocará agresiones físicas con mayor probabilidad que la otra. Existen amplias pruebas que indican que esto fue el razonamiento que condujo a los miembros del Consejo municipal a limitar el sistema de responsabilidad del modo cómo lo hicieron,²⁷ pero sus intenciones no son

²⁶ Véase, e. g., *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U. S. 92, 95-96 (1972) (invalidando una ordenanza de Chicago que prohibía todos los piquetes de huelga cerca de los colegios excepto los de trabajadores organizados, sobre la base de que el Consejo municipal no tenía un interés apremiante en favorecer los piquetes de huelga).

²⁷ El Consejo municipal de Indianápolis encontró que:

La pornografía es una práctica discriminatoria basada en el sexo que niega a las mujeres la igualdad de oportunidades en la sociedad. La pornografía es básica para crear y mantener el sexo como un fundamento para la discriminación. La pornografía es una práctica sistemática de explotación y subordinación basada en el sexo que daña a las mujeres de un modo distintivo. La intolerancia y el desprecio que promueve, con los actos de agresión que fomenta, dañan las oportunidades de las mujeres para la igualdad de derechos en el empleo, la educación, el acceso a y el uso de los servicios públicos y la adquisición de propiedades reales; promueven la violación, la agresión física, el abuso de niños, el secuestro y la prostitución e inhiben la legítima ejecución de las leyes contra tales actos; y contribuyen significativamente a restringir

decisivas. Al juzgar la acción del policía que arresta al orador, lo que resulta crucial no es la motivación real para escoger entre los oradores, sino si existe una base objetiva independiente para esa elección. En nuestro caso, la indagación idónea es si hay una base para distinguir entre estos oradores debido a que uno, pero no el otro, probablemente conduzca a violencias sexuales, un daño que el Estado legítimamente puede querer impedir.

Los casos del foro público no sólo permiten al Estado elegir entre oradores, siempre que la distinción no se base en un juicio acerca de los méritos de la idea que se expresa, sino que también dejan constancia de una regla general de la Primera Enmienda que permite reglamentaciones estatales que tienen el efecto de detener o desalentar la expresión de opiniones. Como indican estos casos, la Primera Enmienda no actúa como una coraza impenetrable alrededor del orador, aun cuando hable en un foro público, sino que obliga al Estado a asumir la carga de ofrecer una justificación especialmente urgente o poderosa —apremiante— para cualquier reglamentación que tenga un efecto silenciador. Importunar a los peatones no constituye una justificación suficiente, pero sí impedir un tumulto. El sistema de responsabilidad de Indianápolis tendrá un efecto silenciador, pero Indianápolis seguramente tiene un interés apremiante en disuadir a los agresores sexuales y en compensar a las víctimas. Indianápolis podría haberse contentado haciendo responsable sólo a quienes participan en la agresión física, pero hay considerables ventajas —supuestamente, apremiantes— para retroceder más en la secuencia causal. Y lo que es más importante, proceder de ese modo hace menos probable que las agresiones ocurran; opera como un doble control y vuelve más realista la perspectiva del cobro de una indemnización.

Con ello, nos queda por considerar la cláusula sobre el tráfico de pornografía de la ordenanza de Indianápolis, que he dejado para el final porque presenta el reto más grande para la libertad de expresión. A diferencia de la cláusula de la “agresión física”, no tiene por objeto las consecuencias del material publicado, y a diferencia de las cláusulas de la “actuación coaccionada” y de la “contemplación forzada”, no se limita a los medios de producción o distribución que son coactivos, sino que trata de impedir toda producción y distribución de esos materiales. En ese sentido, el delito consiste en la producción y distribución del ma-

especialmente a las mujeres en el ejercicio completo de la ciudadanía y en la participación en la vida pública, incluyendo en el vecindario.

Ordenanza de Indianápolis, *supra* nota 10, pdr. 1, pdr. 16-1 (a) (2).

terial mismo, no en las consecuencias que pudiera producir, ni en la coacción usada en su producción o distribución; por esa razón la tensión con la Primera Enmienda es más aguda.

Esta tensión se reconoce en la propia ordenanza. Esta define a la pornografía en términos generales como "la subordinación gráfica, sexualmente explícita de la mujer", y luego identifica seis categorías diferentes de materiales.²⁸ Los delitos de "violencia física", "actuación coaccionada" o "contemplación forzada" podrían involucrar materiales de cualquiera de las seis categorías, incluyendo la última que parece dirigirse a la así llamada pornografía blanda: "Las mujeres son presentadas como objetos sexuales para la dominación, la conquista, la violación, la explotación, la posesión o el uso, o a través de posturas y de posiciones de servilismo, de sumisión o de exhibición."²⁹ La última categoría de publicaciones parece lo suficientemente amplia como para incluir las conocidas revistas *Playboy* o *Penthouse*, pero está más allá del alcance del delito de tráfico de pornografía. Esa cláusula se aplica sólo a las formas de pornografía más violentas y brutales, que son descritas por las otras cinco categorías. La categoría (2), por ejemplo, consiste en materiales que presentan a las mujeres como "objetos sexuales que experimentan placer sexual al ser violadas".³⁰ La categoría (3) consiste

²⁸ La definición completa establece:

Pornografía significará la subordinación gráfica y sexualmente explícita de mujeres, por imágenes o palabras, que también incluya una o más de las características siguientes:

(1) Las mujeres son presentadas como objetos sexuales que disfrutan con el dolor o la humillación; o

(2) Las mujeres son presentadas como objetos sexuales que experimentan placer sexual al ser violadas; o

(3) Las mujeres son presentadas como objetos sexuales, atadas, cortadas, mutiladas, magulladas o físicamente lesionadas, o como desmembradas, truncadas, fragmentadas o separadas en las partes del cuerpo; o

(4) Las mujeres son presentadas siendo penetradas por objetos o animales; o

(5) Las mujeres son presentadas en contextos de degradación, injuria, abuso, tortura, son mostradas como sucias o inferiores, sangrantes, magulladas o lesionadas en un contexto que convierte estas condiciones en sexuales; y

(6) Las mujeres son presentadas como objetos sexuales para la dominación, conquista, violación, explotación, posesión o uso, o a través de posturas o posiciones de servilismo o sumisión o exhibición.

Ordenanza de Indianápolis, *supra* nota 10, pár. 1, pár. 16-3 (a).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

en materiales que presentan a las mujeres "como objetos sexuales atados, cortados o mutilados".³¹

Esta limitación del delito de tráfico de pornografía —excluyendo de su alcance a la pornografía blanda— reduce su posible eficacia. Las feministas no atacan la pornografía porque conmueve o es indecente, sino porque funciona para perpetuar la subordinación de la mujer. La premisa que subyace a tales reglamentaciones es que la pornografía lleva a los hombres a formar una poderosa asociación, entre la excitación sexual y la subordinación femenina, y así crea y mantiene barreras a la igualdad de la mujer que tienen sus raíces en la identidad sexual masculina.³² Surge la cuestión —al menos en mi opinión— de si la campaña feminista contra la pornografía se basa en una exageración del papel de los materiales artísticos o literarios como un factor decisivo en el proceso de socialización de los hombres y en la formación de su identidad sexual, y estas dudas aumentan cuando la objeción llega a ser limitada a las categorías más extremas de pornografía. Mi impresión es que las revistas o películas brutales del tipo cubierto por el delito de tráfico de pornografía juega un papel insignificante en nuestra cultura y en la socialización de la mayoría de los hombres o en la formación de sus personalidades.³³ Esto no significa que la prohibición del tráfico de pornografía esté injustificada, sino sólo que la justificación es más atenuada de lo que pudiera parecer a primera vista, y que a menudo es reforzada concibiéndola como el primer paso de un largo proceso evolutivo (si comienzas con lo peor, caerá también lo menos malo).

Mientras la reducción del blanco del delito de tráfico de pornografía disminuye su posible contribución al logro de la igualdad, también disminuye la fuerza de la objeción basada en la Primera Enmienda. Considerada en sus términos adecuados, la pregunta de la que se trata es si la Primera Enmienda protege la producción y distribución de materiales sexualmente explícitos que presentan a las mujeres como objetos sexuales que, por ejemplo, disfrutan de placer sexual cuando están siendo violadas. Este tipo de material difícilmente parece central al debate democrático, y de hecho parece estar incluido dentro de la categoría más

³¹ *Ibid.*

³² Véase MacKinnon, *supra* nota 7, en p. 172 ("Lo que hace la pornografía va más allá de su contenido: erotiza la jerarquía, sexualiza la desigualdad... Institucionaliza la sexualidad de la supremacía masculina..."); véase también Andrea Dworkin, *Pornography: Men Possessing Women* 241 (1981) (el principal tema de la pornografía es el poder masculino sobre las mujeres).

³³ Véase, en general, Gey, *supra* nota 7, p. 1606-07.

amplia de materiales —“obscenidad”— que la Suprema Corte suele permitir que sea suprimida, incluso con amenazas de persecución penal.

El juez Easterbrook señala que la definición de pornografía en la ordenanza no satisface los criterios que la Suprema Corte estableció en *Miller v. California*³⁴ para marcar los límites exteriores de la censura de la obscenidad. De acuerdo con ese caso, el material debía (1) apelar a intereses lúbricos en el sexo, (2) representar una actividad sexual de un modo manifiestamente ofensivo y (3) carecer de un valor social, estético o político serio.³⁵ El juez Easterbrook tiene razón al señalar que la ordenanza de Indianápolis no usa la fórmula de *Miller* para definir el material prohibido. Pero, a diferencia de Easterbrook, no creo que esta omisión justifique la invalidación de la cláusula de tráfico de pornografía de una manera tan definitiva como lo hizo.

Primero, la definición constitucional de obscenidad de *Miller* ha sido usada por la Suprema Corte sobre una base de caso por caso para determinar si podría avalar una acusación penal o una prohibición civil particular. No hay ninguna exigencia de que una ley estatal o una ordenanza local misma contenga explícitamente la definición de *Miller*. En efecto, la mayoría de las leyes estatales y de las disposiciones municipales sobre la obscenidad que se han presentado ante la Corte no contenía ninguna definición de obscenidad, y la Corte no respondió a estas omisiones invalidando esas leyes y disposiciones. Aun en los casos en los que decidió en favor de la expresión de opinión, protegió el material, pero dejó vigente la ley. Por ejemplo, la Suprema Corte dejó sin efecto el intento de Massachusetts de censurar el libro *Fanny Hill* sobre la base de que el material carecía de uno de los elementos requeridos por la definición constitucional de obscenidad, pero la Corte no invalidó la ley estatal.³⁶ Un método similar se podría haber aplicado a la ordenanza de Indianápolis: el tribunal podría haber esperado a ver si el material prohibido satisfacía efectivamente la definición constitucional de obscenidad. Es difícil imaginar materiales que, cayendo dentro del delito de tráfico de pornografía, no sean manifiestamente ofensivos o no apelen a un interés lúbrico en el sexo. Aunque la ordenanza no se autolimitara, un juez podría haber esperado, como lo hizo la Corte con *Fanny Hill*, a ver si la obra específica en cuestión tenía un valor político o estético serio.

³⁴ 413 U. S. 15 (1973).

³⁵ *Ibid.*, en p. 24.

³⁶ *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Massachusetts*, 383 U. S. 413 (1966).

No habla, además, necesidad de suponer que la definición actual de obscenidad de la Suprema Corte —el así llamado *test Miller*— es el único *test* posible para identificar un material sexualmente explícito que es censurable. Actualmente, el *test Miller* tiene un prestigio reconocido, pero en verdad es una creación relativamente reciente. La definición de obscenidad de la Corte fue sugerida por primera vez en una sentencia de 1957,³⁷ se desarrolló en la década de 1960,³⁸ y luego recibió otra reformulación en *Miller* en 1973.³⁹ La definición de *Miller* no es sino un comentario sobre la Primera Enmienda, que trata de conciliar tres cuestiones diferentes: (1) una valoración de los peligros que para las normas sociales y hasta para el bienestar físico puede suponer la obscenidad; (2) el respeto para la intención original de la Primera Enmienda, sobre la base de que sus autores no pensaban que protegiendo “la libertad de expresión” estaban protegiendo la libre circulación de publicaciones obscenas; y (3) un compromiso para ampliar el gambito del discurso público como una manera de promocionar los valores democráticos. Puede considerarse que la definición de *Miller* representa una conciliación razonable de estos intereses en conflicto, pero no hay ninguna razón para creer que es la única conciliación posible o que debería precluir otros intentos. En efecto, la Suprema Corte misma ha reformulado los límites constitucionales del poder estatal para interferir con la expresión de opiniones cuando trató materiales sexualmente explícitos que representaban, o estaban dirigidos a, niños.⁴⁰ o materiales que son transportados por las líneas aéreas públicas.⁴¹ La ordenanza de Indianápolis invitaba a otra reformulación, para otra causa, quizás más respetable: la igualdad sexual.

³⁷ *Roth v. United States*, 354 U. S. 476, 487-89 (1957).

³⁸ Véase, e. g., *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure"*, 383 U. S. en 413 (sosteniendo que la venta de un libro con algún valor social no está constitucionalmente protegido cuando el vendedor subraya sólo el contenido sexual del libro); *Mishkin v. New York*, 383 U. S. 502 (1966) (que sostiene que el requisito de la apelación lúbrica del *test* de obscenidad prevalente debería ser valorado en atención a los intereses del público apuntado).

³⁹ Sobre la historia de esta rama del derecho constitucional, véase Harry Kalven, Jr., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America* 33-53 (1988) (revisando la evolución de la jurisprudencia sobre la obscenidad).

⁴⁰ Véase *Ginsberg v. New York*, 390 U. S. 629, 636-38 (1968) (sosteniendo que el juicio de si el material dirigido a menores es pornográfico se basa en su apelación a los intereses lúbricos de los jóvenes, no al de los adultos).

⁴¹ *Federal Communications Comm'n v. Pacifica Found.*, 438 U. S. 726, 748-50 (1978) (señalando que los programas de radio y televisión reciben “la protección más limitada de la Primera Enmienda debido a su ubicuidad y accesibilidad para los niños”).

Al criticar las cláusulas sobre el tráfico de pornografía de la ordenanza de Indianápolis, una vez más, el juez Easterbrook se quejó no sólo del hecho de que la definición de pornografía en la ordenanza no es coextensiva con el *test* de *Miller*, sino que también se refiere a un punto de vista específico:⁴² la pornografía no es definida simplemente en términos de ser sexualmente explícita, sino que requiere también la subordinación de la mujer, por ejemplo, la representación de mujeres como objetos sexuales que experimentan placer sexual al ser violadas, cortadas o mutiladas. Una obra que es sexualmente explícita, pero que expresa un rechazo hacia esos horrores no quedaría cubierta. En ese sentido, la cláusula sobre el tráfico de pornografía de la ordenanza de Indianápolis se refiere, por cierto, a un punto de vista específico, pero esto no debería impedir que sea constitucionalmente aplicada a una obra que, de otro modo, satisface el *test Miller*.

Todas las ordenanzas sobre la obscenidad procuran promocionar algún punto de vista particular —por ejemplo, acerca de cuál es la actitud adecuada sobre el comportamiento sexual o qué tipo de actividad sexual debería ser públicamente exhibida— y se les permite que estén vigentes, no obstante la prohibición contra la discriminación de puntos de vista, porque no están basadas en el desacuerdo sobre la idea expresada, sino en el daño a las normas o valores sociales que se ocasionaría por la distribución del material. La mayoría de las leyes tradicionales sobre la obscenidad no se refieren a un punto de vista específico; pero imagine una ordenanza sobre obscenidad dirigida específicamente a películas sexualmente explícitas que erotizan la sodomía y la presentan como una forma altamente agradable de actividad sexual. Presumiblemente, el hecho que se refiera a un punto de vista específico no impediría que esta ordenanza sea constitucionalmente aplicada a una película que, por lo demás, satisface el criterio de *Miller*. La película podría ser prohibida si apela a un interés lúbrico en el sexo, es manifiestamente ofensiva y carece de un valor estético o político serio. De un modo similar, el hecho que la ordenanza de Indianápolis defina los límites del delito en términos de un punto de vista específico —el que es equivocado presentar a las mujeres como objetos sexuales que disfrutan con la violación— no la situaría fuera de los límites que la Suprema Corte ha establecido para la reglamentación de la obscenidad.⁴³

⁴² *American Booksellers Ass'n v. Hudnut*, 771 F.2d 323, 332 (7^o Cir. 1985), confirmado *per curiam*, 475 U.S. 1001 (1986).

⁴³ Véase Schauer, *supra* nota 8, p. 768.

Recientemente, la Suprema Corte advirtió severamente al Estado de que no debe usar el amplio poder que tiene sobre una de las así llamadas categorías no protegidas de expresión de opiniones para favorecer a una de las partes en un debate político.⁴⁴ El caso en cuestión involucraba “palabras provocadoras” (*fighting words*), no obscenidades, pero el juez Scalia, quien escribió el voto mayoritario, usó repetidamente un ejemplo del ámbito de lo obsceno para argumentar su posición. Pensaba que no hay diferencia entre usar una prohibición parcial o selectiva sobre las “palabras provocadoras” para fomentar la causa de la tolerancia y manipular la excepción de “obscenidad” para suprimir críticas al gobierno. Como punto de partida usó la proposición de que sería inconstitucional “dictar una ordenanza que prohíba sólo aquellas obras legalmente obscenas que continen críticas al gobierno municipal o hasta que no incluyen un apoyo a ese gobierno”.⁴⁵

Pudiera parecer que la cláusula sobre el tráfico de pornografía de Indianápolis choca contra el reparo de Scalia dado que esa cláusula se vincula a la causa de la igualdad: son prohibidas sólo aquellas imágenes o palabras que subordinan a las mujeres o que de algún modo promueven su subordinación, y no su elevación o tratamiento igual. Pero el juez Scalia aclaró que no estaba prohibiendo todas las cláusulas selectivas, ni siquiera aquellas que involucran una discriminación por el contenido, sino sólo aquellas en las cuales, como en el ejemplo del caso sobre obscenidad y gobierno municipal que usó, la discriminación por el contenido no tiene ninguna relación con el “contenido específicamente prohibible” de la respectiva expresión de opiniones.⁴⁶ Lo que denunciaba era la discriminación por el contenido invocando razones externas.

La hostilidad del juez Scalia hacia la discriminación por el contenido se basa en el temor de que tienda a “alejar ciertas ideas o puntos de vista del mercado”,⁴⁷ pero no ve este peligro cuando la discriminación por el contenido que define la reglamentación selectiva está vinculada con las mismas razones por las cuales justamente se ha permitido al Estado regular la categoría de la expresión de opiniones.⁴⁸ Por consiguiente,

⁴⁴ *R. A. V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. 2538 (1992).

⁴⁵ *Ibid.*, en 2543.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, en 2545 (citando *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N. Y. State Crime Victims Bd.*, 112 S. Ct. 501, 508 (1991)).

⁴⁸ “Cuando el fundamento para la discriminación del contenido consiste en su totalidad en la misma razón por la que toda la clase de expresión de opiniones en cuestión es prohibible,

reconocía que el gobierno federal podría elegir penalizar sólo aquellas amenazas de violencia que están dirigidas contra el Presidente, dado que, tal como escribió: "[L]as razones por las cuales las amenazas de violencia están fuera de la Primera Enmienda (para proteger a los individuos del miedo a la violencia, de los desequilibrios que engendra el miedo y de la posibilidad de que ocurra la violencia amenazada) tienen una fuerza especial cuando se aplican a la persona del Presidente".⁴⁹ De un modo similar, aunque la prohibición del tráfico de pornografía efectivamente se refiere sólo a ciertas imágenes o materiales sexualmente explícitos, especialmente los que subordinan a las mujeres, la razón para esa selección está íntimamente vinculada con una de las razones por las cuales, en general, la obscenidad puede ser prohibida: para proteger a las mujeres de la violencia y del abuso sexual.⁵⁰

Hasta aquí he sugerido, contrariamente a la opinión de Easterbrook, que la cláusula de tráfico de pornografía de la ordenanza de Indianápolis es consistente con la posición de la Suprema Corte sobre la obscenidad. A lo sumo, se podría decir que algunas aplicaciones de la ordenanza de Indianápolis podrían ser prohibidas, dependiendo, primero, de la naturaleza específica del material y, segundo, de los límites específicos impuestos al Estado por el *test* de *Miller* o por alguna variante de él. Si la posición de la Suprema Corte sigue siendo una buena regla, entonces debería permitirse la vigencia de la cláusula sobre el tráfico de pornografía de la ordenanza de Indianápolis, aunque con los límites que le sean aplicados sobre la base de un análisis caso por caso. Una objeción más profunda contra la cláusula sobre el tráfico de pornografía es formulada

entonces no existe ningún peligro importante de una discriminación de ideas o puntos de vista." *R. A. V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. en 2545.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Las cláusulas sobre actuación coaccionada, contemplación forzada y violencia física son reglamentaciones selectivas que involucran una discriminación del contenido; pero esa discriminación no es externa. En cualquier caso, estas cláusulas caen claramente dentro de varias de las excepciones que Scalia estableció para su regla. Una excepción permite al Estado dar un tratamiento diferente a una subcategoría, definida por el contenido, de las expresiones de opinión prohibibles si esa subcategoría está asociada con los así llamados "efectos secundarios" de la expresión de opiniones; como señaló, "Un Estado podría, por ejemplo, permitir todo acto obsceno ejecutado en vivo y en directo excepto aquellos que involucran a menores". *Ibid.*, en 2546. Una segunda excepción, elaborada con un ojo puesto en las denuncias de acoso sexual según el Título VII, permite al Estado establecer distinciones basadas en el contenido en los casos donde la ley "se dirige no contra la expresión de opiniones sino contra la conducta" y la expresión de opiniones "surge incidentalmente" como una parte del esquema regulatorio. *Ibid.*

por quienes tienen serios recelos acerca de la reglamentación de la obscenidad en general; un grupo que contiene a una buena parte de la comunidad liberal, incluyendo a muchos que apoyan decididamente al movimiento feminista. Dudan de la validez de la cláusula sobre el tráfico de pornografía de la ordenanza de Indianápolis no porque se enfrenta a lo que la Suprema Corte ha dicho que está permitido para regular materiales sexualmente explícitos, sino porque creen que la disposición de la Corte en el sentido de tolerar la reglamentación de la obscenidad constituye una relativización seria del compromiso de proteger la libertad de expresión.

Una ramificación de esta crítica de la reglamentación de la obscenidad me parece poco convincente. Es libertaria en su naturaleza, y desacredita la cláusula sobre el tráfico de pornografía, tanto como cualquier ley sobre la obscenidad, con el argumento de que tales disposiciones legales interfieren con la libertad de los artistas, escritores y editores para hacer llegar sus opiniones e ideas al público. Estos críticos consideran a la Primera Enmienda como una protección de la autonomía individual: la libertad para hablar, para decir lo que se desea. Pienso, sin embargo, que una tal interpretación de la Primera Enmienda resulta poco atractiva como norma jurídica y como principio filosófico, porque no da razón para preferir la autonomía del orador cuando se opone a la autonomía de quienes pueden ser dañados u ofendidos por la expresión de su opinión.⁵¹ Los productores de películas aprecian la libertad para hacer los tipos de películas que quieren, y los escritores y editores insisten igualmente en su libertad. Pero no está claro por qué su libertad debe tener una prioridad sobre la libertad que otras personas tienen para controlar los tipos de obras a las que están expuestas o la clase de medio ambiente en el que viven.

Una segunda crítica a la doctrina sobre la obscenidad de la Suprema Corte —asociada a la obra de Alexander Meiklejohn,⁵² y para mí más convincente— interpreta la Primera Enmienda más como un instrumento de autogobierno colectivo que de autonomía individual. Formula la teoría que subyace a la Primera Enmienda en términos democráticos, es decir,

⁵¹ Véase O. Fiss, *¿Por qué el Estado?*, en este volumen.

⁵² Véase Alexander Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* 27 (1948) (La Primera Enmienda protege la discusión de opiniones diferentes como un principio de autogobierno); Alexander Meiklejohn, "The First Amendment is an Absolute", 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245, 255 (La Primera Enmienda protege los pensamientos y las acciones necesarias para gobernar).

como una manera de garantizar la precondition esencial para la deliberación y elección populares: un debate público vigoroso. Obviamente, la expresión de opiniones que se refieren específicamente a alguna cuestión de la política gubernamental tiene un derecho inmediato y directo a ser protegida bajo esta teoría de la libertad de expresión. Pero el arte y la literatura, aun cuando no hagan mención de asuntos políticos o gubernamentales, también están protegidos. Como insistió Meiklejohn: "Como profesor, creo que las personas necesitan novelas, obras teatrales, pinturas y poemas 'porque serán llamadas a votar' ".⁵³ El arte, todo el arte, aun el sexualmente explícito, puede ser valioso políticamente, y como tal, forma parte, sin duda, de lo que he llamado el debate público, es decir, aquella esfera de la actividad humana que la Primera Enmienda trata de proteger y de aumentar.⁵⁴

La reglamentación tradicional de la obscenidad amenaza restringir y menguar la robustez del debate público, sin ofrecer un contravalor comparable al que subyace a las leyes que prohíben la incitación a la violencia o que hacen punible al libelo y, por lo tanto, debe ser vista con gran suspicacia. La cláusula sobre el tráfico de pornografía de la ordenanza de Indianápolis presenta el mismo peligro para la libertad de expresión, aun cuando tenga un alcance más estrecho que la típica regulación de la obscenidad. La ordenanza busca, entre otras cosas, prohibir las obras de arte o literarias sexualmente explícitas que representan a las mujeres experimentando placer sexual durante la violación. Aunque la violación o la mutilación son horribles y deben ser condenadas de la forma más enérgica, esta ley que regula la expresión de opiniones sobre, o la representación de, la violación no debería ser más aceptable que una ley que prohibiese el tráfico de obras de arte o literarias que ensalzan los placeres o la deseabilidad del adulterio o del sadomasoquismo.

Algunos pueden ver una diferencia entre la violación, por una parte, y el adulterio o el sadomasoquismo, por otra, puesto que la mujer violada es una víctima involuntaria de un ataque criminal, mientras la participación en el adulterio o en prácticas sadomasoquistas presumiblemente es consensuada y, en general, es legal. También es verdad que la violación y el miedo a la violación, a diferencia del adulterio y quizás también del sadomasoquismo, perpetúa la subordinación de un grupo desventajado

⁵³ Meiklejohn, "The First Amendment is an Absolute", *supra* nota 52, p. 263 (citando a Harry Kalven Jr., "Metaphysics of the Law of Obscenity", 1960 *Sup. Ct. Rev.* 1, 16).

⁵⁴ Esta cuestión se trata con mayor amplitud en O. Fiss, *Activismo estatal y censura estatal*, en este volumen.

y, por lo tanto, ofende las aspiraciones igualitarias de la Constitución entendida en sus términos más generales. Todo esto puede ser reconocido; pero no exige un resultado diferente bajo la Primera Enmienda. La democracia requiere que todas las leyes, incluida la garantía constitucional de igualdad, estén siempre abiertas a la reconsideración, revisión y derogación. Rechazo enfáticamente la idea —hecha famosa en nuestro tiempo por Robert Bork—⁵⁵ de que la Primera Enmienda deja desprotegida la defensa de conductas ilegales o incluso inconstitucionales. Para tomar prestada una fórmula de la Suprema Corte: bajo la Primera Enmienda, no existen ideas falsas.⁵⁶

Esta visión de la Primera Enmienda no deja al Estado inerte. El Estado es, por supuesto, libre para proscribir la conducta indeseable defendida y toda incitación a una acción ilegal. Por ejemplo, mientras el Estado no puede prohibir la defensa general del derrocamiento del gobierno por medio de la violencia, es ciertamente libre para establecer como delito el derrocamiento violento del gobierno o, lo que es aún más importante, la incitación de otros a realizar esa conducta.⁵⁷ Una incitación sucede cuando los individuos están siendo animados a realizar una conducta prohibida y el asunto ha ido más allá de la esfera deliberativa. Entonces, no hay más lugar para la expresión de opiniones.

Indianápolis ejerció quizás esta bien asentada prerrogativa estatal cuando estableció la indemnización por daños y perjuicios para una persona agredida como resultado directo de una obra pornográfica determinada. Posiblemente, la cláusula sobre el tráfico de pornografía también puede ser entendida como un medio de reprimir las incitaciones a la violencia. Dado que es apoyada por la indemnización de daños y perjuicios, puede desalentar la expresión de opiniones que incitan a la violencia. Sin embargo, puede ser extremadamente difícil medir los daños, dado que la violencia todavía no ha ocurrido; y como consecuencia de ello, el delito del tráfico de pornografía probablemente sólo será reprimido a través de mandatos de cese de actividades. Aun así, la teoría de la incitación requeriría la prueba, caso por caso, de que la expresión de opiniones ha pasado de la defensa general de una idea a la incitación real de una conducta

⁵⁵ Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 *Ind. L. J.* 1, 29-31 (1971).

⁵⁶ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323, 339 (1974).

⁵⁷ Véase, e. g., *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444, 447 (1969) (las prohibiciones contra la defensa de la fuerza sólo son constitucionales cuando esa defensa se ha transformado en una incitación a realizar una acción ilegal inminente); cf. también, Kalven, *supra* nota 39, pp. 119-236 (señalando el desarrollo de la excepción de la Primera Enmienda para la incitación).

ilegal inminente. En el caso de materiales impresos, éste es un criterio difícil de satisfacer; aunque quizás es menos difícil con las películas.

Además, el Estado puede tener el derecho a prohibir la defensa general de una idea cuando esa defensa tiene el efecto de interferir con los derechos de los otros a expresar opiniones. En ese caso, el Estado prohíbe una opinión sin restringir o empobrecer el debate público, sino que, paradójicamente, lo amplía, porque permite que todas las voces sean oídas.⁵⁸ El Estado actúa no como un censor, sino más bien como un parlamentario, exigiendo que algunos se callen para que otros puedan hablar. Posiblemente, la cláusula sobre el tráfico de pornografía de la ordenanza de Indianápolis podría ser justificada sobre la base de que la pornografía silencia a las mujeres.⁵⁹ Pero, una vez más, para evitar el desencadenamiento de un poder censor general, hay que delinear cuidadosamente dos tipos diferentes de dinámicas silenciadoras.

Una se refiere a una idea. Se deriva exclusivamente del contenido del mensaje. La pornografía, especialmente la del tipo sujeto a la cláusula sobre el tráfico de pornografía, puede ser entendida como una demanda o un alegato de que las mujeres se callan, o que de alguna manera son silenciadas a través de la violencia. Es como si el pornógrafo dijera: "Las mujeres no deberían hablar" o "Las mujeres no deberían ser tomadas en serio". Se puede preguntar si la pornografía, hasta la del tipo brutal cubierto por la cláusula sobre el tráfico de pornografía, puede ser reducida a, o se puede decir que promueve, esta idea. Pero aun cuando la pornografía pueda ser entendida de esa manera, me resisto a usar únicamente la idea como un predicado en favor de una reglamentación estatal. Mi aversión proviene en parte de la duda de que el alegato o la demanda de que las mujeres son silenciadas sea, en sí mismo, efectivo. Decir algo no lo convierte en realidad. Temo también que el reconocimiento de una tal dinámica silenciadora pueda excluir del discurso público toda una cate-

⁵⁸ Véase C. Fiss, *supra* nota 54, (el Estado debe asegurar que todas las opiniones sean oídas).

⁵⁹ Véase, MacKinnon, *supra* nota 7, p. 193 (la pornografía silencia a todas las mujeres al destruir su credibilidad y devaluarlas); Catharine A. MacKinnon, "The Sexual Politics of the First Amendment", en *Feminism Unmodified* 206, 208-209 (1987) (el absolutismo de la Primera Enmienda protege la pornografía, es decir, "la expresión de opiniones de los hombres que silencia a la de las mujeres"). Este ensayo es la respuesta de la Profesora MacKinnon a la opinión del juez Easterbrook. Para una elaboración más amplia de la teoría del silenciamiento, véase Frank I. Michelman, "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation", 56 *Tenn. L. Rev.* 291 (1989). Para una breve respuesta, véase Ronald Dworkin, "Two Concepts of Liberty", en *Isaiah Berlin: A Celebration* 100, 107-109 (Edna & Avishai Margalit eds., 1991).

goría de ideas, esto es, aquella que demanda que diversas personas sean silenciadas o que guarden silencio ("Matad los judíos", "Reinstaurad la esclavitud", "Estableced una dictadura del proletariado"). La vida en este planeta sería sustancialmente mejor sin que circularan estas ideas, pero permitir al Estado que las prohíba le daría el poder para determinar qué ideas deberían entrar al, o formar parte del, debate público; un poder que es inconsistente con el valor encomendado a la Primera Enmienda, es decir, la soberanía popular.

La segunda dinámica silenciadora es sociológica. Rechaza no sólo la idea ("Las mujeres deberían ser silenciadas"), sino las condiciones y circunstancias bajo las cuales esa idea circula y es distribuida. No se queja de Sade, o de que se haya escrito un libro, o producido una película, que erotiza la violación, sino de las dimensiones industriales de la pornografía: del bombardeo constante, en nuestra cultura, de libros, revistas y películas que proponen esta idea. No es ninguna obra de arte o literaria particular la que es la fuente de preocupación, sino más bien el hecho de que las mujeres saben que en cualquier lugar—Indianápolis, Nueva York o Roma— existe un torrente de libros, revistas, películas o videocasetes que las presentan como objetos sexuales que experimentan placer sexual al ser violadas, cortadas o mutiladas. Es esta práctica social, y no algún libro, revista o película particular en tanto tal, lo que provoca miedo en las mujeres y les inculca el hábito del silencio, o que conduce a los hombres a no oír lo que las mujeres dicen o a no tomarlas en serio, al menos en lo que respecta a las condiciones de su existencia social; es esta práctica social la que empobrece el debate público y da sustancia a la ira de Catharine MacKinnon: "Estamos desprovistas de autoridad y reducidas y devaluadas y silenciadas".⁶⁰

Hay muchos factores que silencian a las mujeres. No toda la culpa se debe a la industria pornográfica, y menos aún al tipo especialmente brutal de pornografía cubierto por la prohibición del tráfico de pornografía. Sólo se puede especular acerca de cuánto de este material está en circulación, afectando las conciencias de hombres y mujeres o influyendo de otra manera en nuestra cultura. Pero no hay nada en la Constitución que impida a un órgano legislativo decidir que el silencio de las mujeres causado por la circulación de este tipo de materiales tiene una magnitud

⁶⁰ MacKinnon, *supra* nota 7, p. 193. Una variedad particular de este daño surge en la medida que los materiales cubiertos por el delito de tráfico de pornografía presentan la violación, la mutilación y la violencia como un entretenimiento sexualmente excitante y, por lo tanto, trivializan esos actos de violencia ante los ojos de aquellos (hombres) que dirigen la maquinaria legislativa y administrativa del Estado.

suficiente como para justificar un intento de regulación. Una vez más, esta es una cuestión que puede ser perfectamente asignada al juicio legislativo.⁶¹

Existe la tradición en los casos de la Primera Enmienda de que los jueces hacen una valoración independiente de los hechos que se ofrecen en apoyo de un mandato que detiene la circulación de una publicación o de una película. Esta práctica —más pronunciada durante el tiempo en que la Corte Warren administró su propia doctrina de la obscenidad—⁶² proviene de la especial importancia atribuida a la expresión de opiniones, dado que forma parte del núcleo de nuestro sistema democrático. Este escrutinio especial no es completamente indicado en este contexto, porque la expresión de opiniones aparece aquí en la posición tanto del objeto como de la justificación de la reglamentación; la expresión de opinión de quienes producen y distribuyen material pornográfico se restringe para fomentar la expresión de opiniones de las mujeres. Bajo estas circunstancias, una actitud altamente escéptica hacia los juicios legislativos acerca de los hechos puede funcionar en contra de la libertad preferida.

Sin embargo, aun cuando se conceda una cierta deferencia a los legisladores, no hay que negar que la teoría que he esbozado para sustentar diversas aplicaciones de la prohibición del tráfico de pornografía como una protección de la expresión de opiniones abrumaría los recursos imaginativos y temporales del poder judicial. La estricta pregunta técnica ante la Corte en cada caso sería si la película o la publicación satisface la definición de pornografía establecida en la ordenanza. Pero, para satisfacer los requisitos de la Primera Enmienda, el juez tendría que hacer una valoración de todo el entorno del cual forma parte el material criticado, para determinar si tenía el efecto de silenciar a las mujeres, o más precisamente, si el poder legislativo tenía buenas razones para creer que tenía ese efecto. ¿Están las mujeres hablando y siendo escuchadas? ¿Están siendo silenciadas o desacreditadas por la industria pornográfica? ¿Qué contribución hace la obra en cuestión al poder de esa industria? ¿Presenta la obra perseguida alguna perspectiva original que debe ser protegida para evitar la supresión de una idea?

⁶¹ Véase Michelman, *supra* nota 59, p. 307.

⁶² El propio Presidente de la Corte Warren criticó esta práctica en *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 202 (1964) (Warren, Presidente de la Corte, voto disidente) (argumentando que la "Corte no debería convertirse en el censor supremo", juzgando independientemente sobre cada nuevo conjunto de hechos). Sobre la así llamada "posición preferente técnica" de la Primera Enmienda, véase Kalven, *supra* nota 39, p. XXVII.

Estas investigaciones, y todas las otras que pudieran exigirse para hacer operativa la teoría del silenciamiento, dependen en gran medida del contexto y son sumamente amplias, pero no del todo ajenas a la libertad de expresión. Están prefiguradas por el tercer punto del *test* de *Miller* que hace depender la protección de la expresión de una opinión de si una obra de arte tiene un valor político o estético serio. Para tomar un ejemplo de otra rama del derecho, investigaciones sociológicas comparables son exigidas por el *test* que condiciona la prohibición de una defensa de la subversión a la prueba de un peligro claro e inminente. Esto vale especialmente, si como insistió Learned Hand en los casos de conspiración comunista, el juez debe tomar en cuenta tanto la gravedad del peligro como la probabilidad de su realización.⁶³ Además, a pesar de lo gravoso que tales preguntas pudieran ser, pueden ser justificadas por el valor al que sirven: el reforzamiento del debate democrático. El propósito del derecho no es facilitar la tarea de los jueces, sino asegurar que se hace justicia.

La ordenanza de Indianápolis como un todo se basa en la preocupación por la igualdad, y lo mismo vale para la prohibición del tráfico de pornografía. No se basa en la aversión o repulsión hacia el tipo de pornografía brutal que cubre, aunque ésta seguramente está presente, sino que aspira a realizar una pequeña contribución a la erradicación de las dinámicas que causan la subordinación de las mujeres. Ofrecer simplemente la igualdad —tomada como un valor de la Enmienda Décimocuarta— como una defensa para la reglamentación del tráfico de pornografía no satisfará la objeción de la libertad de expresión, a menos que de algún modo postulemos la prioridad de la igualdad. Sin embargo, una vez que entendemos que la igualdad no necesita ser considerada como un valor independiente, basado exclusivamente en la Enmienda Décimocuarta, sino que tiene también relaciones con la Primera Enmienda, la cuestión constitucional presentada por la cláusula sobre el tráfico de pornografía se presenta con una perspectiva completamente nueva. La democracia exige que todos tengan una posibilidad igual para hablar y para ser oído, y la cláusula sobre el tráfico de pornografía, que está dirigida a la industria pornográfica en su forma más extrema, debería ser considerada como un amigo, en vez de como un enemigo, de la democracia: un intento de establecer las precondiciones para un debate libre y abierto.

⁶³ *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201, 121 (2^o Circ. 1950) ("En cada caso [los tribunales] deben preguntar si la gravedad del 'mal', disminuida por su improbabilidad, justifica las invasiones de la libertad de expresión que sean necesarias para evitar el peligro"), confirmado 341 U.S. 494 (1951).