

LOS DOS ASPECTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

THE TWO SIDES OF FREEDOM OF EXPRESSION

SAMUEL ISSACHAROFF

Profesor de Derecho, Universidad de Columbia (NYC)

Toda sociedad que se precie de ser democrática debe permitir algún tipo de libertad de expresión. Los contornos exactos de la democracia son altamente debatidos, pero ciertas características centrales pueden ser consideradas como esenciales bajo cualquier definición significativa de soberanía popular. Entre estas características esenciales, se encuentran dos que conforman el tema de hoy. En primer lugar, toda sociedad denominada democrática debe reconocer de algún modo la autonomía individual y libertad respecto a la coerción estatal. En segundo término, toda sociedad de este tipo debe, asimismo, dar cabida a un mecanismo de pública participación en la elección de los gobernantes de la nación.

Estos dos temas de la libertad individual y soberanía popular se aúnan en la cuestión de la libertad de expresión. De hecho, si se nos permitiera un rápido análisis a alguna sociedad desconocida y tuviéramos que determinar si se trata de una sociedad democrática, o qué tan democrática es, probablemente tomaríamos a la libertad de expresión de que goza la ciudadanía como la más rápida y eficaz forma de medir tal grado de democracia. La libertad de expresión sirve como el elemento más simple para determinar mucho sobre la democracia y legitimidad de cualquier sociedad. Aunque no lo dice todo, dice mucho sobre tal sociedad.

Aunque el concepto de la libertad de expresión pueda parecer bastante simple, el tema de mi disertación en el día de hoy será que la libertad de expresión inherente a toda sociedad democrática, de hecho tiene dos funciones muy diferentes. La primera es proveer a los ciudadanos individuales de una zona de autonomía respecto a las incursiones del Estado. Este es el ámbito de los derechos, y es el área que el común de la población entiende conceptualmente como libertad de expresión. Pero el ámbito de la autonomía individual de ninguna manera agota el concepto de la libertad de expresión, y quizá ni siquiera

Some form of freedom of expression plays a role in every society claiming the mantle of democracy. The exact contours of democracy are much debated but certain central features may fairly well be postulated as essential under any meaningful definition of popular sovereignty. Among these critical features are two that are the subject today. First, any society claiming to be democratic must allow some recognition of individual autonomy and liberty from state coercion. Second, any such society must also allow for a mechanism of involved public participation in the selection of the nation's governors.

These two concerns, for individual liberty and for popular sovereignty, are both present in the discussion of freedom of expression. Indeed, if we were to be allowed only one quick measure of some unknown society and had to determine whether it was democratic, or how democratic it indeed was, we would probably look to the freedom of expression enjoyed by the citizenry as the easiest and quickest measure. Freedom of expression serves as the simplest proxy for determining much about the democracy and legitimacy of any society. It does not say everything, but it says a great deal.

As simple as the concept of freedom of expression might appear, however, my argument is that the freedom of expression that inheres in any democratic society actually fills two very different functions. The first is to provide individual citizens a zone of autonomy from state incursions. This is the rights domain, and this is the area that dominates in popular understandings of freedom of expression. But the domain of individual autonomy by no means exhausts the concerns of freedom of expression, nor perhaps does it capture its essential core. Just as critical is the conception of freedom of expression as a precondition for democrat-

* Texto de la conferencia dictada en el marco de las Jornadas sobre Libertad de Prensa el 3 de mayo de 2001, organizadas por la Embajada de los Estados Unidos de América y la Universidad de Montevideo. Traducción a cargo de la Dra. María Carolina Dobarro.

ra alcance a comprender su esencia. El segundo concepto se muestra así sumamente crítico, como una condición preexistente para un gobierno democrático. Este es el punto de vista instrumental. Se trata del factor que Hans Kelsen invoca como el corazón de un gobierno democrático, en sus propios términos: "La voluntad de una comunidad, en democracia, siempre se crea a través de la discusión entre una mayoría y una minoría...", o dicho en forma más "jugosa" por el Juez Brandeis, "En una democracia la discusión pública es una obligación política."

Los dos aspectos de la libertad de expresión se ponen de manifiesto cuando estamos tratando con un caso clásico de supresión de libertad de expresión por parte del Estado. La imagen del policía usando su bastón para reprimir un discurso disidente implica tanto el aspecto de los derechos individuales como también el lado instrumental de la ecuación. En los Estados Unidos, que probablemente posee el número más grande de doctrinas en cuanto a las garantías de la libertad de expresión establecidas en la Primer Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, es la cuestión de la resistencia a la coacción gubernamental sobre la libertad de expresión la que alimenta nuestras más emocionantes proclamas de libertad. Incluso en aquellos casos extremos en los cuales los ciudadanos resisten votos de lealtad al gobierno, o incluso hacen valer el derecho a quemar la bandera, o usar obscenidades para caracterizar la política gubernamental, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha invocado repetidamente que el principio de la libertad de expresión en estudio debe incluir el derecho a ostentar posiciones ofensivas y verdaderamente disidentes.

Por supuesto, la resistencia a la supresión del gobierno o coacción sobre la libertad de expresión es en sí mismo un tema arduo. El gobierno se expresa todo el tiempo a través de educadores en las escuelas públicas, a través de sus programas de ayuda al extranjero, y a través de presentaciones como ésta. Claramente, la prohibición de la coerción en las formas de expresión no prohíbe dichas decisiones. Pero aún así, tenemos una jerarquía de aspectos relevantes bastante bien desarrollada, que culmina cuando el gobierno actúa para recompensar o retardar el discurso según el punto de vista expresado.

Pero la libertad de expresión es un concepto mucho más difícil en una sociedad democrática avanzada que el simple interés sobre la coerción gubernamental directa. Hay muchas situaciones en las cuales se puede hacer un daño por una parte que no sea el Estado y en las cuales un ciudadano puede buscar la asistencia del Estado para que le sea permitido usar las libertades ofrecidas por la sociedad. Nos referimos a una tradición denominada "veto de quien interrumpe a un orador". Imaginemos a un ciudadano que se para en un lugar público para hablar sobre

ic governance. This is the instrumental side. This is the side that Hans Kelsen invokes as the core of democratic governance, in his terms: "The will of the community, in a democracy, is always created through a running discussion between majority and minority..." Or put more pithily by Justice Brandeis, "[In a democracy], public discussion is a political duty."

The two sides of freedom of expression come together neatly when we are dealing with a classic case of suppression of speech by the state. The image of the policeman using his nightstick to suppress dissident speech implicates both the individual rights side and the instrumental side of the equation. In the United States, which probably has the most elaborate set of doctrines addressing the guarantees of freedom of expression, through the First Amendment to the U.S. Constitution, it is the question of resistance to governmental compulsion in speech that provides our most stirring proclamations of liberty. Even in the extreme cases in which citizens resist oaths of loyalty to the government, or even assert the right to burn the flag, or use obscenity in characterizing government policies, the U.S. Supreme Court has repeatedly invoked the principle that the freedom at issue must include the right to offensive and truly dissident positions.

Of course, resistance to government suppression or compulsion of speech is in itself a difficult topic. The government speaks all the time through teachers in the public schools, through foreign aid programs, and through presentations such as this. Clearly, the prohibition on coerced speech does not prohibit any such decisions. But nonetheless, we have a suitably well developed hierarchy of concerns that culminate when government acts to reward or retard speech because of the viewpoint expressed.

But freedom of expression is a far more difficult concept in an advanced democratic society than simply the protection against direct governmental coercion. There are many situations in which injury may be perpetrated by a party other than the state and in which an individual citizen might seek assistance from the state in being allowed to enjoy the liberties of the society. One such tradition we refer to as the "heckler's veto." Imagine a citizen who stands up in a public place to speak on a matter of public concern. Imagine that a heckler or an opponent tries to silence the speaker. At this point the speaker will seek recourse in the same policeman who stood as the villain in the first example. Should the policeman silence the heckler, the same apparent violation of the heckler's rights will appear to result. But that is surely not the case. Rather, the state is here furthering the objective of pro-

un tema de interés público. Imaginemos que alguien interrumpe o que un oponente trata de silenciar al orador. En este momento, el orador puede buscar ayuda en el mismo policía que nos sirvió como villano en el primer ejemplo. Si el policía silenciara a quien lo está interrumpiendo, la misma aparente violación de los derechos de quien lo está interrumpiendo aparecería como resultado de su acción. Pero este no sería seguramente el caso. En su lugar, el Estado aparece aquí persiguiendo el objetivo de proveer un foro para el discurso público sobre materias de índole pública y la conducta coercitiva asegura, en lugar de frustrar, la libertad de expresión.

La dificultad observada en la situación estudiada es que el Estado está asumiendo el rol de mantener abierto el mercado de ideas mediante el uso de poderes coercitivos. Este no es un caso fácil en los Estados Unidos, bajo la órbita de la Primer Enmienda del Estado, buscando censurar o suprimir en mérito al contenido de las ideas de un orador disidente. ¿Cómo, entonces, podemos trazar la línea divisoria entre la coerción benevolente y la opresión contraria al espíritu de la libertad?

Esta es la verdadera cuestión planteada en la demanda contra La República. Por más que la prensa en Uruguay, como en los Estados Unidos, y como en todos los países democráticos busca presentarse exclusivamente como beneficiaria del derecho de autonomía en nombre de la libertad de expresión, la cuestión es más complicada. La reivindicación de derechos de la prensa sólo comprende la mitad del aspecto de la libertad. Claramente, el ámbito de derechos de la libertad de expresión opera poderosamente en el caso de la prensa. No deseamos que la prensa esté sujeta a restricciones previas, o censura o leyes de sedición. Pretendemos que la prensa sea una crítica vibrante del Estado y que goce de libertad y no sea objeto de persecución por ello. Queremos que los periodistas sean protegidos, no solamente de la persecución formal, sino también de la tiranía de la intimidación extra-legal, acoso, o ataque y asesinato. Nuestras experiencias colectivas nos demuestran que estos no son aspectos a desdenar.

Pero también sabemos que la difusión de información es aún más prevalente. La habilidad de regímenes represivos de silenciar la corriente de información, algo que tanto aterrizó a Sudamérica una generación atrás, está cada vez más comprometida. La prensa organizada es ahora uno de los medios de difusión de la información. La tecnología ha sido una gran ayuda en esta área.

Sin embargo, la razón por la que la reivindicación de derechos de la prensa debe ser evaluada críticamente, no responde simplemente a la tecnología. También debe prestarse atención a la privacidad o libertad de los individuos sujetos a escrutinio público no deseado. Y, más críticamente, debe prestarse atención a la cuestión de si la ac-

viding a forum for public discourse on matters of public concern and the coercive conduct furthers rather than frustrates freedom of expression.

The difficulty posed in the heckler's veto situation is that the state is assuming the role of keeping open the marketplace of ideas through the use of its coercive powers. This is far removed from the easy case in the U.S. of the state seeking to censor or suppress the ideas of a dissident speaker because of their content. How then do we draw the line between benevolent coercion and oppression contrary to the spirit of liberty?

This is ultimately the question posed in the suit against La República. For much as the press in Uruguay as in the U.S. and in all democratic countries seeks to present itself exclusively as the beneficiary of the right to autonomy in the name of freedom of expression, the question is more complicated. The rights claim of the press only captures half the liberty concern. Clearly, the rights domain of freedom of expression is strongly present in the case of the press. We do not want the press subject to prior restraints, censorship, or sedition laws. We want the press to be a vibrant critic of the State and to enjoy freedom from persecution for doing so. We want journalists to be protected not just from formal prosecution, but also from the tyranny of extra-legal intimidation, harassment, and outright assault and killing. Our collective experiences tell us that these are not small matters.

But we also know that the diffusion of information is ever more prevalent. The ability of repressive regimes to silence the flow of information, something that so terrorized South American a generation ago, is increasingly compromised. The organized press is now but one means for the diffusion of information. Technology has been a great gift in this area.

The reason that the rights claims of the press must be assessed critically is not simply one of technology, however. Attention must also be paid to the privacy or liberty of individuals subject to unwanted public scrutiny. And, more critically, we must ask whether the action of the press advances or retards the values of democratic self-governance. Here, the claims of defamation cannot be so lightly dismissed as interfering with the autonomy of the press. Under certain circumstances, the press may serve as the very loud heckler defeating rights held by others.

In this context, I will discuss the approach in the U.S. emanating from the rule of New York Times v. Sullivan. It is basically an approach that asks whether the subject matter is one of public concern for citi-

ción de la prensa hace avanzar o retroceder los valores del autogobierno democrático. Aquí, las demandas por difamación no pueden ser tan livianamente rechazadas en base a que interfieren con la autonomía de la prensa. Bajo ciertas circunstancias, la prensa puede servir como aquél que interrumpía los derechos defendidos por otros.

En este contexto, discutiré el enfoque que en los Estados Unidos ha emanado de la decisión en el caso *New York Times vs. Sullivan*. Se trata básicamente de un enfoque que cuestiona si la materia discutida es de interés público para los ciudadanos de una sociedad democrática, y en tal caso, garantiza a la prensa una forma de actuar mucho más libre, como ocurrió en la Corte Uruguaya en el caso de *La República*. Pero esta norma tendría relación con la legitimidad del interés público sobre materias concernientes al Presidente de Paraguay y no se extendería a individuos particulares que pudieran ser difamados. No es mi rol aquí comentar o brindar consejo sobre la elaboración de una ley uruguaya en tal sentido. Pero ofrezco estos comentarios sobre cómo éstas cuestiones pudieran resonar en el Derecho Americano, al cual la Suprema Corte de Justicia uruguaya utilizó como ejemplo de un tratamiento democrático a la prensa.

En la tradición del sistema de Derecho Anglosajón (Common Law), las Cortes juegan el rol principal en el desarrollo de la doctrina legal. La doctrina denominada *Stare Decisis* asegura que los precedentes tengan efectos vinculantes y aclaratorios, aunque decisiones previas pueden dejarse sin efecto cuando esto es lo apropiado. Muchas áreas del Derecho nunca han sido codificadas por las legislaturas americanas, sino que se han desarrollado únicamente mediante la serie de decisiones tomadas año tras año por las Cortes Federales y Estatales, desarrollando y adaptando el sistema de Derecho heredado del Common Law inglés. Entre éstas áreas están Contratos, Derecho de la Propiedad y Responsabilidad Extracontractual.

La difamación, como supuesto de responsabilidad extracontractual en el Derecho Anglosajón, ha evolucionado en la misma forma a lo largo de los años. Históricamente, el elemento esencial fue la falsa representación del individuo, y se trataba de una ofensa estricta, cuya única defensa posible era sustener que la supuesta difamación era en realidad cierta. Los actores no necesitaban probar que había daño, el solo hecho de probar daño a la reputación era suficiente base para determinar el derecho a la compensación. Como se consideraba que la calumnia estaba más allá del plano de la protección legal a la expresión, podía ser regulada por los Estados con impunidad. La asunción era que la Primera Enmienda no garantizaba el derecho a un discurso falso, y por tanto los derechos del actor agraviado eran supremos. Como resultado, se desarrolló un robusto cuerpo de leyes en el

zens of a democratic society, and if so, grants the press a much freer hand — as did the Uruguayan Court in the La República case. But tis rule would turn on the legitimacy of the public concern over matters concerning the President of Paraguay and would not extend to private individuals who might be defamed. I do not see my role here to comment or advise on the development of Uruguayan law as such. But I offer these comments on how the issues would resonate in American law, to which the Uruguayan Supreme Court looked as an example of democratic treatment of the press.

In the American common law tradition, courts play the prominent role in fashioning legal doctrine. The doctrine of stare decisis ensures that precedent is given binding and explanatory effect, though previous decisions can be overruled when appropriate. Many fields of law have never been codified by American legislatures but have been developed solely by the series of decisions handed down over the years by state and federal courts, building on and adapting the inherited English common law. Among these fields are contract, property, and tort law.

As a common law tort, defamation law has evolved in the same way over the years. Historically, the critical element of the tort was the false depiction of an individual, and it was a strict liability offense, with the only available defense being that the alleged defamation was in fact true. Plaintiffs did not need to prove actual damages; proving harm to reputation was sufficient as a basis for compensation. As libel was considered to be beneath the plane of protected speech, it could therefore be regulated by the States with impunity. The assumption was that the First Amendment did not grant a right of false speech, so that the rights of the injured plaintiff were paramount. As a result, a robust body of law developed where the presumptions lay heavily in favor of the plaintiff. While a few states allowed exemptions for good faith errors on matters of public concern, for the most part the press had little protection from suit.

The New York Times case grew out of the civil rights activism of the 1950s and 60s. On March 29, 1960, the New York Times, most likely the most important newspaper in the United States, published an "editorial" advertisement paid for by the "Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South," which called on readers to help with the struggle against the forces of segregation in the South. The ad described the "unprecedented wave of terror" faced by civil rights demonstrators throughout the South, and included a number of statements about the role of the Montgomery, Alabama,

cual las presunciones estaban fuertemente a favor del actor. Mientras que algunos Estados permitían ciertas exenciones en casos de errores de buena fe en materias de interés público, en la mayoría de los casos la prensa gozaba de poca protección ante una demanda.

El caso del *New York Times* nació del activismo por los derechos civiles de los años 50 y 60. El 29 de marzo de 1960, el *New York Times*, probablemente el periódico más importante de los Estados Unidos, publicó una página editorial paga por el "Comité para la Defensa de Martin Luther King y la Lucha por la Libertad en el Sur", que llamaba a los lectores a ayudar en la lucha contra las fuerzas segregacionistas en el Sur. El anuncio describía la ola de terror sin precedentes soportada por manifestantes pro derechos civiles en el Sur, e incluía algunos comentarios sobre el rol de la fuerza policial de Montgomery, Alabama, contra la manifestación. Aunque no era mencionado en dicho artículo, Sullivan, como Jefe de la fuerza policial de Montgomery, reclamó que dichas puntualizaciones, las cuales contenían algunos errores fácticos menores, como por ejemplo, que la policía había rodeado a los manifestantes, o simplemente procedieron en masa, lo afectaban en forma negativa. A pesar del hecho de que únicamente treinta y cinco copias del *New York Times* habían sido vendidas en el área alrededor de Montgomery, y de que la noticia seguramente solo hubiera tenido un impacto beneficioso en la reputación de Sullivan entre sus seguidores, un jurado falló a su favor y le otorgó US\$ 500.000, veredicto sostenido también por la Suprema Corte estatal. Esto claramente era consecuencia del estado de la ley de difamación en aquella época. A pesar del hecho de que el jurado de todas formas habría fallado a su favor aunque otra fuera la ley, la Corte no tuvo que distorsionar la ley de difamación para llegar a un veredicto, las doctrinas que se aplicaron en el caso eran la opinión más recibida.

La Suprema Corte entonces debía determinar si la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda también protegía la expresión en una base diferente a la defensa de la verdad tan estrechamente protegida por el sistema del Common Law. De hecho, la crítica cuestión constitucional era determinar si la Constitución brindaba una zona de protección para las actividades de la prensa en la cual se otorgaba el derecho a errar en la búsqueda de una investigación orientada públicamente. Como el Juez Brennan manifestara, la Corte tuvo que decidir "el alcance que tienen las protecciones constitucionales sobre la libertad de expresión y la prensa que limitan el poder del Estado de otorgar compensación por daños en una acción de difamación entablada por un oficial público contra críticos de su conducta oficial". Debe notarse la advertencia en esta posición: estamos tratando solo con situaciones en las cuales una demanda es entablada por un oficial público

police force in countering the demonstration. Though he was not named in the ad, Sullivan claimed that, as chief of the Montgomery police force, the assertions, which contained a few minor factual errors, such as whether the police surrounded demonstrators or simply marshaled them en masse, reflected negatively on him. Despite the fact that only thirty-five copies of the *New York Times* were sold in the area surrounding Montgomery, and that the news doubtlessly would have only had a beneficial impact on Sullivan's reputation among his core constituents anyway, a jury held in his favor and awarded him \$500,000, a verdict upheld by the state Supreme Court. This clearly was in keeping with the state of defamation law at the time. Despite the fact that the jury likely would have found for him whatever the law, the court did not have to distort defamation law to reach the verdict; the doctrines applied in the case were in the mainstream.

The Supreme Court thus had to determine whether the freedom of speech guaranteed by the First Amendment also protected speech on a basis other than the narrow common law defense of truth. Indeed, the critical constitutional question was whether there would be a zone of protection for the activities of the press in which the constitution protected a right to err in the pursuit of a publicly-oriented inquiry. As Justice Brennan defined the question posed, the Court had to decide "the extent to which the constitutional protections for speech and press limit a State's power to award damages in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct." Notice the caveats in Justice Brennan's framing: we are dealing only with situations when suit is brought by a public official against critics of his official conduct, not anything in his private life, or anything involving private individuals.

Justice Brennan set the First Amendment on much stronger footing opposite the defamation tort. "The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with 'actual malice' - that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not." This is in part, because of "the profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials." In effect, the Court firmly adopted the instrumentalist conception of the First Amendment, basing the decision both

contra críticas a su conducta oficial, no sobre su vida privada, o nada que atañe a individuos particulares.

El Juez Brennan sentó las bases de la Primer Enmienda en una posición más firme respecto a la difamación. "Las garantías constitucionales requieren, pensamos, una regla federal que prohíba a un oficial público resarcirse de los daños por falsedad difamatoria relacionada con su conducta oficial a menos que pueda probar que la afirmación fue hecha con verdadera malicia, esto es, con conocimiento de que era falso o con imprudente inobservancia sobre si era falso o no". Ello es así en parte, por "el profundo compromiso nacional al principio de que el debate en materias públicas debe ser desinhibido, robusto, abierto, y que puede incluir vehementes, y a veces desagradables y agudos ataques al gobierno y a los funcionarios públicos." En efecto, la Corte finalmente adoptó a concepción instrumentalista de la Primer Enmienda, basando la decisión tanto en una línea de casos que reconocían la necesidad de un "espacio abierto" para la expresión, tanto como la importancia de permitir un debate público vigoroso.

Para comprender la importancia de este caso, se hace necesaria una serie de interpretaciones. Debemos determinar quién es una figura pública, qué tipo de discurso es considerado difamatorio, y qué se necesita para demostrar la malicia. Con respecto a la primera cuestión, la Corte ha adoptado lo que parece ser la asunción del riesgo, razonando que aquellos que voluntariamente se envuelven en la esfera pública y reciben los beneficios de dicha publicidad, deben soportar tanto lo bueno como lo malo que de ello deriva. Es casi como una teoría del mundo dual, con aquellos que se encuentran en el mundo público abiertos a la crítica desde todos los ángulos, mientras que aquellos que se encuentran en la esfera privada se mantienen seguros mediante el escudo de la difamación como supuesto de responsabilidad. En cuanto a la difamación, la Corte la ha definido como una aseveración con "implicaciones fácticas probablemente falsas", aunque dicha definición es en sí misma poco clara. Finalmente, la malicia se entiende referir a situaciones en las cuales el demandado sabía que dicha aseveración era falsa o actuó con imprudente inobservancia sobre su veracidad, un parámetro significativamente más importante que el de mera negligencia.

Podríamos preguntarnos por qué debería haber una diferencia en el tratamiento de las figuras públicas. Si el reclamo de la prensa concerniente a la Primera Enmienda se basa en su derecho constitucional a la libertad de expresión sobre la capacidad del Estado a imponer sanciones por daños, ¿no debería prohibírsele al Estado la imposición de tales condenas sin importar el sujeto del supuesto acto difamatorio? En el análisis de esta cuestión,

on a line of cases recognizing the need for "breathing space" for speech, as well as the importance of allowing for vigorous public debate.

To understand the import of *New York Times*, a series of interpretive moves must be made. We must determine who is a public figure, what speech is considered defamatory, and what is needed to demonstrate malice. With regard to the first question, the court has adopted what seems like an assumption of risk argument, reasoning that those who voluntarily interject themselves into the public sphere and receive the benefits of that publicity must take the bad along with the good. It is almost a dual-world theory, with those in the public world open for criticism from all sides, while those in the private world remain safely ensconced behind the shield of the defamation tort. As for defamation, the Court has defined it as a statement with undisputed "probably false factual implications," though that definition is itself unclear. Finally, malice has been taken to refer to situations where the defendant knew the statement was false or acted with reckless disregard as to its veracity, a standard significantly higher than simple negligence.

We might ask here: why should there be a difference in the treatment of public figures? If the press' First Amendment claim is based on its constitutional right of freedom of speech trumping the ability of the state to impose damages, shouldn't the state be prohibited from imposing such damages regardless of the subject of the allegedly libelous account? In analyzing this question, we must keep in mind that the Court's answer in *New York Times* is specifically premised on the constitutional protection given to "defamatory falsehoods," where the statement is in fact false. Thus, the limitation of the First Amendment protection against defamation damages given the press must result not from a rights-based conception on the nature of the First Amendment, but from an instrumentalist conception. Specifically, it can only be understood as a protection for the right of the press to err on matters that are deemed of consequence for the democratic process to acquire information, or what ends up in practice as protection at the margin for aggressive and even obnoxious journalism. This conception responds to the puzzle posed by defamation law, as it attempts to evaluate a collision between two rights claims; the freedom of speech of the press versus the personal integrity and good name of the wronged individual. Adding the instrumentalist conception in the public figure context pushes the press claim over the top.

This doctrine then, reflects not a recognition of autonomy of the press but of its indispensable impor-

debemos recordar que la respuesta de la Corte en el caso del New York Times tiene su premisa en la protección constitucional dada a la "falsedad difamatoria", en la cual la aseveración es de hecho falsa. Por tanto, la limitación de la protección de la Primera Enmienda contra los daños difamatorios debe resultar no de la concepción de la Primera Enmienda basada en su naturaleza, sino de una concepción instrumentalista. Específicamente, sólo puede ser entendida como la protección del derecho de la prensa a errar en materias que son consideradas trascendentes para el proceso democrático de adquirir información, o lo que culmina en la práctica, como un modo marginal de protección al periodismo agresivo e incluso repugnante. Esta concepción responde al rompecabezas de la ley de difamación, en la medida en que intenta evaluar la colisión entre dos derechos; la libertad de expresión de la prensa versus la integridad personal y buen nombre del individuo difamado. Añadir la concepción instrumentalista en el contexto de la figura pública lleva el reclamo de la prensa a su máximo nivel.

Esta doctrina, entonces, refleja no el reconocimiento de la autonomía de la prensa sino su importancia indispensable en el dominio del gobierno democrático. La Corte uruguaya en el caso de La República trató el problema en modo similar, manifestando que "este derecho, más que individual, es un derecho cívico que tiende a obtener la formación de la opinión pública, sin la que no sería posible convivir democráticamente." En el contexto uruguayo la Corte enfatizó lo crucial de la libertad de prensa en cuanto al mantenimiento de una democracia fuerte. "La libertad de prensa es en realidad un derecho fundamental que forma parte del general derecho de libertad de expresión de opinión, y es también una garantía institucional del orden estatal libre y democrático".

Esta doctrina tan fuerte de la libertad de prensa ha demostrado ser la fuente de mucha dificultad, como en casos en que la prensa reclama un interés público en materias concernientes más a figuras privadas que a públicas. La difícil distinción entre la expresión de prensa protegida y la no protegida refleja el hecho de que la regla del New York Times no puede ser aplicada en forma completa a causa de nuestra preocupación por los derechos dignatarios de individuos particulares. Últimamente, la doctrina evolucionó en el sentido de sostener que un individuo no inmerso en la esfera pública mantiene un interés en su reputación que no puede ser desestimado por el rol funcional de la prensa. Por ejemplo, en 1967, tres años después que el caso de Sullivan, la Corte ventiló el caso Time versus Hill, relativo a una familia llevada a la luz pública como resultado de un asalto en su casa. Un jurado concedió resarcimiento por daños basado en una ley estatal de Nueva York cuyo propósito era proteger a la

tance in the domain of democratic governance. The Uruguayan Court in *La República* approached the problem similarly, pointing out that, "[t]his right, [of freedom of the press] more than just an individual right, is a civic right that is necessary for shaping public opinion, without which democracy cannot be maintained." (Este derecho, más que individual es un derecho cívico que tiende a obtener la formación de la opinión pública, sin la que no sería posible convivir democráticamente). In the Uruguayan context, the Court went out of its way to emphasize the cruciality of freedom of the press in maintaining a strong democracy. "The freedom of the press is truly a fundamental right which forms part of the general right of freedom of expression, and is also an institutional guarantee of the state's enshrinement of freedom and democracy." (La libertad de prensa es en realidad un derecho fundamental que forma parte del general derecho de libertad de expresión de opinión y es también una garantía institucional del orden estatal libre y democrático.)

This strong doctrine of freedom of the press has proven to be the source of much difficulty, as in cases where the press claims a public interest in matters pertaining to private rather than public figures. The uneasy line between protected and unprotected press speech reflects the fact that the full New York Times rule cannot apply because of our concern for the dignitary rights of private individuals. Ultimately, the doctrine evolved to hold that an individual not in the public sphere maintains an interest in her reputation which the functional role of the press does not override. For example, in 1967, three years after Sullivan, the Court heard *Time v. Hill*, in which a family was dragged into the public limelight as a result of an assault on their home. A jury awarded damages based on a New York state law which was construed to protect the press when published statements about newsworthy events were true, but not when the reports were "fictitious." The Court ruled that erroneous statements are inevitable in the reporting of newsworthy events, and that if the errors are innocent or merely negligent, they are still protected, as to rule otherwise would seriously impair the press and limit the breathing room granted by New York Times. However, seven years later, in *Gertz v. Robert Welch*, where a civil rights lawyer was subjected to rather scurrilous attacks by a right-wing magazine, the Court stepped back from granting the press freedoms at the expense of individuals, and ruled that because private individuals have less effective opportunities for rebuttal than do public figures, and because they have not voluntarily exposed them-

prensa en caso en que aseveraciones publicadas sobre determinados eventos fueran ciertas, pero no cuando los reportes fueren "ficticios." La Corte sostuvo que las aseveraciones erróneas eran inevitables al reportar noticias, y si los errores eran inocentes o meramente negligentes, podían ser protegidos. En caso contrario se estaría perjudicando a la prensa y limitando el campo de accionar garantizado en el caso del *New York Times*. Sin embargo, siete años más tarde, en el caso *Gertz versus Robert Welch*, en el cual un abogado especializado en Derecho Civil fue sujeto de ataques bastante calumniosos por parte de una revista derechista, la Corte no mantuvo la posición de garantizar la libertad de prensa a expensas de los individuos, y sentenció que a raíz de que los individuos particulares tienen menos oportunidades efectivas para refutar lo dicho en su contra que las figuras públicas, y porque no se han expuesto voluntariamente a un riesgo mayor, son tanto más vulnerables y más merecedores de la reparación. La Corte utilizó la concepción instrumentalista de la Primer Enmienda en sentenciar que extender la regla de difamación del *New York Times* contra individuos particulares llevaría el interés del Estado en la protección de los derechos de los individuos a un grado inaceptable.

La cuestión entonces se centra en si los individuos han sacrificado su privacidad por "arremeter al frente de determinadas controversias públicas. En este caso, han asumido "un rol influyente en el orden social" y viven bajo la regla del *New York Times*. O, como lo vio la Corte en el caso de la República, ellos han creado un interés social objetivo en la información, y la información sobre ellos se ha vuelto información que puede afectar los intereses sociales de los otros y resultar en la formación de la opinión pública. Por el contrario, el individuo "no ha renunciado parte de su interés en la protección de su propio buen nombre" y la prensa es considerada responsable bajo los estándares normales de la ley de difamación.

El resultado de todo esto ha sido un compromiso significativo de la difamación como presupuesto de responsabilidad extracontractual porque el riesgo de la difusión de la información en la sociedad es tan grande; un resultado que es por lo menos parcialmente reflejo del poder institucional de la prensa en los Estados Unidos. Un reciente estudio investigó los litigios en casos de difamación desde el caso *Sullivan* y concluyó que el régimen del *New York Times* ha "eviscerado" la ley de difamación al punto de no ser amenaza a los derechos de la prensa emanados de la Primer Enmienda, y resulta en menos demandas y aún menos victorias para los actores. Ex-

selves to increased risk, they are both more vulnerable and more deserving of recovery. The Court espoused the instrumentalist conception of the First Amendment in ruling that extending the New York Times standard to defamation against private individuals as well would abridge the state interest in protecting the rights of individuals to an unacceptable degree.

The question thus becomes whether individuals have sacrificed their privacy by "thrust[ing] themselves to the forefront of particular public controversies." If so, they have assumed "an influential role in ordering society" and live under the New York Times rule. Or, as the La República court saw it, they have created an objective social interest in the information, and information about them has become information which can affect others' social interests and result in the formation of public opinion. If not, however, an individual "has relinquished no part of his interest in the protection of his own good name" and the press is held accountable under the normal standards of defamation law.

The result of all this has been a significant compromise of the defamation tort because the risk to diffusion of information in society is too great, a result which is at least partially reflective of the institutional power of the press in the United States. A recent study surveyed litigation of libel claims since Sullivan and concluded that the New York Times regime has "eviscerated" libel law to the point that it poses no threat to the First Amendment rights of the media and results in fewer lawsuits and even fewer victories for plaintiffs. Experts in this area of law widely conclude that in the inevitable tension between First Amendment absolutists and balancers, the absolutists are winning. The Court has been anxious to protect the area of public debate, thus giving very weak rights to individuals. Our freedom of the press, then, comes at a cost.

Conclusion

Bad and irresponsible journalism is the price we pay for the vigilance and discourse necessary to a democratic society. As James Madison said more than two hundred years ago, "Some degree of abuse is inseparable from the proper use of every thing; and in no instance is this more true than in that of the press." A free press is an invaluable asset in a democratic society, but such a press can also be a destructive institutional actor. The trick is to protect the press overwhelmingly in the domain of the public yet to resist its inroads into the private sphere. That is a delicate balancing act for all societies. In the U.S., it has taken

peritos en esta área del Derecho concluyen que en la inevitable tensión entre los absolutistas de la Primer Enmienda y los balanceadores, ganan los absolutistas. La Corte se ha demostrado ansiosa de proteger el área del debate público, concediendo, por tanto, derechos muy débiles a los individuos. Nuestra libertad de prensa, entonces, tiene un costo.

Conclusión

El periodismo malo e irresponsable es el precio que pagamos por la vigilancia y discurso necesario en una sociedad democrática. Como dijo James Madison hace más de doscientos años: "Algún grado de abuso es inseparable del buen uso que se haga de toda cosa; y en ningún caso esto se aplica mejor que en el caso de la prensa". Una prensa libre es una ventaja invaluable en una sociedad democrática, pero tal prensa puede ser asimismo un actor institucional destructivo. La clave consiste en proteger la prensa de modo arrollador en el ámbito de lo público, y al mismo tiempo resistir sus incursiones en la esfera privada. Se trata de un balance delicado para toda sociedad. En los Estados Unidos ha tomado la forma de niveles extraordinarios de protección para el rol público de la prensa. Aunque ello pueda aparecer como un derecho de la prensa, se trata realmente de un derecho que pertenece a la ciudadanía en una sociedad democrática. Como tal, debe ser protegido y apreciado, aún cuando su aplicación en la práctica en ocasiones nos asombre. ♦

the form of extraordinary levels of protection for the public role of the press. Although this may appear to be a right of the press, it is really a right that belongs to the citizenry in a democratic society. As such, it must be protected and cherished, even if its applications at times leave us aghast. ♦