

Elogio académico a Owen Fiss

MÓNICA PINTO

Hola a todos, muy bienvenidos todos.

Les agradezco que estén hoy aquí compartiendo con nosotros, la comunidad académica de la Universidad de Buenos Aires, la ceremonia de entrega del título de Doctor *Honoris Causa* a Owen Fiss, Sterling Professor Emeritus of Law de la Universidad de Yale.

La Universidad no puede ser pensada solamente en función de la producción de conocimientos. No es sólo un centro de seriedad y rigor académico en el que, mediante la investigación y la enseñanza, se logran elevados índices de dominio de las ciencias y se forman los especialistas en ellas.

La Universidad es también, y muy especialmente, un centro de reflexión, un ámbito donde se construyen concepciones del mundo, un lugar en el que debe comprenderse lo que pasa en la sociedad y donde debe ayudarse a todos aquellos que integran la comunidad a participar en ella.

Esto es lo que pensamos en la Universidad de Buenos Aires. Por eso, además de consagrar a través del juicio de pares a quienes regularmente ejercen la investigación y la docencia, la Universidad de Buenos Aires se preocupa por ofrecer la cátedra, la tribuna académica, a quienes suscriben su preocupación por comprender lo que pasa en la sociedad y contribuyen a la participación de sus integrantes.

Esta es la idea que subyace al Doctorado *Honoris Causa* que la Universidad de Buenos Aires entrega hoy al Profesor Owen Fiss. Hoy distinguimos su actividad en el ámbito de la justicia, del Estado de derecho y los derechos humanos y, más aún, distinguimos una trayectoria de compromiso con la realidad democrática argentina y latinoamericana.

Owen Fiss es un profesor destacado, un jurista conocido en el mundo por su trabajo. Además, Owen Fiss es un demócrata cabal, un formador de ciudadanos conscientes de sus derechos y de su papel en la cons-

trucción cotidiana de la democracia, un amigo de la democracia argentina restablecida en 1983, un amigo de la academia argentina, un referente en el terreno de las libertades.

Owen Fiss obtuvo un *Bachelor of Arts* del Dartmouth College en 1959, en los Estados Unidos, dos años más tarde un *Bachelor of Philosophy*, en Oxford University, en el Reino Unido, y un Doctorado en Derecho en 1964 en la University of Toronto, en Canadá.

Su carrera profesional se inició como secretario legal, acá diríamos trabajando en la vocalía del juez Thurgood Marshall que se desempeñaba como miembro de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito, 1964-1965, y de William J. Brennan, ministro de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de 1965 a 1966, dos de los jueces más conocidos y citados de la historia judicial de los Estados Unidos.

Posteriormente, de 1966 a 1968, fue asistente especial de John Doar, el Subprocurador General, Assistant Attorney General, a cargo de los derechos civiles, en el Departamento de Justicia, realizando aportes significativos en un momento complejo de la historia política y social de su país.

El profesor Fiss inicia su enseñanza universitaria en la Universidad de Chicago, de 1968 a 1974, se desempeñó como profesor invitado en Stanford en el Fall de 1973. Luego se muda a Yale, donde lo hicieron suyo: como profesor de Derecho hasta 1982, como titular de la cátedra Alexander M. Bickel de Derecho Público hasta 1992 y desde entonces como Sterling Professor of Law.

Desde 1995 es miembro de la Academia Americana de Artes y Ciencias.

Owen Fiss ejerce funciones de asesor académico en un número muy importante de publicaciones. Es miembro del consejo editorial de *Philosophy & Public Affairs*, *Foundation Press*, *Yale Journal of Criticism*, *Journal of Law and Liberation*, *Yale Journal of Law and Humanities*, *Law, Economics and Organization* y *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*; es asesor del *Vanderbilt Institute of Policy Studies de Vanderbilt University*, y editor del *Boston Review*.

Coherente con su docencia y su doctrina, Owen Fiss es miembro de la junta ejecutiva de *Lawyers Committee for Civil Rights Under Law*, y vicepresidente de la *American Society of Policy and Legal Philosophy*.

Owen Fiss es un referente para la enseñanza del Derecho. Las clases en que se discuten cuestiones relativas a la libertad de expresión requieren, indefectiblemente, una referencia a la obra de Fiss. Lo mismo sucede cuando el tópico es las acciones de clase, una materia en la que su trabajo ha sido muy destacado.

The Irony of Free Speech, La ironía de la libertad de expresión, de 1999, es un clásico insoslayable en la materia. Owen Fiss plantea allí que el Estado debe intervenir en el contexto de la libertad de expresión para garantizar “la integridad del discurso público, que asegure que el público escuche todo lo que debe escuchar”, lo que constituye, en sus palabras, “un fin permisible del Estado”, protegiendo de esta forma la libertad de expresión. El profesor Fiss subraya el silencio de las mujeres en el debate sobre la pornografía, el de las víctimas en el discurso del odio, y el “ilimitado gasto de campañas políticas (que) no solo reproduce la desigual distribución de riqueza y pone en desventaja a los pobres en la arena política, sino que tiene también el efecto de silenciar –hasta el desvanecimiento total– la voz de los que menos tienen. Los ricos pueden así dominar el ámbito de la publicidad de los medios y otras esferas de lo público, de tal manera que el público, en efecto sólo escuche su mensaje”. De este modo, a algunos grupos de histórica marginación les resulta imposible acceder a la discusión de los asuntos públicos. Este efecto silenciador es, precisamente, el que justifica el nuevo rol del Estado en aras de proteger.

Ese mismo año de 1999, Owen le dedica a Thurgood Marshall (una inspiración para todo el mundo) *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos americanos*. Analiza allí la situación de los extranjeros en los Estados Unidos, aquellos que aún no consiguen ser ciudadanos, y el trato de que son objeto. Sostiene el profesor Fiss: “Mi objetivo no es modificar el proceso de ingreso al país ni tampoco proponer que se abran las fronteras, sino más bien insistir en que las leyes que regulan la admisión no pueden ser aplicadas o implementadas de modo que transformen a los inmigrantes en parias. El cumplimiento de las leyes inmigratorias puede lograrse con vallas en las fronteras, procedimientos de deportación o sanciones penales y no, en mi opinión, con restricciones sociales”, y continúa: “la Constitución no es un conjunto de reglas para maximizar el bienestar individual a escala global sino un

pronunciamiento del modo en que una sociedad quiere organizarse y prohíbe la subyugación, aun la voluntaria, porque esa práctica desfiguraría a la sociedad". Las restricciones sociales a los inmigrantes están en oposición con el igualitarismo al que aspira la Constitución de los Estados Unidos, y enseña Fiss: "No debemos subyugar a los inmigrantes, no porque les debamos algo, sino para preservar nuestra sociedad como una comunidad de iguales". La enseñanza es que "[l]a Constitución niega a la mayoría el poder de transformar a un grupo en paria, y la carga de transformar esta regla en una verdad viva, tomando una frase de Brennan, recae en los tribunales".

La discusión sobre la seguridad en democracia, sobre la lucha contra el terrorismo en el Estado de derecho es otro de sus temas. El mundo posterior al 11 de septiembre exige de análisis rigurosos sobre lo que puede flexibilizarse y lo que no debe flexibilizarse.

En 2003, en *In the Shadow of War*, Owen Fiss pone de manifiesto que en la evidente ilegalidad de la Guerra de Iraq -una afrenta al sistema jurídico internacional- un número importante de buenos y capaces jueces renunció a sus más básicas responsabilidades a la luz de la Constitución. En rigor, la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos ha sido inveteradamente una fuente de inspiración para fundamentar el derecho a la jurisdicción y en el pos 9/11, eso se perdió. Owen invita allí a sus colegas, profesores de Derecho, a confrontar los actos de gobierno con el derecho y a despojar de drama las conclusiones; ese trabajo paciente, detallado, fundado en la razón será la más durable contribución.

En *La guerra contra el terrorismo y el Estado de derecho*, 2006, Owen Fiss recupera el principio de libertad por el cual un individuo sólo puede ser detenido *in flagrante delicto* o por orden judicial y el principio por el cual, sin distinciones en cuanto a los destinatarios, el poder público debe ajustar su conducta a la Constitución y a las restricciones que ella impone.

En *Los peligros del minimalismo*, 2008, Owen Fiss analiza el minimalismo judicial, esto es: la lectura que indica que los jueces deben ser humildes en sus propósitos, escuetos en sus fundamentos, a los que deben buscar esencialmente en la letra de la ley y no en los principios constitucionales, a partir de los fallos judiciales sobre la situación de los

prisioneros de Guantánamo en el contexto de la guerra contra el terrorismo. Demuestra allí cómo el minimalismo ha conducido a una legislación “de excepción” que priva a los prisioneros de derechos básicos y compromete la capacidad de la Corte Suprema para garantizar el derecho a la jurisdicción. Entiende que la lectura imperante del minimalismo reduce la democracia a un mayoritarismo como opuesto a un amplio proceso deliberativo que dota de contenido a los valores fundamentales de una nación e impide el papel importante y constructivo del Poder Judicial en tal proceso.

En *El ejemplo de América*, 2009, Owen Fiss analiza la práctica de la administración Bush que llevó a cuestionar la prohibición de la tortura. Señala Fiss que la tortura no fue prohibida solamente por la Convención Internacional de 1984, sino que su prohibición emana del principio de dignidad, que surge de la Octava y de la Quinta Enmiendas. A la luz de esos principios analiza los Memoranda del Departamento de Estado. Sin perjuicio de recordar que se viola la dignidad humana en todas y en cada una de las ocasiones en las que se tortura, Owen Fiss ataca el *lawless space*, el criterio del espacio sin derecho, que en los memoranda permitía la presión física, y señala: “Lo que torna aplicable la prohibición constitucional es que la tortura es practicada por funcionarios de los Estados Unidos o por otros actuando en su nombre y representación. El principio de dignidad que rige la interpretación de la Quinta y de la Octava Enmiendas está pensado en función de las personas y no de los lugares”.

En *No más aberraciones*, 2010, Owen Fiss repasa todo el catálogo de nuevas prácticas instituidas por la Administración Bush, como la práctica de la tortura, el traslado secreto de prisioneros a países en los que la tortura es cotidiana como Siria y Egipto, entre otros. Se preocupa por el hecho de que ciertas políticas inconstitucionales iniciadas en la era Bush de la Guerra contra el Terror parecen haber adquirido vida propia y se están transformando en parte del paisaje del orden jurídico de los Estados Unidos. Advierte que ellas traicionan los mejores ideales de la nación americana, socavan uno de los pilares de la sociedad estadounidense y dejan sin fundamento –a todos los estadounidenses, incluido Obama– el derecho a hablar del ejemplo de América como el faro para el mundo.

En *El mundo en que vivimos*, 2011, analiza los obstáculos a la libertad de expresión en el contexto de la guerra al terrorismo, básicamente las intervenciones de teléfonos y computadoras, y rescata la política de la Corte Suprema inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, con los disensos de los jueces Holmes y Brandeis, de limitar las leyes que perseguían criminalmente a los que enarbolaban el discurso de la violencia, no para proteger ese discurso sino para proteger la crítica de una sociedad tan radicalizada que sólo propone lograr sus objetivos por la violencia.

La obra de Owen Fiss incluye *Troubled Beginnings of the Modern State, Liberalism Divided, A Way Out/America's Ghettos and the Legacy of Racism, Adjudication and its Alternatives* (con Judith Resnik), y *The Law as It Could Be*.

La relación de Owen Fiss con la Argentina es muy particular. Se puede así señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha basado en argumentos esgrimidos por Fiss para dictar una de las sentencias más importantes de su historia en materia de libertad de expresión, el fallo *Río Negro*.

Recordarán ustedes que el periódico se había agraviado por el retiro de casi toda la pauta oficial, inmediatamente después de haber cubierto críticamente un escándalo por sobornos que implicaba al entonces gobernador de Neuquén. En su fallo de 5 de septiembre de 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que si bien no existe el derecho a recibir propaganda oficial, el Estado no debe asignar los recursos publicitarios de modo arbitrario ni debe atender al enfoque editorial al hacerlo. Así, entendió que el retiro de la pauta oficial llevado a cabo por el Gobierno de Neuquén no estaba razonablemente justificado y que constituía una violación a la libertad de expresión sin que el periódico necesitase demostrar haber sufrido un perjuicio económico. Citando a Owen Fiss en *La ironía de la libertad de expresión*, dijo la Corte: “El Poder Judicial debe examinar la actitud estatal sin tener en cuenta el motivo de esa actitud, sino atendiendo a la determinación cuidadosa del efecto global de la regulación estatal sobre el debate público”. En el mismo sentido, la sentencia apunta a distinguir “las acciones estatales reguladoras y las distribuidoras: en el contexto de estas últimas es inevitable un cierto grado de efecto silenciador que surge de la escasez de

recursos”, siempre con cita de Fiss, y continúa: “El establecimiento de un programa de subvenciones puede no ser obligatorio pero puede ser algo más que meramente lícito o admisible (*permissible*). Puede estar constitucionalmente favorecido –una categoría intermedia entre lo permitido y lo obligatorio– y en virtud de este estatus merecer el mismo tipo y grado de escrutinio judicial que se aplica a las regulaciones estatales (*The Irony of Free Speech*, 3ª ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998, p. 38 y de la edición en castellano). El escrutinio judicial –ante la ausencia de una atribución directa de publicidad a los medios privados en la Constitución Nacional– debe proteger a los medios de difusión ante las medidas que encubran una voluntad de afectar indirectamente la libertad de prensa”.

Pero también y sobre todo es bueno explicar cómo Owen Fiss traba su relación con la Argentina. Y esa mención supone referirse a Carlos Nino, el filósofo, el intelectual que se desempeñaba como asesor del presidente Raúl Alfonsín y que lo invitara al país mientras transcurría el debate oral en la causa 13/84, el juicio a las Juntas. El mismo Fiss explica que fue invitado junto con Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Thomas Scanlon y Bernard Williams, que aceptó aunque “no conocía la lengua, no tenía idea del sistema jurídico, y sus impresiones sobre la historia argentina encontraban por único sustento una rápida lectura del entonces más reciente libro de Joseph Page sobre Perón”. Tampoco conocía a Nino y le costaba pensar en cómo sería. El viaje y la relación con Nino y con Alfonsín sellaron una relación que se proyecta hoy en sus sucesores y en su compromiso con la democracia argentina. Una relación trabada por la admiración intelectual y el coraje cívico y por el respeto a su trabajo.

No solo Owen actuó como el padre de una generación de juristas que trabajaban con Carlos Nino, incluso su talla ayudaba a pensar que su abrazo nos protegería frente al desamparo que ese lluvioso día de agosto de 1993, en que se enterraba a Carlos Nino en el Cementerio de Bancalari, ya permitía augurar. En ese hacer, lo ayudaba Edgardo Catterberg, el gran amigo de Nino, que, al igual que él, pasara demasiado rápido por este mundo.

Owen Fiss devino el editor de los dos manuscritos de Carlos Nino que se editaron después de su fallecimiento, *Radical Evil on Trial* y *The Constitution of a Deliberative Democracy*.

A partir de entonces, el profesor Fiss regresó en varias ocasiones a nuestro país, donde se involucró en incontables actividades académicas tendientes al mejoramiento de la democracia y la promoción de los derechos humanos. Además, en 1995, Owen Fiss fue uno de los principales impulsores de la creación del SELA, el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, del cual la Universidad de Buenos Aires es miembro fundador. Se trata de un encuentro académico anual que reúne a profesores e investigadores de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, España y Estados Unidos. Un importante número de profesores de esta casa participa año a año en las reuniones del Seminario, que constituyen un espacio de debate que, en última instancia, termina impactando en el mejoramiento de la calidad de la enseñanza y la investigación en nuestra Universidad, nuestro país y la región.

Permítanme pasar al inglés.*

Profesor Owen Fiss, este es un momento muy importante en la vida de nuestra Facultad de Derecho. Como usted sabe, tenemos opiniones sobre la justicia, el estado de derecho, la democracia, los derechos humanos; y esas opiniones nos llevaron a votar este Título Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires que se le está otorgando.

Queremos resaltar su compromiso con la democracia, el imperio de la ley y los derechos humanos; ya que usted alcanza las raíces mismas de nuestras instituciones, a los principios; ya que usted enseña que, sin importar el beneficiario, las reglas del juego de la democracia deben ser respetadas, porque si no lo son la democracia se ve lastimada, y esto no es bueno.

Queremos resaltar que usted es consciente de que algunas normas son más importantes que otras y que por eso mismo tienen un estatus diferente. Esas normas incluyen la protección de la dignidad y la libertad de todo ser humano, en igualdad de condiciones, y sin discriminación. Y cuando dice "todo ser humano" se refiere a todos y cada uno de ellos.

Queremos agradecerle ya que usted pudo haber decidido invertir su tiempo, incluido su tiempo libre, en cualquier actividad y, en cambio, decidió construir el SELA como un ambiente apropiado para la reunión de personas jóvenes e

* Nota del Editor: este texto fue enunciado en inglés. Para esta edición se decide publicarlo en español.

inteligentes, a fin de que compartan intereses y preocupaciones sobre los asuntos públicos. Usted alimenta este grupo con ideas, lo ayuda a desafiarlas y las dirige, tanto a las ideas como a las personas, hacia un mejor entendimiento de las instituciones centrales de un país.

Queremos agradecerle por su buen humor, por ser abierto y transparente, porque ha establecido con nosotros relaciones de amistad que exceden ampliamente los lazos tradicionales que provee la academia.

Queremos agradecerle por ser una persona tan agradable, que es para nosotros un orgullo estar cerca de usted.

Profesor Owen Fiss, querido Owen, ¡nos complace tenerte con nosotros esta noche! Gracias a ti y a Irene por visitarnos en esta oportunidad. El título que te estamos otorgando en el día de hoy es el reconocimiento más importante que la UBA le entrega a quienes no pertenecen al cuerpo docente. ¡Te lo mereces! ¡Que lo disfrutes!