

EL CARÁCTER INDÓCIL DE LA POLÍTICA ¹

Gwen M. Fiss ²

Cada época tiene su tema, y el nuestro bien puede ser el aborto. Este tema ha generado muchos desafíos a la Corte Suprema relacionados, sobre todo, con la necesidad de revisar la desacreditada doctrina del debido proceso sustantivo. La decisión de 1973 a favor del derecho individual de la mujer a realizarse un aborto dividió al tribunal de modo tajante. Por lo demás, y durante las dos décadas siguientes, la Corte ha tenido que volver sobre esa decisión inicial para ver si debía ser confirmada, como de hecho lo ha sido ³.

Más allá de lo dicho, la Corte debe encontrar un lugar, dentro del orden constitucional, para los perdedores: ¿hasta qué punto aquellos que se oponen al aborto deben ser autorizados a ventilar su punto de vista y mantener viva la controversia? Porque las fuerzas *pro life* ⁴ no se han contenta-

¹ Traducción de María Luisa Pajó y María Victoria Rosciani, supervisada por Jeremy Rossmán. Título original: "The Unsettling Character of Politics", publicado en *McGeorge Law Review* 1 (1987). Las traducciones agradecen la colaboración de Jeremy Rossmán en la realización de la tarea.

² Sterling Professor of Law, Yale University. La idea de este ensayo primero tomó forma en un curso de libertad de expresión en Yale en la primavera de 1996. Estoy agradecida con los estudiantes de ese curso por haberme ayudado a entender los temas más completamente. Al año siguiente, uno de estos estudiantes, Benjamin Sachs, realizó conmigo un curso basado en un proyecto de investigación independiente y escribió un importante artículo sobre el tema llamado "El Poder Constitucional y la Primera Enmienda". En esa instancia, no sé dónde sus ideas terminan y empiezan las mías. Él tuvo participación en la redacción de la columna en *McGeorge Law School* en enero de 1997, así como de una nueva edición para estudiantes posgraduados, y deseo agradecer a los estudiantes y a la Universidad de McGeorge, especialmente a mi buen amigo Bruce K. Lundberg, por su valiosa hospitalidad y su devoción apasionada. También deseo reconocer las contribuciones a este ensayo de Bruce A. Ackerman, Patricia J. Cheng, Paul M. Katz, Tamara D. Marbois, y Gregory S. Silbert. Sus comentarios y críticas mejoraron enormemente.

³ Ver *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 823 (1992).

⁴ Se conoce comúnmente a aquellos que creen que, desde el momento de la concepción, el embrión es una vida, y que dicho vital impone la obligación moral de preservarla. En consecuencia, por si están pensando, el aborto está organizado al homicidio. Por su parte, se llama *pro-choice* a aquellos que creen que las mujeres deberían tener el acceso libre al aborto, que está en cada mujer normal una decisión de esta naturaleza y que el gobierno no debería interferir (M. de las T.).

do con impulsar su causa solamente a través de las urnas o de los tribunales, sino que, decididamente, han tomado las calles, específicamente, para hacer piquetes en contra de las clínicas abortistas y de los médicos que trabajan en ellas, la controversia del aborto también ha forzado a la Corte Suprema a investigar los límites de la Primera Enmienda y su garantía de la libertad de expresión. Este es mi tema.

I

Algunos autores han definido la función de la Primera Enmienda en términos individualistas y la han presentado como una protección al derecho de cada persona a la libertad de expresión. Para estos teóricos, hablar es simplemente otra actividad individual, comparable con caminar o trabajar, y, al igual que esas actividades, debería estar libre de la interferencia estatal, a no ser que el Estado pudiera alegar una buena razón para interferir. Esta teoría, sin embargo, no explica acabadamente el especial compromiso que tiene la Constitución hacia la protección de la libertad de expresión. Se necesita una mejor razón para proteger la expresión y, en la búsqueda de tal razón, la teoría predominante sobre la Enmienda liga el derecho de la libre expresión al interés de la sociedad en la democracia.⁵

Dentro de los términos de la teoría individualista, es difícil entender por qué el interés de los oradores o de los que protestan, debería primar por sobre los intereses de aquellos lastimados u ofendidos por ese discurso, o, simplemente, disgustados por él. Habría un conflicto de intereses individuales y ninguna base sobre la cual preferir uno por sobre el otro. La Constitución, sin embargo, no es neutral en este conflicto. Inclina la balanza a favor del orador, y la explicación más plausible para esta inclinación surge de la contribución que hace la expresión a la democracia. De acuerdo con esta teoría, que en la actualidad tanto domina en este ámbito, lo que la Primera Enmienda busca promover no es la autoexpresión, sino la autodeterminación colectiva.⁶

La teoría democrática de la Primera Enmienda puede rastriarse hasta el trabajo de Alexander Meiklejohn y de Harry Kalven, quienes, por su parte,

⁵ Ver, por ej., Sotomayor, Steven H., *The First Amendment, Democracy, and Romance* (1998); Beckett, Leo C., *Free Speech and Justice and Values*, 92 *Yale L. J.* 476 (1982); Burt, Robert H., *Moral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Ind. L. J.* 1 (1971); Scales, Paul J., *Not a Placeholder Reading of the First Amendment and its Relation to Public Discourse*, 93 *Yale L. J.* 325 (1983).

⁶ Ver, por ej., Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* (1960); Kalven, Leo, Harry, *The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*, 1965 *Sup. Ct. Rev.* 1.

recurrieron a menudo a la metáfora de la asamblea vecinal para analizar el rol de la expresión en el proceso de la autodeterminación colectiva. En esta metáfora, la sociedad es vista como una asamblea gigante en la que todos los ciudadanos se juntan. Los ciudadanos deben tomar una decisión respecto del tema acuciante del día, pero antes de hacer eso, deben escuchar todos los puntos de vista en conflicto. Orador tras orador identifica las opciones ante la reunión y provee la información necesaria para evaluar esas opciones. Aquellos participantes en la asamblea vecinal escucharán, debatirán, y después, finalmente, votarán. El voto es el acto de autodeterminación colectiva y los discursos que se pronuncian antes de ese voto, capacitan a los ciudadanos a entenderse a sí mismos, identificar sus necesidades, y descubrir cómo esas necesidades pueden ser satisfechas. En el contexto de una asamblea vecinal, la expresión es una forma de esclarecer.

Aunque algunas formas de protesta encuadran con la manera en que la metáfora de la asamblea vecinal explica la función de la expresión, esto no es cierto respecto de la forma de protesta más característica del movimiento antabortista de estos días —hacer piquetes frente a las clínicas abortistas o a los domicilios de los médicos que practican abortos—. Tales piquetes reclaman la protección de la Primera Enmienda e invocan la teoría democrática de Meiklejohn y Kalven para apoyar tal reclamo, pero si se reflexionara parecen sólo tenuemente conectados con la función esclarecedora.

Cierto es que estos piqueteros suelen llevar carteles, "El aborto mata", "Dr. Jones es un asesino" o "Jesús salva". A veces aquellos que protestan emiten el mismo mensaje gritando y cantando y a tal punto lo hacen que podrían ser vistos como el equivalente de los oradores en la asamblea vecinal. Ellos también están comprometidos con el proceso de esclarecer, en la medida en que se hacen públicas sus razones y argumentos sobre un tema de gran relevancia pública. Sin embargo, esto pasa por alto un rasgo crucial de los piquetes, es decir, la especificidad de su ubicación —tiene lugar en frente a una estructura física particular, digase una clínica abortista o la casa de un médico—.

Los piquetes tienen una larga y noble historia en la política norteamericana, usados no sólo por los *pro-life*s, sino también por los trabajadores organizados, el movimiento en contra de la guerra de Vietnam, y tal vez, más heroicamente, por los activistas de los derechos civiles.⁷ En muchos de estos casos, por ejemplo, el laboral, la especificidad de la ubicación de los piquetes puede justificarse en términos de esclarecimiento. El público

⁷ Ver, en general, KATZ (1971), HARRIS, *The Right and the First Amendment* (1996).

relevante al que el gerente desea llegar son los clientes que están por usar la tienda, y la manera más sensible de llegar a esas personas e informarlas sobre la disputa laboral, es marchando o parándose frente a la tienda. En el caso de los piquetes por el abono, sin embargo, no hay una razón fundamental análoga para apuntar a esa cualidad de la actividad de la protesta.

Hacer un piquete frente a la casa del médico no le dice nada a éste que él no sepa, ya sea que practica abortos o que algunos ciudadanos creen que esa actividad es inhumana. Los vecinos del médico pueden no saber que él practica abortos, pero para emitir ese mensaje los piqueteros no necesitan pararse frente a la casa del médico. De hecho, esa ubicación no parece ser una manera especialmente necesaria de informar al público o a los vecinos. Si su propósito es esclarecer a los vecinos o al público en general, aquellos que protestan pueden caminar por el barrio, enviar cartas a los vecinos, pararse en la plaza de la ciudad, o distribuir panfletos afuera del *shopping center* local.

De manera similar, ninguna información nueva es emitida a través de un piquete en una clínica abortista. Los blancos relevantes de esta actividad son las personas que trabajan en la clínica y aquellos que están por usar los servicios ofrecidos, pero estas personas saben todo aquello que los que protestan buscan decirles. Las instalaciones se muestran como una clínica abortista. Cualquiera que entra, y en consecuencia enfrenta a los piqueteros en su camino, ya sabe lo que probablemente éstos digan. Al igual que los "piqueteros residenciales", los que protestan frente a una clínica abortista pueden tener su mirada puesta en un público más amplio, por ejemplo, las personas que casualmente conducían por esa zona o que pudieran ver las noticias de los piquetes en la televisión esa noche. Pero, nuevamente, ese propósito no requiere que los piqueteros patrullen en frente a la clínica. Existen muchos lugares alternativos disponibles para informar al público sobre su causa.

A lo mejor, las personas que están por usar la clínica o los médicos que practican abortos, necesitan un recordatorio sobre las consecuencias morales de sus acciones. Ésta, sin embargo, apenas es la clase de esclarecimiento contemplada en la asamblea vecinal. Un orador que reitera constantemente y empinadamente una posición bien conocida ocupa un lugar diferente que el de un orador que aspira a impartir nueva información o elaborarla respecto de un punto a través de argumentos razonados.

La especificidad de la ubicación de los piquetes en contra del abono es, de hecho, crucial para aquellos que protestan. Para entender por qué, sin embargo, necesitamos cambiar los términos de referencia y entender que los propósitos de los piquetes no son esclarecedores sino una forma de confron-

tación. Los piqueteros antiabortistas están enfrentando a los doctores, enfermeras y mujeres embarazadas con las consecuencias morales de sus acciones, esforzándose para hacerlos desistir de ellas. En términos bíblicos, se ven a sí mismos como testigos obligados a soportar un grave pecado.

Una confrontación moral, como la ejemplificada, está constituida por cuatro elementos. En primer lugar, debe haber una oposición y una indicación de las bases de la oposición. Ésa es la función que cumplen los signos que llevan los piqueteros y, hasta cierto punto, las canciones que cantan.

En segundo lugar, la confrontación requiere un sacrificio o una incomodidad de parte de aquellos que protestan. De hecho, la palabra "testigo", tal como aparece en la Biblia, es una traducción de la palabra griega "martyr", la cual está conectada etimológicamente a "mártir". El sacrificio que implica ser testigo, o una confrontación moral, indica la trascendencia moral de la objeción que está siendo denunciada y por ello añade seriedad a dicha objeción. Pasar el tiempo en un piquete frente a la casa de un médico o de una clínica es, de por sí, un sacrificio aunque, por supuesto, el grado del sacrificio aumenta cuando se lo realiza en un día lluvioso o bien cuando la vigilancia se lleva a cabo durante el horario laboral. Entre sus varias funciones, el cantar en un piquete, como las canciones en una ceremonia religiosa, une a la gente y refuerza su decisión de tomar posición y llevar a cabo los sacrificios necesarios.

En tercer lugar, una confrontación moral requiere de un enfrentamiento público entre el objetor y el que ha cometido la falta. La necesidad de dicho enfrentamiento explica el porqué de la particular del lugar elegido para la realización del piquete—por qué debe ser frente a la casa del médico o de la clínica y no en la plaza pública o en cualquier otro lugar del vecindario—. La proximidad física del objetor y del que supuestamente actúa de mala manera significa que ambos son miembros de la misma comunidad y que, en virtud de ese hecho, el primero tiene derecho a hacerle reclamos al segundo.

En cuarto lugar, el propósito de este enfrentamiento es lograr cambiar la conducta, y se busca alcanzar este propósito no a través de la fuerza persuasiva de un argumento sino demostrando la seriedad moral. Los cambios buscados por una marcha o una demostración masiva son, por naturaleza, generales —un cambio en la ley, por ejemplo—. Por el contrario, los cambios de conducta contemplados en un piquete en el contexto del aborto, tienden a estar más individualizados. Aquellos que participan en el piquete buscan salvar feto tras feto, a través de confrontarse con cada uno de los que se practican abortos o con aquellos que están a punto de hacerse uno.

liciones que son el soporte de la política electoral—¹⁹. Aquellos comprometidos en las protestas contra el aborto no están privados de sus derechos civiles ni son una minoría discreta y aislada —durante una buena parte de nuestra historia ellos han sido los ganadores en las elecciones—. Así, ellos también pueden señalar las limitaciones del proceso electoral, y, en consecuencia, dan un argumento fuerte para una política de confrontación.

La necesidad de este recurso deriva de la constitucionalización del debate del aborto, la que ha tenido lugar en estos últimos 25 años, primero en "Roe v. Wade", y luego en "Casey". Estas decisiones aumentaron los escollos electorales que, aquellos que están en contra del aborto, tienen que vencer. Una simple mayoría no es suficiente. Para poder lograr sus propósitos, los antiabortistas deben conseguir el apoyo necesario para una enmienda constitucional o bien, un cambio radical en la conformación de la Corte.

La necesidad de un suplemento electoral —compartida por todos los disidentes, más allá de cuál sea su causa— deriva, también, de la conocida dificultad de registrar las intensidades a través del voto. Aunque la importancia que le gente imprime a su posición varía enormemente de persona a persona, y aunque la profundidad de lo que sienten puede expresarse en sus discursos, tanto en qué dicen como también en cómo lo dicen, todas estas diferencias se diluyen cuando llega la hora de votar. Cada persona en la asamblea vecinal tiene solamente un voto. La regla "una persona, un voto", puede ser la manera que tiene la democracia de afirmar la igualdad moral de las personas en un nivel abstracto y simbólico. Sin embargo, esto no viene a regar la importancia o relevancia de registrar las intensidades en la formación de la voluntad colectiva. La política de confrontación es una manera de expresar dichas intensidades.

Las protestas también tienen como función fijar la agenda. Existen grandes incentivos para que los políticos eviten tomar posiciones en temas controvertidos, ya que cualquiera sea la posición que se adopte enfurecerá a una porción del electorado. Pero no se sirve bien a la democracia si sus candidatos sistemáticamente eluden temas de suma importancia para los ciudadanos. Las protestas son una gran herramienta para señalar dichos temas, y así fijar la agenda que será decisiva para el resultado de las futuras elecciones.

¹⁹ "United States v. Carolina Products Co.", 304 U.S. 146, 152 n. 4 (1938). Para una caracterización del rol de las minorías en los procesos democráticos, ver Ely, John Hart, *Democracy and Its Limits: A Theory of Judicial Review* (1980); Ackerman, Bruce A., *Beyond Carolan Products*, 98 Harv. L. Rev. 711 (1985).

Además, las protestas cumplen una importante función democrática, desde el momento en que versan sobre un tema específico. Votar a un candidato particular implica votar un conjunto de medidas económicas y sociales, que, invariablemente, comportará algún grado de compromiso. Así, una mayoría *pro-choice* puede elegir a un candidato *pro-life* si, por ejemplo, ese candidato apoya políticas fiscales que gozan de alta popularidad. Como casi ninguno de los asuntos públicos relevantes se define a través de un referéndum, los ciudadanos rara vez tienen la posibilidad de expresar sus puntos de vista en cuestiones específicas. Mediante la protesta, la crítica se concentra en la actividad que la genera, en vez de que dicha crítica se filtre a través de un candidato que suele estar asociado con una amplia gama de políticas y posiciones.

Las elecciones se llevan a cabo en intervalos regulares —2, 4 y a veces hasta 6 años—. Es entonces que las protestas dan a los ciudadanos la capacidad de tocar temas de importancia pública durante el interin, ya sea para responder a un cambio o giro en las políticas públicas, o bien como una manera de mantener viva la controversia entre elección y elección.

Finalmente, las protestas enfatizan que ciertos fenómenos sociales son objetables por razones morales, como opuestas a las razones políticas y permiten que los individuos dejen en claro cuáles son las bases de la objeción. La oposición al establecimiento de una clínica abortista subvencionada por el gobierno local puede basarse en varios motivos —conservadurismo fiscal, el deseo de preservar el carácter residencial de un barrio, el temor a un aumento en el tránsito, o el juicio moral sobre lo que sucede allí adentro—. Votar en una elección, o aun en un referéndum, no permite a los ciudadanos sentar las bases de la objeción ni revelar su carácter especial ni el tipo de respuesta satisfactoria —los argumentos de principio merecen una respuesta de principios—.

II

Enfatizar el propósito de confrontación por sobre el propósito de informar de los piquetes requiere reexaminar la naturaleza de la política democrática, para evitar la reducción de la democracia a las elecciones y para advertir la necesidad de lo que he llamado "suplementos electorales". Esta concepción de los piquetes, a su vez, advierte sobre la necesidad de la regulación. Aun en la asamblea vecinal, en donde el propósito de la expresión es informar, el Estado tiene un rol importante que jugar: el Estado tiene que actuar como parlamentario, asegurándose que todas las voces sean escucha-

das¹¹. Sin embargo, la necesidad de la intervención estatal es mucho más urgente cuando se trata de una confrontación moral, ya que siempre se corre el peligro de que el enfrentamiento público que yace en la base de dicha confrontación se vaya de las manos. Los objetores, dirigidos por imperativos morales o hasta religiosos, están preparados para hacer sacrificios por el bien de la causa, y pueden llegar a presionar y presionar hasta tanto sus objetivos sean alcanzados. El Estado debe establecer los límites de la confrontación.

Comúnmente, el Estado busca llevar adelante esta función a través de la emisión de órdenes judiciales¹². La gran atracción de los órdenes judiciales como instrumento de regulación surge de su especificidad. Debido a que una orden judicial es emitida para un caso en particular, es que puede contemplar las circunstancias particulares de la situación y regularla con mucha precisión¹³. No es necesario regular más expresión que la necesaria. Fue común el uso de estas órdenes judiciales para regular los piquetes en los enfrentamientos laborales, y, más tarde, durante la era de los derechos civiles. Sin embargo, a principios de la década del '70 fueron contrapuestos en una de las doctrinas de la Primera Enmienda —la prohibición de la censura previa— con lo cual la posibilidad de emplearlos en el contexto del aborto se vio amenazada.

La doctrina estándar de la Primera Enmienda desahenta cualquier regulación de la libertad de expresión. Esto se aplica tanto a las leyes penales como a las órdenes judiciales. Sin embargo, en 1971, en el caso "Pentagon Papers", la Corte Suprema puso en las órdenes judiciales una restricción especial que, como consecuencia, las desfavoreció con respecto a las leyes

¹¹ Para una elaboración de este reclamo, ver Fiss, Owen M., *The Uses of Free Speech* (1996).

¹² La palabra que emplea el autor cuando se refiere a "órdenes judiciales" es "injunction". Instituto procesal norteamericano que no tiene un paralelo exacto en el derecho argentino. En inglés, "injunction" es una orden judicial que manda a una de las partes a hacer o dejar de hacer un determinado acto o actos, como oponer a una sanción pecuniaria. Por ejemplo, un "injunction" puede ser emitido para evitar que un infractor a la Ley de Propiedad Intelectual simplemente materialmente, en diversos establecimientos, ordene a otros no mostrar o revelar que es un tipo de "injunction" que obliga a ambas partes a dejar de interferir al otro; si una de las partes lo amenazado a cometer hechos punzantes o nocivos a los fines de la parte, un tribunal podría prohibir a la parte nocivo a dichos hechos o llevarse a los fines de la ciudad. Inevitablemente, a través de un "injunction" se puede obligar a una de las partes a hacer algo que se exige a hacer (R. de la T.).

¹³ Además, las órdenes judiciales tienen ciertas ventajas sobre las leyes, que necesariamente lidan con generalidades. Ver, por ej., *Freedom of Access to Clinic Entrances* U.S.C.S. at 248 (Los Circuit Supp. 1997) (prohibición de lesión a la intimidad a no de interferencia con personas que están entrando a un establecimiento de salud reproductiva). 18 U.S.C. § 240(d) estipula que la ley no debe ser interpretada de manera tal que prohíba alguna de las actividades protegidas por la Primera Enmienda, pero no puede, por supuesto, especificar qué conducta es permitida en cualquier caso en particular.

penales.¹⁴ Clasificando a las órdenes como una forma de censura previa, la Corte falló que, salvo en los casos más excepcionales, por ejemplo, para prevenir una publicación que podría desatar un movimiento de tropas, nunca debían ser emitidas por los jueces para regular la prensa. Por supuesto, la doctrina que consideraba a las órdenes judiciales como censura previa, era anterior al caso "Pentagon Papers". De hecho, sus raíces pueden ser rastreadas hasta "Near v. Minnesota" en los años '30.¹⁵ Pero el caso "Pentagon Papers" revistió dicha doctrina de una especial autoridad y prominencia cuando, en el período moderno, una barrera muy formidable en contra de la emisión de órdenes judiciales destinadas a regular las actividades de protesta.

Desde mi punto de vista, este giro en el derecho es desafortunado, ya que ignora que las leyes penales y las órdenes judiciales tienen una estructura similar —ambas intentan prevenir una acción futura mediante la amenaza del castigo—. En algún sentido, ambas son formas de censura previa y no hay razones por las cuales inhabilitar las órdenes judiciales o desfavorecerlas frente a las leyes penales. Aun cuando las órdenes emitidas por un juez son más específicas que las leyes, su capacidad para hilar fino en la regulación permite al Estado suprimir conductas inaceptables sin constreñir aquellas actividades dignas de la protección de la Primera Enmienda.

Mientras que los individuos acusados de haber violado una ley penal pueden alegar en su defensa que dicha ley contradice la Primera Enmienda, esta posibilidad se ve vedada, en ciertas circunstancias, para aquellos individuos acusados de haber violado una orden judicial.¹⁶ No obstante, esta diferencia entre leyes penales y órdenes judiciales es pura creación de la Corte Suprema. Y de emplearse esta diferencia para justificar la desventaja de las órdenes judiciales con respecto a las leyes penales, se trataría del más forzado de los argumentos. Sería mucho más sensato remover la denominada "collateral bar rule"¹⁷ y permitir a aquellos sometidos a un proceso penal

¹⁴ "New York Times Co. v. United States", 403 U.S. 713 (1971).

¹⁵ "Near v. Minnesota", 283 U.S. 697 (1931).

¹⁶ Ver "Walker v. City of Birmingham", 388 U.S. 307 (1967). Para una discusión de "Walker" ver Lewis, *Blind, Deafness, Blind Legal? The Court and Dr. King*, 87 Mich. L. Rev. 2152 (1979).

¹⁷ Se llama "collateral bar rule" a la regla según la cual una orden judicial debe ser obedecida hasta que es depurada de todo y que las personas sujetas a dicha orden que la desobedecen no pueden defenderse de un proceso penal sobre la base de que la orden era errónea o aun inconstitucional. Se afirma que las personas sujetas a una orden judicial por un tribunal competente deben obedecerla hasta que sea modificada o revocada, más allá de que tengan razonables razones como para objetarla. Esta regla ha sido sostenida hasta para ordenes dirigidas en contra de la libre expresión y aun cuando se sospecha de la ley que para la orden emitida. La "collateral bar rule" no se aplica, según la Corte, en los casos en los que la orden judicial es "manifestamente ilegal" o tiene una "promoción privada de validez" ("Walker

que se amparen en la Primera Enmienda, que impedir, lisa y llanamente, el uso de las órdenes judiciales en el marco de la política confrontativa.

Por este motivo, durante los años '70 y '80, muchos autores, entre los que me incluyo, sostuvimos que la doctrina de la censura previa no debía ser aplicada a las órdenes judiciales¹⁴. Estas últimas debían ser sometidas a un escrutinio estricto, pero ni mayor o menor al de las leyes penales. Aun así, la Corte pensaba diferente. De hecho, siguiendo la decisión de "Pentagon Papers", la doctrina de la censura previa se convirtió en la favorita de la Corte Burger y fue invocada cada vez más frecuentemente. Sin embargo, a partir de 1994, en el contexto de los piqueteros antiaabotistas, la Corte dejó de subsanar las órdenes judiciales a la doctrina de la censura previa y las interpretó en una dirección diferente.

En el caso en cuestión, "Madsen v. Women's Health Center, Inc."¹⁵, el presidente de la Corte Rehnquist, en el voto mayoritario, confirmó la orden de un tribunal local que creaba una zona liberada entre los piqueteros *pro-life* y la entrada de la clínica. Una pequeña calle corría enfrente de dicha clínica, y los piqueteros fueron obligados a permanecer del otro lado de la calle — a 36 pies de la entrada de la clínica, para ser precisos—. Los piqueteros objetaron esta orden judicial sobre la base de que constituía una forma de censura previa. Fue en una nota al pie que la Corte desestimó la objeción y distinguió la orden judicial en cuestión de la invalidada en el caso "Pentagon Papers" por dos motivos. En primer lugar, la Corte hizo hincapié en que la orden emitida en "Madsen", a diferencia de la de "Pentagon Papers", no prohibía toda clase de expresión, sino que sólo la limitaba geográficamente. En segundo lugar, la Corte señaló que dicha orden, en "Madsen", no se había emitido sobre la base del contenido de la expresión.

La primera línea de distinción parece un poco forzada, ya que en el caso "Pentagon Papers", y en uno de sus antecedentes inmediatos¹⁶, se llegó a tratar a una orden judicial interlocutoria como una forma de censura

v. *City of Birmingham*, 388 U.S. 317 (1967). Además, de acuerdo con el caso "Walker", igual los que ignoran una orden judicial deben ser facultados a apelarla. Con esta regla no tiene una traducción exacta al español, por lo menos de primer nivel (véase la ley 14).

¹⁴ Véase, por ej., Fitz, Owen M., *Free Speech and the Prior Restraint Doctrine: an Alternative Dialectic* (21) (1986); Fitz, Owen M., *The Civil Rights Implications of the First Amendment*, Stephen R., *The Future of Prior Restraint*, 29 *Sign. L. Rev.* 576 (1977); Brennan, Johnathan, *Reheating Prior Restraint*, 92 *Yale L.J.* 499 (1982).

¹⁵ "Madsen v. Women's Health Center, Inc.", 512 U.S. 753 (1994).

¹⁶ "Carroll v. Prichard (or Prichard Area)", 361 U.S. 175 (1960), ver también "Organización for a Better Austin v. Keefe" 402 U.S. 815 (1972) que trata una orden judicial intermedia como un tipo de censura previa.

previa. Estas órdenes simplemente buscan demorar o posponer cualquier tipo de expresión por un período de tiempo limitado (10 días o la duración del proceso), y, por lo tanto, están limitadas en su alcance —no geográfica sino temporalmente—. Aun así, el efecto práctico que tuvo esta distinción de la Corte —razonable o no— fue sacar a las órdenes judiciales de la nube en la que habían sido colocadas por "Pentagon Papers" y, de esta manera, habilitarlas como recurso —sin presunción de invalidez— para limitar los piquetes antilaboristas. Tales órdenes judiciales no cuentan la libre expresión, sólo definen los términos en los que podrá proceder.

La segunda línea de distinción de la Corte tuvo un efecto similar, ya que unió la doctrina de la censura previa con otra que había adquirido importancia en la década del '70 y del '80 —"la regla en contra de la regulación del contenido"—. Con esta unión, la objeción de la censura previa devino redundante. Al igual que la doctrina de la censura previa, "la regla en contra de la regulación de contenido" crea una fuerte presunción de invalidez hacia las órdenes judiciales, pero de ninguna manera sólo aplicable a ellas. Dicha presunción no se basa en ninguno de los supuestos rasgos característicos de las órdenes judiciales, como ser su característica de regular para el futuro. Antes bien, busca asegurar el propósito democrático que subyace a la Primera Enmienda, al impedir que el Estado manipule las decisiones públicas favoreciendo a una de las partes del debate por sobre la otra. Como resultado, la "regla en contra de la regulación del contenido" desahenta todo tipo de regulación de la expresión, siempre y cuando, por supuesto, se evite que una de las partes en el debate reciba un trato diferenciado, ya sea favorable o desfavorable.

En su disidencia en "Madsen", el juez Scalia invocó la "regla en contra de la regulación del contenido", con un exceso que no sirvió bien a nadie, y sostuvo que dicha regla requiere que la orden judicial sea sometida a un escrutinio casi fatal²⁴. El juez Rehnquist, igual de comprometido en recibir la doctrina de *Roe*, tranquila pero firmemente, no estuvo de acuerdo. El presidente de la Corte rechazó la presunción de invalidez sobre las órdenes judiciales destinadas a regular los piquetes que surge de la "regla en contra de la regulación del contenido", estableciendo un paralelo con el tratamiento que le había dado a la doctrina de la censura previa. Si bien cada orden, aclaró, se emitió para un caso específico, ello no importó transgredir

²⁴ El juez Scalia se refiere a una filtración del paquete obtenida por empleados o visitantes de la clínica abortiva. De acuerdo con el juez Scalia "Cualquier proceso razonablemente sensible en saber de que se trata de este caso debe mirar este riesgo" (512 U.S. en 386). En un esfuerzo por cumplir, intento obtener el riesgo pero descubri que no existe ninguna copia en los archivos de la Corte. Posteriormente, me procuré una copia, cuyo archivo está ahora en la biblioteca de Yale Law School.

la "regla en contra de la regulación del contenido". Dicha regla sólo se violaría si se estableciera una restricción sobre uno solo de los grupos de protesta —los *pro-life*— que no se estableciera sobre el otro grupo, por ejemplo, los *pro-choirce*, o aquellos que protestaran en contra de la clínica pero por cuestiones civiles o laborales. El juez que emitió la orden judicial no generó ni dirigió ninguna de estas situaciones hipotéticas, ni debería haberlo hecho, pero la mera circunstancia de que la orden se hubiera referido a uno de los contingentes en particular no significa necesariamente que ese grupo hubiera recibido un trato desfavorable.

Debe admitirse que el hecho de que cada orden sea emitida para un caso específico, como advirtió Scalia, puede presentar riesgos de abuso. Al enfrentarse con una determinada protesta, el juez puede descargar sus sentimientos acerca de los méritos de dicha protesta y estructurar la emisión de la orden de manera tal de complicar más a los *pro-life* de lo que hubiera hecho en caso de que se hubiera enfrentado a un piquete de los *pro-choirce* o de activistas de los derechos civiles. La disputa con toda su particularidad es ante el juez y él puede quedar atrapado por ella. Pero tratar a las órdenes judiciales como presuntamente inválidas por esa razón parece llevar demasiado lejos el riesgo del abuso; pasa por alto la capacidad de los jueces de ser imparciales. Además, desestima las genuinas ventajas hacia los valores de la Primera Enmienda que se obtienen al permitirle al Estado regular a través de órdenes judiciales, a diferencia de regular a través de leyes penales. Como enseña el "Norris-La Guardia Act", en el contexto laboral puede haber especiales razones para desalentar las órdenes judiciales ya que el privilegiado *status* económico de los jueces puede llevarlos a identificarse con el empleador.²² Pero no existen tales razones para la desconfianza sistemática en el contexto del aborto.

²² Norris-La Guardia Act, ch. 49, 47 Stat. 71 (1932) (codificado como enmendado en 29 U.S.C. § 101-105 (1982)). Para más sobre el uso de órdenes judiciales en el contexto laboral, ver PASTERNAK, FINE - GROSS, MATIAS, *The Labor Agreement*, 2^{da} ed., 1983.

Después de que el gobierno de los Estados Unidos empleara, de manera rutinaria, una orden judicial para evitar lo que se consideró como el "Rafinesco Boycott" en 1994, los empleadores advirtieron que podría obtenerse delincuencia de jueces federales para evitar boicots y cualquier tipo de actividad organizada por los sindicatos. Esas órdenes solían ser evasivas: una orden judicial emitida por una corte federal en los años '30 efectivamente prohibió el sindicato de trabajadores de los minas trabajar con los trabajadores que habían firmado cartillas obreras. Después de evitar lo que se consideró como "el gobierno a través de las órdenes judiciales", los laboristas y sus aliados conmovieron al Congreso de los Estados Unidos en 1932 a sancionar una ley que se llama "Norris-La Guardia Act", que impone fuertes límites procesales y sustantivos al poder de los tribunales federales para emitir delincuencia al punto de prohibirlos, de manera efectiva, emitir órdenes judiciales en casos en los que surgieran de boicots laborales. Varios estados hicieron lo mismo y sancionaron leyes locales que se conocieron como "Little Norris-La Guardia Act", que imponían límites similares en los poderes de los tribunales locales. (V. de la T.)

El fallo "Madsen" de la Corte Suprema, sobre la objeción hacia la censura previa, liberó a las órdenes judiciales que regulaban los piquetes de la presunción de invalidez. Su decisión con respecto a la aplicabilidad de la "regla de la regulación del contenido" tuvo un efecto similar: no debe establecerse una presunción de invalidez simplemente porque una orden judicial está dirigida a un grupo particular de protesta (y no a los otros). Al llegar a esta conclusión los simpatizantes de la mayoría eran manifiestos: los jueces vieron el peligro y creyeron que la orden judicial podía tener un papel importante a la hora de establecer los límites de la confrontación. Aun así la Corte, sabiamente, se cuidó de no crear una presunción de validez a favor de la orden. La Corte estaba dispuesta a revisar cada orden caso por caso, más aún, cláusula tras cláusula, para ver si los valores de la Primera Enmienda habían sido plenamente respetados. Las órdenes judiciales que regulan los piquetes organizados frente a las clínicas abortistas debían ser examinadas una por una y no genéricamente.

III

Las disputas doctrinarias sobre la Primera Enmienda giran comúnmente en torno al grado de escrutinio —¿estricto?, ¿intermedio?, ¿ordinario?— al que debe ser sometida la regulación desafiada. *Madsen* proveyó de nuevo material para los tratadistas, al crear un nuevo estándar entre el "escrutinio intermedio" y el "escrutinio estricto" a la hora de juzgar las órdenes judiciales que regulan piquetes. De acuerdo con la Corte, la regulación particular debe servir a un interés del gobierno que sea "significante", y en la búsqueda de ese propósito, la regulación no debe "limitar más expresión que la necesaria".²¹ En la secuencia de 1997, "*Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York*", la mayoría de la Corte confirmó este examen.²² Nuevamente, la opinión de la Corte fue escrita por su presidente. Hubo otra aguda disidencia del juez Scalia.

Tanto en "*Madsen*" como en "*Schenck*", la Corte empleó el *test* entre intermedio y estricto para justificar el establecimiento de zonas liberadas entre los piqueteros y la entrada o salida de automóviles de las clínicas: en "*Madsen*" dicha zona era de 36 pies; en "*Schenck*" era de 15 (en "*Schenck*", la orden judicial permitió a dos piqueteros, conocidos en el ambiente como "sidewalk counselors,"²³ entrar a la zona liberada para hablar con las perso-

²¹ "*Madsen*", 51 U.S. en 345.

²² 117 S. Ct. 855 (1997).

²³ La traducción literal de esta expresión es "consejeros de la acera" o "de la vía pública" (IV de las TL).

nas que entraran a la clínica, bajo la condición de que se retiraran en el momento en que la futura paciente indicara que deseaba que la conversación llegara a su fin). En cada caso, la Corte revocó un cierto número de cláusulas de la orden judicial con el argumento de que se excedían de lo necesario para servir al interés relevante del Estado: en "Schenck" la cláusula invalidada creaba una zona liberada flotante que se trasladaba en función de las personas que entraran a la clínica; en "Madsen" la cláusula invalidada creaba una zona de 300 pies alrededor de la clínica en la cual los piqueteros no podían acercarse a las futuras pacientes que no dieran su consentimiento para hablar, así como también establecía zonas similares alrededor de ciertas residencias privadas e impedía el uso de imágenes que pudieran ser observadas por las pacientes dentro de la clínica ²⁶. Aún así, el objetivo esencial de ambas decisiones era legitimar la creación de un espacio físico —una zona liberada de modesta proporción— entre los piqueteros y la entrada o salida de automóviles de la clínica.

La creación de tal zona parece plenamente coherente con la Primera Enmienda, y acomoda de manera justa los intereses en conflicto. Scalia sintió que, al retirar a los piqueteros de la entrada de la clínica, el Estado estaba tomando partido por las fuerzas *pro-choice* y, por ende, incumpliendo con su obligación de ser neutral frente a dos puntos de vista en pugna. Pero esto no es así. Lo que la neutralidad requiere, en este contexto, es que la restricción esté justificada con razones independientes a los méritos de la disputa subyacente. Lo que justificó las zonas liberadas creadas en "Madsen" y "Schenck" no fue el deseo de desfavorecer a los protestantes o la hostilidad hacia sus puntos de vista, sino más bien otra serie de intereses —en opinión de la Corte, la seguridad y el orden público, la promoción del libre flujo del tránsito, la protección de los derechos de propiedad y la libertad de las mujeres de recibir servicios relacionados con el embarazo ²⁷—.

En la asamblea vecinal, donde la expresión es esclarecedora y el Estado es el parlamentario, la intervención del Estado podría ser jugada de acuerdo con los resultados. Aun si las reglamentaciones del parlamentario se apoyan en bases neutrales, pueden tener como resultado perjudicar a uno de las partes y, por ese motivo, interferir con el autogobierno. Imagine, por ejemplo, una reglamentación que requiriera que todos los oradores usaran micrófonos pero que el Estado no los proveyera. La decisión de no proveer los micrófonos podría basarse en la escasez de recursos, y el requisito de

²⁶ Sin embargo, la Corte de "Madsen" confirmó una restricción en la cantidad de noche que las personas podían hacer. Ver "Madsen", 512 U.S. en 398, ver también "Schenck", 117 S. Ct. en 896.

²⁷ Ver "Madsen", 512 U.S. en 398; ver también "Schenck", 117 S.Ct. 896.

usarlos podría basarse en una cuestión de adición. Aun así, el impacto desigualitario y la amenaza a la Primera Enmienda, serían manifiestos. Los pobres tendrían menos posibilidades de hablar, y el debate público empobrecería.

En el contexto de los piquetes, sin embargo, no podemos esperar resultados neutrales. El espacio para esa clase de neutralidad no existe. Las dos partes están simbólicamente trabadas en lucha; cualquier intervención del Estado, necesariamente, va a alterar los términos del enfrentamiento y, como consecuencia, desequilibrar el poder. En términos de resultados, la intervención del Estado nunca puede ser neutral. Ni siquiera quedándose al margen, sin hacer nada, puede ser neutral, ya que eso, simplemente, afirma el *status quo* y su distribución del poder. Todo lo que uno puede esperar en cuanto a los piquetes, es la neutralidad con respecto a las bases sobre las cuales se apoya la regulación, con pleno conocimiento de que, aun si eso puede alcanzarse, tendrá consecuencias no-neutrales —los *pro-lifera* pueden ser expulsados y, en ese sentido, desfavorecidos—.

Lo que basta asegurar la neutralidad de base es que el Estado no pueda acallar o desfavorecer a una parte en una disputa, simplemente porque disiente con la posición de esa parte —el Estado no puede decretar que la posición de unos es correcta y la de los otros, equivocada—. En la mismísima base de la Primera Enmienda, como señaló el juez Brennan en el caso de la quema de banderas²⁴, yace el principio que prohíbe a los agentes del Estado suprimir la expresión simplemente porque están en desacuerdo con ella. Es según ese principio que se establece como requisito mínimo que la Corte examine la razón por la cual se regula la expresión.

En “Schenck”, la Corte fue más allá de “Madsen” para aclarar que dicho requisito debía ser entendido objetivamente; lo que importa no es lo que movió al juez a decidir, sino más bien lo que pueda decirse a favor de la orden judicial. Este tema surgió cuando se estaba interpretando una cláusula de una orden judicial que permitía a dos de los llamados “sidewalk counselors”, a entrar a la zona liberada para hablar con las futuras pacientes. Como una restricción a la facultad de acceso a dicha zona, la Corte de Distrito otorgó a las futuras pacientes un poder de cese o desistimiento —el derecho a interrumpir las conversaciones cuando ellas quisieran—. Este poder, dijo el juez, es necesario para proteger su derecho a ser “dejadas a solas”.

²⁴ “Texas v. Johnson”, 491 U.S. 397, 414 (1989) (“no hay ningún primer que cese que sobreviva en la Primera Enmienda, es que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad encuentra a las ideas en sí mismas ofensivas o desagradables”).

Sobre el poder de cese y desistimiento, la Corte Suprema comentó: *"Dudamos de que la acción de la Corte de Distrito para incluir tal cláusula —proteger el derecho de las personas que se están operando y entrando a las instalaciones a 'ser dejadas a solas'— refleje acertadamente nuestra jurisprudencia sobre la Primera Enmienda..."* Sin embargo, la Corte continuó para concluir que, el poder de cese y desistimiento puede justificarse como un medio para prevenir "hostigamiento" e "intimidación". Aunque el juez de distrito no había usado el temor al hostigamiento o la intimidación como fundamento para el poder de cese y desistimiento, la Corte Suprema advirtió que él había notado que los "sidewalk counselors" habían sido arrestados por hostigar e intimidar a las futuras pacientes y que habían continuado con esa conducta objetable aún después de sus respectivos arrestos. Lo crucial para la Corte Suprema era una posible fundamentación de la decisión y no la efectivamente utilizada. Desde el momento en que existían bases neutrales para la intervención entre las fuerzas en puja no se podía decir, al menos en un nivel, que los agentes del Estado estaban desfavoreciendo a una de las partes porque estaban en desacuerdo con su posición o porque se sentían ofendidos por ella. La motivación del juez estaba equivocada, pero ese error no tuvo efectos prácticos, ya que existían buenas bases para su acción.

La *neutralidad de bases* no es, sin embargo, la medida completa del deber del Estado. La Primera Enmienda también otorga a aquellos que protestan una oportunidad razonable de enfrentarse públicamente con el presunto equivocado, ya que, sin ese enfrentamiento público, no puede haber confrontación ni testimonio en el sentido clásico, y los valores democráticos a los que sirve la actividad de protesta permanecerán insatisfechos. En el contexto de una asamblea vecinal el requisito de la interacción social está implícito en la propia metáfora. Toda la gente está sentada en un salón, debatiendo unos con otros. Pero cuando se trata de piquetes, el foro para el enfrentamiento no puede ser asumido, es creado por el Estado al definir los límites de la protesta.

En ambos "Madsen" y "Schenck", la Corte parece plenamente sensible a la necesidad de dar a los piqueteros una oportunidad razonable de enfrentarse a los presuntos equivocados. Como ya se dijo, en "Madsen" la Corte revocó una cláusula que exigía una zona de 300 pies alrededor de la clínica en la cual los "sidewalk counselors" no podían acercarse a las futuras pacientes que no prestaban su consentimiento para conversar. Una zona liberada tan extensa —del tamaño de un campo de football— podría destruir la posibilidad de un enfrentamiento público entre aquel que protesta y el presunto equivocado. No puede decirse lo mismo respecto de la zona liberada

de 36 pies de "Madsen" o de la de 15 de "Schenk". Ambas permiten a los piqueteros y a las personas que están entrando a la clínica advertirse mutuamente e incluso estar físicamente apesimados. Por supuesto, los piqueteros querían estar aún más cerca, hasta el punto de bloquear el acceso, pero estas zonas se acomodaban a las necesidades de aquellos que querían atenderse en la clínica y, al mismo tiempo, preservaban la capacidad de los piqueteros de confrontarse o prestar testimonio ante aquellos que elegían entrar.

La Corte pareció, sin embargo, menos sensible a los intereses de la Primera Enmienda y a la necesidad de preservar la oportunidad de confrontación cuando trató el caso de los piquetes en los domicilios particulares. Debe decirse que la Corte de "Madsen" invalidó una cláusula de una orden judicial que creaba una zona en la cual no podían hacerse piquetes alrededor de las residencias del *moff* de la clínica abortista. Esta zona era de 300 pies y la Corte revocó esta cláusula por excesiva. Pero el fallo de mayor importancia —tanto para la práctica como para la teoría— tuvo lugar unos años antes en "Frisby v. Schultz".²⁹ En ese caso, la Corte eliminó eficazmente el domicilio particular como un sitio de confrontación.

El tema en "Frisby" era una regulación que prohibía los piquetes en zonas residenciales. Esta regulación tomó la forma de una ordenanza municipal más que de una orden judicial. En consecuencia, la doctrina de la censura previa no era aplicable. Tampoco lo era la regla "en contra de la regulación del contenido". Como una cuestión meramente histórica, la ordenanza fue sancionada como respuesta a una protesta contra un médico que practicaba abortos. Pero la prohibición sancionada se aplicaba a todos los piquetes en zonas residenciales y, por lo tanto, no podía ser impugnada sobre la base de la regla "en contra de la regulación del contenido". Dado que, ni la doctrina de la censura previa ni la regla "en contra de la regulación del contenido" eran aplicables al caso, los eventuales piqueteros tomaron otra doctrina de la Primera Enmienda, llamada "overbreadth"³⁰.

²⁹ 487 U.S. 474 (1988).

³⁰ No existe una definición literal de esta expresión, que además puede dar a entender a qué se refiere. En general, aquellas personas que sostienen que una ley es inconstitucional deben demostrarlo en el caso en particular, es decir, por la manera en que se aplica a la persona que así protesta la eventual inconstitucionalidad de una ley en su aplicación a otras personas, agoras al que lo sostenga invalida es irrelevante. Este es un principio clave que atañe al control judicial de constitucionalidad, tal como se lo conoce en Estados Unidos y en la Argentina. No obstante, en la jurisprudencia norteamericana se ha desarrollado una excepción al principio mencionado, cuando el rechazo de "overbreadth" se hace en relación con leyes que afectan a la libertad de expresión. Esta excepción, conocida como la "doctrina del overbreadth", permite que personas que no tienen fundamentos constitucionales como para proteger su derecho puedan atacar la ley "overbroad" demostrando que dicha ley afecta la libe-

La doctrina del "overbreadth" permite a la Corte invalidar una norma que regula la expresión siempre que pueda aplicarse a una actividad que está constitucionalmente protegida.²¹ La ley puede ser aplicada tanto a una actividad desprotegida como a una protegida, pero con la mera posibilidad de aplicar la ley a una actividad protegida se activa la posibilidad de declararla inválida. Para darle sustancia a su reclamo, en "Frisby", se solicitó a la Corte que imaginara a un único, solitario piquetero parado en silencio en un espacio público frente a la casa de un médico acusándolo de homicidio. En su respuesta, la Corte reconoció que la ordenanza impugnada era aplicable a esa situación, pero seguidamente rechazó el reclamo del "overbreadth" sobre la base de que esa clase de protesta no está protegida por la Primera Enmienda.

Para llegar a esa conclusión, la jueza O'Connor, escribiendo para la Corte, determinó que el interés que el Estado estaba protegiendo era el del derecho a la privacidad. En estos términos, había un conflicto entre dos valorados derechos —la privacidad y la libertad de expresión—, y la municipalidad estaba autorizada a inclinarse a favor del derecho a la privacidad. El problema, sin embargo, es que el derecho a la privacidad, como se lo entiende comúnmente, no estaba siendo amenazado. Dado que el piquetero estaba parado solo y en silencio en un espacio público, no había, por hipótesis, intrusión al domicilio particular o a la propiedad del médico —no había entrada física, ni traspaso, ni proyección electrónica del mensaje ni gritos—.

"Privacidad" es un término con muchos significados, especialmente en el derecho, y la jueza O'Connor puede haberlo utilizado haciendo referencia al derecho a "ser dejado a solas".²² En varias ocasiones, más recientemente en "Schenck", la Corte expresó considerables dudas respecto de si

dicho constitucionalmente protegido de otro período. Si se contempla que existe "overbreadth" y que es inconstitucional, la ley puede perder su aplicación de la manera en que está escrita. Si no se refiere, los jueces, a través de la labor proscriptiva, deben otorgar unido de que se limiten proscriptivas puestas sobre la base de la ley en cuestión. Esta doctrina ha sido objeto de varios hitos en los Estados Unidos (N. de la T.).

²¹ Para un tratamiento más extenso de la doctrina del "overbreadth" ver Fiss, Owen M., *Constitutional Law*, 2.ª ed. (1986) (1973). Ver también *Note*, *See First Amendment Overbreadth Doctrine* 83 *Harv. L. Rev.* 844 (1970). Las leyes llamadas "overbroad" son similares a las leyes vagas en cuanto a que ambas restringen la libertad de expresión y se interpretan como para restringir actividades protegidas constitucionalmente. El ahora clásico artículo del profesor Anthony Amsterdam es un excelente punto de partida para explorar el tema de la vaguedad y su relación con "overbreadth". Véase *Amsterdam, Anthony*, *Note*, *The Unfulfilled Promise: Discretion in the Supreme Court*, 109 *U. Pa. L. Rev.* 67 (1961).

²² Para la articulación original del ahora universalizado derecho, ver *Warren, Samuel D. - Brandeis, Louis D.*, *The Right to Privacy*, 4 *Harv. L. B.* 183 (1890).

existía el derecho generalizado a "ser dejado a solas" en la vía pública, al menos, si existía tal derecho que pudiera ser utilizado para silenciar la protesta. Pero cuando del domicilio particular se trata, la Corte pareció tener otra opinión. En "Frisby" falló que, en el domicilio particular efectivamente existe un "derecho a ser dejado a solas" que, en términos prácticos, autoriza al Estado a prohibir todo piquete que tenga lugar frente a una casa, aun cuando sea pacífico, silencioso, en propiedad pública, y conformado por una sola persona. Para llegar a tal conclusión, la jueza O'Connor debió haber razonado que es necesario que exista una zona libre de compromiso, en donde la gente no deba enfrentar las consecuencias morales de sus acciones. Los médicos pueden ser confrontados en la parte céntrica de la ciudad, donde trabajan, en la oficina o en la clínica, pero no cuando están en sus casas. Ahí tienen el derecho a ser libres de las preocupaciones del día.

En "Frisby", el juez Brennan seguido por los jueces Marshall y Stevens disintieron. Brennan aceptó la posibilidad de que el Estado regulara los piquetes en los domicilios particulares; deben ser en un espacio público, pacífico, y no pueden traspasar al domicilio del médico. Objetó la capacidad del Estado de eliminar todo piquete en zonas residenciales, incluyendo al solitario piquetero imaginado a propósito del reclamo del "overbreadth". Tal restricción legítima una suerte de "escapismo moral" que produce una lesión al compromiso hacia la política de enfrentamiento, que tan esencial era para él en una democracia.

Hoy día, en los tranquilos barrios suburbanos de los Estados Unidos, poca gente camina por la calle. Que haya un grupo de gente o aun una persona merodeando misteriosamente afuera de su casa, es una rareza y, por supuesto, una fuente de ansiedad. Es la ansiedad de la presencia física —un temor de que el extraño pueda intentar ingresar a su domicilio o atacarlo a la salida—. Nadie debería sufrir esa ansiedad, y el Estado debería tomar precauciones apropiadas en contra de la conducta que la genere. La ansiedad que generan los piquetes antiabortistas es de otra clase —es una ansiedad moral—. El médico está siendo acusado de cometer un crimen horrendo, más específicamente, un homicidio, y la presencia del piquetero solitario frente a la casa del médico es un recordatorio constante de esa acusación. Por definición, un acto de confrontación debe indicar las bases de la oposición.

El piquetero antiabortista puede crear ambos tipos de ansiedad —tanto la física como la moral—. El médico puede temer, como en un cuento reciente del escritor T. Coraghessan Boyle¹⁵, que el piquetero esconda sus señales y entre a su casa, o se enoje y lo ataque a él o a su familia, cuando

¹⁵ T. Coraghessan Boyle, *Alfred Babes*, The New Yorker, 2 diciembre 1996, en 86.

entran o salen del hogar. El Estado ciertamente puede responder a ese peligro. Sin embargo, no podría prohibir a cada persona pararse o caminar o vigilar frente a la residencia si es que la doctrina del "overbreadth" tiene algún sentido. El Estado no puede prohibir a los estrafaleros pararse frente a la casa del médico. Lo que sí puede hacer es instalar un puesto policial frente a la casa, intentar prevenir ataques físicos o bien el ingreso físico, regular el número de personas que participa en el piquete, y mantener a todos los piqueteros a una distancia determinada de las puertas y de las entradas y salidas de automóviles —todo para mantener el espíritu de "Madsen" y "Schenck"—. Estas medidas pueden proveer al médico de protección física, pero no le permiten escapar de la política.

La ansiedad moral, por supuesto, tiene sus costos —de hecho, es eso a lo que apunta el ejercicio—. Enfrentado con la perspectiva de tener aunque sea una sola y solitaria figura frente a su casa a cada hora del día acusándolo de homicidio, el médico bien puede decidir abandonar la práctica abortista. Como resultado, las mujeres que viven en esa comunidad pueden verse privadas de ejercer la opción que la Constitución les extiende. El juez Brennan no descuidó este riesgo, y seguramente se disgustaría si se materializara. Crucial como fue en la formación de la mayoría de "Roe v. Wade", debe haber esperado que la imaginada confrontación no resultara en la lesión de la opción de la mujer. Aun así, su inclinación fue confiar en la residencia del médico más que en una orden al Estado para que se cumpla su deseo. Para él la democracia otorga derechos pero también impone deberes —quizá el deber de escuchar— y niega la posibilidad de escaparse de las implicancias morales de las propias acciones por el mero hecho de regresar a casa.²⁴

En su manejo de los piquetes en las clínicas, los jueces mostraron haber aprehendido la imperfección del proceso electoral y el rol esencial de la protesta ciudadana en una democracia. Con la aprobación por la Corte de las zonas liberadas se logró acomodar los intereses en pugna entre los que protestaban y aquellos con derecho a utilizar las clínicas. De hecho, "Madsen" y "Schenck", ambos escritos por el presidente de la Corte Rehnquist, pueden ser vistos como testimonios de su mandato. Pero los jueces se equi-

²⁴ La acción del deber de comprometerse con el diálogo político es uno de los principios fundacionales del auto-gobierno democrático, con raíces profundas en la jurisprudencia de la Primera Enmienda. Véase, por ejemplo, "Shutsky v. California", 374 U.S. 357, 375 (1963) (Brennan, J.), citado con cita a favor ("Aquellas que garantizan nuestra independencia crean que la nación americana es la libertad era el pueblo entero; que la deliberación pública es un deber político; y que esto debería ser un principio fundacional del gobierno Americano").

vocaron usando, en "Frisby", se trasladaron de las clínicas hacia los piquetes en las zonas residenciales. Movidos por el especial apego que, obviamente, sienten hacia sus casas, sentimiento probablemente compartido por la mayoría de los americanos, debilitaron los compromisos demeríticos que los habían guiado en "Madson" y "Schenck".

El hogar, de hecho, es diferente. Allí están localizadas nuestras relaciones más íntimas. El hogar, en los mejores días, nos provee de cierta paz frente a las hostilidades del mundo. Estas diferencias pueden ser claramente reconocidas aun sin que sea necesario convertir el domicilio particular en un refugio para el "escapismo moral". Por el contrario, la casa debería ser, sobre todo, el lugar en donde sopesemos más seriamente las consecuencias de nuestras acciones. Debemos utilizar el amor y la tranquilidad que nos provee para revisar nuestra conciencia y, a través de ese diálogo silencioso conocido como penitencia, responder a aquellos que son testigos de todo lo que hemos hecho.