

## La misión democrática de la Universidad\*

OWEN FISS\*\*

La universidad es una institución autogobernada, que se dedica al descubrimiento y diseminación del conocimiento.<sup>1</sup> Históricamente, las universidades no nacieron del impulso democrático, y muchos de sus logros más importantes están totalmente desvinculados de la promoción de la democracia. Aun así, hoy día en los Estados Unidos funcionan de tal forma que mejoran y fortalecen la calidad de su sistema democrático.

La democracia es un sistema de autogobierno colectivo en el cual las personas moldean su vida pública. Los líderes del gobierno son elegidos por la ciudadanía y luego rinden cuentas de sus acciones a través de elecciones periódicas. De esta manera, la democracia exalta la elección popular, pero también presume que esta elección es una decisión informada. Los ciudadanos necesitan entender la naturaleza de las elecciones que encaran, y deben poseer la capacidad para evaluar las políticas y prácticas del gobierno y sus líderes. Si bien la elección no informada sigue siendo una opción, esa clase de elección y el sistema democrático que respalda no son especialmente inspiradores ni ameritan nuestra admiración.

La prensa juega un papel importante en el proceso de informar a la opinión pública. En otra oportunidad, en esta misma ciudad, describí cuáles eran las reformas legales necesarias para aumentar la capacidad de

\* Título original: *The Democratic Mission of the University*, trad. de María Luisa Piqué.

\*\* Sterling Professor of Law Emeritus, Yale University. Este ensayo constituye la Conferencia de investidura como Doctor Honoris Causa y la primera Conferencia en Homenaje a Carlos Santiago Nino en la Universidad de Buenos Aires, que tuvo lugar el 6 de octubre de 2011 y se benefició mucho del trabajo de investigación y de los consejos de John Paredes y Ned Hirschfeld.

<sup>1</sup> Véase JASPERS, Karl, *The Idea of the University*, Karl W. Deutsch ed., H. A. T. Reiche & H. F. Vanderschmidt trans., Beacon Press, 1959.

la prensa de honrar su misión democrática.<sup>2</sup> Estas reformas tenían como objetivo ponerle freno a lo que en su momento llamé censura empresarial (*managerial censorship*). Si bien no pretendo minimizar ese llamado a la acción, hoy quiero enfocarme en el papel que juega la universidad en este proceso de educación y explicar cómo el principio de libertad académica –que durante mucho tiempo ha protegido la universidad libre– puede albergarse en la Constitución. Mi sensación es que las grandes y verdaderamente distinguidas universidades de los Estados Unidos juegan un papel aún más fundamental que la prensa en dar cuenta de la libertad política que nosotros en los Estados Unidos tan generosamente disfrutamos. Mientras que la prensa se enfoca en los eventos cotidianos –cuanto más sensacionalistas, mejor–, la universidad busca establecer los fundamentos intelectuales para entender aquellos eventos y formular una respuesta apropiada para ellos.

Ciertas áreas de la universidad, por ejemplo los departamentos de ciencia política, economía, sociología y derecho, están dedicadas al descubrimiento y diseminación de conocimientos que están directamente relacionados con las políticas públicas. Estos departamentos tienen como rutina estudiar las promesas de los candidatos a ocupar cargos públicos y los programas que eventualmente implementen los ganadores. Otros departamentos, como los de filosofía y literatura, o las humanidades en general, se dedican a la formación de los valores morales y políticos que guiarán a los ciudadanos en el ejercicio de sus elecciones. Incluso las ciencias duras juegan un papel vital en iluminar este proceso de auto-determinación. El conocimiento científico es esencial para evaluar muchas políticas del gobierno, por ejemplo aquellas relacionadas con el medio ambiente, el desarrollo de fuentes alternativas de energía y la investigación biomédica. Es más, las ciencias físicas y biológicas, de manera similar a las demás áreas de la universidad, son responsables del desarrollo intelectual y cultural de la sociedad y aumentan la capacidad de los individuos de entenderse a sí mismos y al mundo que los rodea.

Los responsables del descubrimiento de conocimiento son fundamentalmente los profesores. Parte de este conocimiento se torna accesible al

<sup>2</sup> Véase “Las dos caras del Estado”, en *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 145-157.

público a través de libros, artículos, conferencias y columnas de opinión en los diarios. La mayor parte se transmite a los estudiantes en el aula. Los estudiantes ingresan a la universidad a una temprana edad y permanecen sólo por unos pocos años. Lo que aprendan a esa temprana edad deberá durarles toda la vida.

Los estudiantes deberían ser vistos no como recipientes vacíos sino como partícipes activos en el proceso a través del cual las opiniones y creencias son puestas a prueba y el conocimiento se revela. En clase responden, generalmente desafiando la lección del día, y también llevan adelante proyectos de investigación. Es cierto que los estudiantes que emprenden investigaciones son guiados y supervisados por sus maestros, pero esto no le resta importancia a su investigación y a los descubrimientos a los que puede dar lugar.

La contribución de la universidad a la vida democrática no está medida solamente en función de la acumulación de conocimiento que produce. La universidad también aumenta el ejercicio de la democracia al inculcar en los estudiantes y profesores una perspectiva crítica. Los miembros del cuerpo docente son contratados y promovidos no solamente en función de lo que ya han descubierto, sino también sobre la base de su capacidad para pasar por un tamiz la evidencia, detectar errores lógicos, y distinguir un buen argumento de uno malo. Los profesores enseñan estas habilidades a los estudiantes, a veces simplemente con el ejemplo, y estas lecciones se refuerzan a través de las llamadas actividades extracurriculares de la universidad, las varias actividades y programas en los que los estudiantes se involucran fuera de clase, como participar en una revista de estudiantes o en un grupo de debate. La investigación racional y la independencia de criterio son virtudes que gobiernan todas las facetas de la vida universitaria.

Puedo imaginar una práctica o elección que podría ser reputada democrática en una sociedad que carece de universidades. La elección en el Congo, por ejemplo, que llevó al poder a Patrice Lumumba en 1960, puede sensatamente ser considerada como democrática. No es necesaria la educación universitaria para reconocer a una persona honesta o para identificar cuándo has sido explotado. Pero dada la ausencia, en el Congo, de universidades y la escasez de otras instituciones educativas en ese país en esa época -había solamente treinta graduados universitarios en

un país de aproximadamente dieciséis millones de habitantes<sup>3</sup> es difícil admirar especialmente el carácter de ese ejercicio democrático. Es cierto que los congolese ejercieron una opción, y puede haber sido la correcta, pero nuestra buena disposición para aplaudir el resultado de esa elección se deriva más bien de nuestros compromisos morales sustantivos (nuestra hostilidad hacia la explotación colonial) que de la calidad intrínseca del proceso de selección en sí mismo, o sea su carácter democrático. En definitiva, el asunto crítico no es si una elección es democrática o no, sino más bien la calidad del ejercicio democrático, el cual desde mi punto de vista en parte depende del carácter ilustrado de la sociedad.

Aun en las sociedades más desarrolladas de Occidente, incluyendo a los Estados Unidos, no todas las personas asisten a la universidad. Si bien todas las sociedades democráticas deberían estar comprometidas, como Ortega y Gasset una vez sostuvo, a universalizar la oportunidad de recibir educación universitaria,<sup>4</sup> la democracia puede florecer incluso si sólo un buen número de ciudadanos ha asistido a la universidad. El conocimiento generado por las universidades constituirá un recurso público, un tesoro natural, disponible para todos aquellos que participen en la vida pública de la Nación. De la misma manera, la perspectiva crítica será inculcada a través de la educación universitaria. No todos van a poder acceder a ella, pero la esperanza es que aquellos que sí accedan influyan en la opinión pública y se conviertan en líderes de la Nación.

En el corazón de la universidad está la expresión, ya sea la palabra oral o la escrita. Los profesores comunican sus puntos de vista a estudiantes y colegas, y luego a un universo más amplio a través de conferencias, publicaciones y conversaciones informales. Los estudiantes opinan en clase, escriben monografías y participan en actividades extracurriculares a través de todas las formas de actividad comunicativa, algunas de ellas bastante ingeniosas. Sin embargo, no son las palabras en sí mismas, sino más bien la actividad de generar y diseminar conocimiento -lo que llamo

<sup>3</sup> Ch. GONDOLA, Didier, *The History of Congo* 117 (2002). Otra versión sostiene que el número de graduados universitarios era incluso menor, nueve. Véase FESSY, Thomas, *DR Congo: Celebrating 50 Years of Chaos*, BBC News, 30/6/2010, 4:17 AM [en línea] <<http://www.bbc.co.uk/news/10449507>>.

<sup>4</sup> Véase ORTEGA Y GASSET, José, *Mission of the University* 52, Howard Lee Nostrand ed. & trad., Princeton University Press, 1944.

actividades nucleares de la universidad- la que está protegida por la Constitución y por el principio de libertad académica.

En sus propios términos, la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohíbe al Congreso aprobar ley alguna que coarte la libertad de expresión. Hay quienes han propuesto que, al aplicar la Primera Enmienda, los jueces sigan estrictamente las letras de la ley y evalúen si una actividad en particular es "expresión". Sólo ahí estaría protegida constitucionalmente. Este método de interpretación, esencialmente una forma de textualismo, ha sido formulado por el juez de la Corte Suprema Hugo Black,<sup>5</sup> pero en realidad seguido por unos pocos. El método de interpretación más dominante -y desde mi punto de vista, el más apropiado- es el método que toma en consideración el propósito de la norma -o sea, el método del propósito- más que el textual. Según este método de interpretación, un juez debe identificar el propósito fundamental de la cláusula constitucional en juego y luego determinar si la protección de la actividad en particular cuestionada promovería significativamente ese propósito.<sup>6</sup> En el caso de la Primera Enmienda, se ha considerado que su propósito fundamental es la salvaguardia de la democracia, y la doctrina judicial que se ha desarrollado debería ser entendida como producto de una reflexión sistemática sobre el significado y los requisitos de la democracia.

El método interpretativo del propósito ha llevado a la Corte Suprema de los Estados Unidos durante el siglo pasado a proteger ciertas actividades que no son fácilmente consideradas como expresión, por ejemplo, la venta de libros, las contribuciones financieras a las campañas electorales, los piquetes en el ámbito laboral y las manifestaciones públicas. Es el método del propósito el que otorgó protección de la Primera Enmienda a la libertad de asociación, y que ha llevado a la Corte a utilizar esa libertad en particular para proteger la afiliación a partidos políticos<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Véase, e. g., "NLRB v. Fruit & Vegetable Packers", Local 760, 377 U. S. 58, 77 (1964) (Black, J., concurrencia) (divide el acto de hacer piquetes en argumentación, que constituye "expresión" y está protegida por la Primera Enmienda, y patrullaje, que constituye "conducta" y no está protegida por la Primera Enmienda).

<sup>6</sup> Véase BARAK, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, Sari Bashi trad., Princeton University Press, 2005.

<sup>7</sup> Véase "Cal. Democratic Party v. Jones", 530 U. S. 567 (2000).

y grupos de acción social como aquellos que tratan de promover los derechos civiles.<sup>8</sup> En mi opinión, el del propósito es también el método que coloca las actividades nucleares de la universidad –no sólo las conferencias, sino también la investigación y la selección de profesores y alumnos– bajo la protección de la Primera Enmienda y que otorga estatus constitucional al principio de libertad académica.

Una de las ramas del principio de libertad académica –llamémosla externa– debería ser entendida como otorgante de una cierta autonomía a la universidad con respecto a la regulación gubernamental. Ésta se basa en la premisa epistemológica de que tal autonomía es lo que más favorece la consecución del conocimiento y de la verdad que trae aparejada. La autonomía con respecto a la regulación gubernamental no habilita a los profesores o estudiantes a hacer o decir cualquier cosa que se les ocurra, sino que más bien, hace de las normas de la disciplina académica a la que sus actividades pertenecen el estándar exclusivo para evaluar su desempeño. Son esas normas, no la política u otros factores extraños a esas normas, las que guiarán la búsqueda de conocimiento de manera más efectiva.

El ámbito de autonomía que la Constitución le confiere a la universidad con respecto a la regulación gubernamental es limitado. No se ve violada o tan siquiera amenazada por las regulaciones ordinarias de sanidad y seguridad. Dicho de otra manera, tales regulaciones ni siquiera gatillan un examen constitucional. Por otra parte, las regulaciones que pretenden, por ejemplo, controlar el currículo o el nombramiento de profesores amenazan la autonomía que con toda razón pertenece a la universidad porque estas regulaciones, de hecho, limitan y pretenden controlar la búsqueda de conocimiento por parte de la universidad. Estas normas gatillan un examen constitucional. También lo hacen las normas que regulan la admisión de estudiantes. Estas normas niegan a los profesores la autoridad de determinar quién participará en el proceso de búsqueda de conocimiento y, de esa manera, modelan el resultado de ese proceso.

Como principio general, la Primera Enmienda no coloca un escudo impenetrable alrededor de las actividades protegidas. Solamente estruc-

<sup>8</sup> Véase “NAACP v. Button”, 371 U. S. 415 (1963).

tura el proceso de justificación para permitir que el gobierno interfiera con esas actividades.<sup>9</sup> Exige un escrutinio estricto. Al igual que las normas que regulan la prensa, los partidos políticos, las organizaciones de acción social o incluso al orador de la esquina de la calle, consideradas por mucho tiempo como el objeto principal de la protección constitucional, la Primera Enmienda no excluye la regulación de la universidad, sino solamente coloca en el gobierno una pesada carga de justificación si quiere interferir con su autonomía. Tal interferencia estará permitida si, y sólo si, esa regulación sirve para un interés estatal apremiante y es el medio menos restrictivo para lograr ese propósito. Una norma que exige a la universidad aumentar el número de estudiantes pertenecientes a clases desaventajadas (por ejemplo, el plan "Ten Percent" de Texas) sin lugar a dudas interfiere con la autonomía de la universidad, pero bien podría ser sostenida sobre la base de que el propósito igualitario que sirve es apremiante y que su intrusión implica el menor sacrificio posible de los valores protegidos.

Hace alrededor de cinco años tuvo lugar una controversia especialmente problemática en los Estados Unidos cuando a un ocurrente miembro del movimiento conservador, un tal David Horowitz, se le ocurrió un esquema que, en los hechos, colocaría a las principales universidades de los Estados Unidos bajo intervención.<sup>10</sup> Él alegaba que estas universidades habían sido cooptadas por ideologías de izquierda y propuso que se les impusiera a todas ellas el deber de contratar profesores de una forma "equilibrada" ideológicamente. Para Horowitz y sus seguidores eso significaba que contratasen más profesores de derecha. Se enviaron muchos proyectos de ley al Congreso y a las legislaturas estatales para lograr este fin, y estas medidas fueron defendidas en nombre de un interés apremiante del Estado, específicamente la libertad académica en sí misma. De hecho, a nivel federal el proyecto fue conocido como la "Declaración de derechos académicos" (Academic Bill of Rights). Se pensaba que los estudiantes tenían un derecho de escuchar ambas ver-

<sup>9</sup> Véase FISS, Owen M., "Silence on the Street Corner", en *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* 47, 51 (1996).

<sup>10</sup> Véase O'NEIL, Robert M., "Bias, 'Balance', and Beyond: New Threats to Academic Freedom", en *77 U. Colo. L. Rev.* 985, 998-99 (2006).

siones con respecto a los asuntos públicos importantes y que este derecho era una exigencia del principio de libertad académica.

Al final, ninguno de estos proyectos fue convertido en ley. Aun así debemos ser claros con respecto a por qué fracasaron y por qué debieron haber fracasado. Algunos se oponían a estas medidas porque a su modo de ver carecían de una base fáctica, la supuesta cooptación de las universidades por parte de las ideologías de izquierda, en los hechos, no existía. Otros sostenían que el remedio sugerido por Horowitz –el control total por parte del gobierno– sería más perjudicial que beneficioso. Aquellos que se oponían al plan de Horowitz insistían con que eran preferibles las medidas autocorrectivas, que además eran más confiables a la hora de producir el deseado equilibrio ideológico. Mi objeción es de un carácter totalmente diferente: para mí es el conocimiento, y no el equilibrio ideológico, el objetivo de los nombramientos de profesores, y una exigencia de equilibrio más que promover violaría el principio de libertad académica. Mucho menos que apremiante, sostengo que el equilibrio no es ni siquiera un propósito permisible para la regulación gubernamental de la universidad.

Tal como subrayé al principio, la universidad se dedica al descubrimiento y diseminación de conocimiento. Los profesores son nombrados para promover esa finalidad, y su trabajo deberá ser juzgado exclusivamente en términos de su veracidad e importancia, sin que entre en consideración el equilibrio ideológico entre los puntos de vista expresados. A veces ese equilibrio se logra, pero en la universidad esto sucede solamente como una consecuencia incidental o un subproducto del proceso a través del cual el conocimiento se descubre y disemina. Si bien el riesgo de que las normas que gobiernan una disciplina sean indebidamente aplicadas y que alguien sea contratado o despedido por sus opiniones políticas más que por sus logros académicos es enorme, este riesgo no será corregido a través de la imposición de una exigencia de equilibrio ideológico en las universidades, dado que, desde mi punto de vista, eso comprometerá su dedicación a la verdad y al progreso del conocimiento.

Viniendo de mí, este rechazo de la exigencia de equilibrio puede parecer extraño. En el contexto de la prensa, concibo el “equilibrio” –o la difusión de puntos de vista en conflicto o antagónicos sobre los asuntos de importancia pública– como un objetivo constitucional apropiado. De hecho, en una ocasión anterior he defendido medidas regulatorias como



la doctrina de la equidad por considerarlas coherentes con la Constitución, tal vez incluso exigidas constitucionalmente, cuando son impuestas a la prensa.<sup>11</sup> La doctrina de la equidad estaba dirigida a contrarrestar la censura empresarial y, a ese fin, exigía que los comunicadores cubrieran asuntos de importancia pública y que lo hicieran de manera equilibrada. Sin embargo, hay una diferencia crucial entre la prensa y la universidad.

En los Estados Unidos la prensa está en gran medida controlada por empresas comerciales, y estas empresas están constreñidas por las mismas fuerzas que gobiernan toda actividad económica, el deseo de minimizar costos y maximizar beneficios. Los diarios y canales de televisión afirman que sus noticias son veraces, no meramente conjeturales, pero en virtud del deseo de minimizar costos, el proceso de corroboración empírica que utilizan suele ser menos elaborado y riguroso de lo que debería ser. Inevitablemente la prensa escatima en la corroboración de los hechos y, de cualquier manera, los diarios y canales de televisión carecen de procesos institucionalizados para chequear sus opiniones. Las fuerzas de mercado también modelan la cobertura de la prensa. Ansiosos por maximizar los beneficios, los empresarios de los medios buscan aumentar su audiencia o definir su público a través de medios que sesgan aquello que cubren y cómo lo hacen. Con el correr del tiempo, los empresarios de los medios han empezado a ser más sensibles a los deseos de potenciales lectores u oyentes que a las necesidades de la sociedad.

Es cierto que la universidad está siempre en busca de más fondos y en ese sentido tiene sus propias necesidades materiales, pero la universidad no funciona según el mercado económico ni está constreñida por las fuerzas que gobiernan el mercado. La universidad está exclusivamente dedicada a la persecución del conocimiento, no a la maximización de los beneficios, y está constituida, casi definida, por los procesos críticos que buscan distinguir el conocimiento de la opinión y responder a las necesidades intelectuales de la sociedad. La imposición de una exigencia de equilibrio en la universidad interferiría, de hecho minaría, aquellos procesos críticos, y por lo tanto sería contradictorio con el propio propósito de la institución.

<sup>11</sup> Véase FISS, Owen M., "Free Speech and Social Structure" (p. 7) y "Building a Free Press" (p. 139), en *Liberalism Divided*, ob. cit.

Algunas de las universidades más distinguidas de los Estados Unidos –por ejemplo, la Universidad de Michigan o la Universidad de California– están financiadas, principalmente, por el Estado. Desde mi punto de vista, merecen la misma medida de autonomía institucional que las llamadas universidades privadas, como Yale o Stanford. De manera similar, niego que una subvención específica del gobierno a una de las universidades consideradas privadas, como Yale o Stanford, otorgue al gobierno autoridad alguna para gobernar las actividades nucleares de la universidad. Cualquier condición que pueda ser impuesta a la concesión de la subvención debe ser juzgada con el mismo estándar que debería aplicarse a todas las regulaciones directas que el gobierno impone a la universidad, independientemente de cualquier subvención.<sup>12</sup> El poder económico no debería convertirse en poder para controlar el currículo, el nombramiento de profesores o la admisión de estudiantes.

Desde el punto de vista de la propiedad, una regla semejante puede parecer anómala, dado que solemos pensar, especialmente en estos días, que los ricos tienen el derecho de dar su dinero a quien les plazca y de sujetar sus obsequios a cualquier condición que ellos quieran imponer. Sin embargo, este entendible impulso debe ser atenuado por una apreciación de los imperativos de la Constitución. Al establecer y financiar una universidad, el Estado está construyendo una institución que de hecho fortalecerá el sistema democrático. Dotamos a esta institución de autonomía con respecto al control o la manipulación externos como una manera de promover ese proyecto. Si bien la creación de una universidad estatal puede no estar exigida por la Constitución, esa acción, desde mi punto de vista, está constitucionalmente favorecida y una vez que una universidad es creada por el Estado, la democracia requiere que funcione como una institución autogobernada dedicada al descubrimiento y diseminación de conocimiento.

La autonomía que, correctamente, pertenece a la universidad puede ser invocada por los directivos o agentes de la universidad a la hora de resistir las intrusionas del gobierno. También puede ser invocada por los docentes o estudiantes en particular que sean sometidos a la regulación gubernamental cuestionada o que de alguna otra manera sean

<sup>12</sup> Pero véase “Burt v. Gates”, 502 F. 3d 183 (2º Cir. 2007).

blancos del acoso estatal. Ellos son quienes tienen más en juego. Durante el macartismo, Paul Sweezy, un reconocido economista y docente marxista, fue llevado ante una comisión investigativa de la legislatura de New Hampshire y cuestionado sobre las clases que daba en la Universidad de New Hampshire.<sup>13</sup> Esta investigación interfirió con la autonomía de la universidad. Sin embargo, la universidad, en lugar de objetar la investigación, optó por permanecer en silencio y dejó al profesor Sweezy lidiando en soledad con su defensa. Fue él, y no la universidad, quien alegó que la investigación legislativa violaba el principio de libertad académica, y no veo por qué no debería haber procedido de esta manera. Si bien los agentes de la universidad pueden elegir, ya sea por indiferencia o incluso complicidad con los agentes políticos, no invocar la autonomía que correctamente pertenece a la universidad, esa autonomía con respecto a la interferencia gubernamental permanece como protección hacia estudiantes y profesores en su búsqueda del conocimiento y por lo tanto puede ser invocada por ellos.

En un caso como el de Sweezy, el docente individual alega la autonomía de la universidad y la utiliza para resistir la interferencia estatal. A través de los ojos del profesor Sweezy, el Estado es concebido como el enemigo de la libertad. Pero en muchos casos, los profesores o estudiantes pueden quedar trabados en una lucha con los agentes o directivos de la universidad. En esos casos son los directivos de la universidad, y no el Estado, los que pueden ser vistos como enemigos de la libertad. Los agentes podrán, en respuesta a una publicación académica o postura adoptada en clase, amenazar al profesor con el despido y al estudiante con la expulsión. El profesor o el estudiante no puede invocar un derecho de decir lo que se le plazca, ni puede invocar el derecho de no ser juzgado sobre la base del contenido de lo que dice. En el contexto de la universidad no existen tales derechos. Las expresiones están sujetas a la evaluación profesional y esa evaluación invariablemente se enfoca en el contenido. Aun así, en esta lucha con la universidad, existe un derecho que emana de la Primera Enmienda que pertenece al estudiante o profesor y que, correctamente, está dentro de la órbita del principio de libertad académica. Se trata del derecho de ser juzgado exclusivamente sobre la base

<sup>13</sup> Véase "Sweezy v. New Hampshire", 354 U. S. 234 (1957).

de los estándares académicos –las normas de la disciplina– y no sobre la base de las alianzas políticas o predilecciones personales.

Llamemos a esto la rama interna del principio de libertad académica. Algunos lo ven en contradicción con la noción misma de la universidad como institución que se autogobierna y la autonomía que la Constitución le confiere a tal institución.<sup>14</sup> Pero yo no lo veo de esa manera. La universidad reclama autonomía con respecto a la interferencia estatal en función de su dedicación a la búsqueda de conocimiento. Cuando los directivos de la universidad –quienes, de hecho, es posible que también sean ellos mismos profesores– utilizan el poder a su disposición para castigar o sacarse de encima estudiantes o profesores con quienes tienen desacuerdos políticos, traicionan el propósito de la universidad. El estudiante o profesor agraviado que demanda a los directivos de la universidad puede tener mucho en juego a nivel personal, pero también está protegiendo aquellas actividades dirigidas a recabar conocimiento que son la razón de ser de la autonomía que se le proporciona a las universidades.<sup>15</sup> Si bien ahora es posible acudir a la ayuda de autoridades externas (los tribunales), es la misma libertad de la universidad la que está siendo protegida; sólo que ahora está siendo protegida contra una amenaza interna, los directivos de la universidad, quienes pueden estar actuando en función de cierta presión externa (*e. g.*, financiadores importantes) o sobre la base de sus ideas políticas o su sentido de lo correcto.

La rama interna del principio de libertad académica sirve para el mismo propósito que la rama externa, pero en realidad se topa con un problema que le es exclusivo, el llamado requisito de acción estatal, que considera a la Constitución, o al menos a la Constitución de los Estados Unidos, como un límite a las actividades del Estado, y no de los particulares. En el contexto externo, el requisito de acción estatal se da fácilmente porque el principio de libertad académica está escudando a la universidad contra la intrusión estatal, en el caso de Sweezy, por ejemplo, el principio de libertad académica estaba siendo utilizado para detener

<sup>14</sup> BYRNE, J. Peter, "Academic Freedom: A 'Special Concern of the First Amendment'", en 99 *Yale L. J.* 251, 306-11 (1989).

<sup>15</sup> Véase POST, Robert C., *Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State* 77 (2012).

el acoso de un profesor marxista por parte de una comisión legislativa de New Hampshire. Incluso en el contexto de la rama interna, el requisito de acción estatal será fácilmente satisfecho cuando la universidad esté financiada exclusivamente por el Estado. La universidad y sus agentes serán tratados como instrumentos del Estado. Al igual que en los casos de brutalidad policial, esta conexión con el Estado no será negada por el mero hecho de que los agentes de la universidad puedan estar contraviniendo las políticas oficiales del Estado. Pueden ser acusados de abuso del poder que el Estado les ha conferido.

Sin embargo, el requisito de acción estatal podría significar un problema mayor para la rama interna del principio de libertad académica cuando se lo aplica en contra de las llamadas universidades privadas. Es posible que los tribunales sean reacios a considerar a los agentes de ese tipo de universidades como agentes públicos. Sin embargo, si profundizamos el análisis, inmediatamente es posible identificar las variadas maneras en que el Estado se involucra en las llamadas universidades privadas.<sup>16</sup> Una universidad privada como Yale no sólo es beneficiaria de toda clase de servicios públicos, como protección por parte de los bomberos y de la policía, sino que también opera bajo un estatuto específico que la exime de los impuestos estatales y municipales. Yale también recibe anualmente un ingreso significativo de subvenciones y contrataciones con el gobierno federal, que según las últimas estimaciones, llega a los \$ 500 millones de dólares.<sup>17</sup> Por otra parte, es accesible para todos aquellos que cumplan con sus requisitos académicos y pretende servir un fin público, la educación. Esto no significa negar toda diferencia entre las universidades financiadas por el Estado y aquellas financiadas principalmente por donantes privados, sino más bien enfatizar las dimensiones totalmente públicas de las universidades financiadas privadamente. Estas universidades son híbridas y suelen tener una relación simbiótica con el Estado. Poseen un enorme poder público y deberían estar sujetas a aquellas normas constitucionales, tales como la libertad académica, que constituyen una parte esencial de moral pública de la Nación.

<sup>16</sup> Véase, e. g., "State v. Schmid", 84 N. J. 535, 547-48 (1980).

<sup>17</sup> Universidad de Yale, *Financial Report 2009-2010*, en 5, disponible en <<http://www.yale.edu/finance/controller/resources/docs/finrep09-10.pdf>>.

En este contexto, el requisito de acción estatal puede ser tratado como un mero desafío técnico, vacío de cualquier impacto moral, y debería ser interpretado en consecuencia. Recuérdese que si bien la Primera Enmienda está formulada como una prohibición dirigida solamente al Congreso, guiada por el método del propósito, ha sido de hecho extendida a las legislaturas estatales y municipales, como también a los poderes ejecutivos y judiciales del gobierno.<sup>18</sup> Cuando la democracia está en juego no hay razones para hacer distinciones entre las unidades del gobierno. En este mismo espíritu, sostengo que el requisito de la acción estatal debería ser construido de tal manera que alcance todas las entidades públicas de semejante poder y prestigio como las grandes universidades privadas que tiene la nación. Las autoridades de Yale están sometidas al principio constitucionalmente protegido de la libertad académica, tanto como lo están sus colegas de la Universidad de Connecticut.

En décadas recientes, el temor de una decisión por parte de la Corte Suprema que prohibiera la acción afirmativa bajo la Cláusula de Igual Protección ha llevado a muchos a abrazar una interpretación del requisito de acción estatal que distingue tajantemente entre las universidades financiadas por el gobierno y las grandes universidades privadas de la Nación. El argumento era que, incluso en el caso de que la Corte Suprema denegara a la Universidad de Michigan el derecho de aplicar la acción afirmativa, esa decisión no debería prohibir la acción afirmativa en Yale. Este argumento era muy atractivo como cuestión puramente estratégica, pero no debería ocultar la naturaleza pública y cuasi estatal de las universidades privadas como Yale ni llevarnos a pensar que no están atadas a la Constitución con relación al derecho de los profesores y estudiantes de ser juzgados exclusivamente sobre la base de criterios académicos.

Determinar si la universidad, de hecho, ha violado este derecho de profesores y alumnos no es un esfuerzo fácil. Curiosamente, hay quienes podrán admitir que criterios no académicos o políticos están siendo utilizados para juzgar el desempeño, en cuyo caso la única tarea que queda es la de determinar si la utilización de tales criterios está justificada por un interés apremiante (*compelling purpose*) (lo que considero que se da en el caso de las políticas de admisión o contratación que priorizan a

<sup>18</sup> Véase, e. g., "N. Y. Times Co. v. United States", 403 U. S. 713 (1971).

las minorías raciales). En la mayoría de los casos, sin embargo, es probable que los agentes o directivos de la universidad aleguen que la decisión de despedir a un profesor o expulsar a un estudiante está basada enteramente en criterios académicos. En tal caso, corresponde que un tribunal de justicia encargado de proteger la Constitución determine los hechos. Ese tipo de investigación fáctica es muy delicado. Pero no es diferente del tipo de investigación que debe hacerse en el típico caso de discriminación en el ámbito del trabajo, que requiere que un tribunal determine si la razón explicitada para denegarle a alguien un trabajo es la verdadera.

En un caso que involucraba una demanda basada en la Primera Enmienda por parte de un candidato al Congreso que había sido excluido de un debate televisivo que iba a tener lugar entre otros tres candidatos, el juez Stevens sugirió que a los canales de televisión públicos debería exigírseles que anuncien con anticipación los criterios en base a los cuales seleccionarán a los participantes de tales debates.<sup>19</sup> Una regla de esa naturaleza podría ser implementada también en el contexto académico, dado que ayudaría a un tribunal a determinar si los agentes universitarios se apartaron de los criterios académicos en la decisión particular de despedir a un profesor o expulsar a un alumno.

A veces los profesores son despedidos, o no son contratados, en función de afirmaciones o acciones que escapan su *expertise* profesional, a veces se llama a tales afirmaciones y acciones “expresión extramuros”.<sup>20</sup> Un profesor de astronomía o, para tomar un ejemplo menos extravagante, un profesor de lingüística puede ser despedido porque hizo un discurso o publicó un artículo de opinión en un periódico en el que criticaba la conducción de la *Guerra contra el Terror* por parte de Bush u Obama. O el caso de un estudiante que es expulsado no porque no satisfaga los requisitos académicos ordinarios de la universidad, sino más bien porque ha participado en una protesta, como de hecho ocurrió en Irán luego de la elección presidencial que tuvo lugar allí en junio de 2009.

Un comité de la Asociación Norteamericana de Profesores Universitarios ha adoptado la postura según la cual la expresión extramuros de

<sup>19</sup> “Ark. Educ. Television Comm’n v. Forbes”, 523 U. S. 666, 693-95 (1998) (Stevens, J., disidencia).

<sup>20</sup> Véase FINKIN, Matthew W. y Robert C. POST, *For the Common Good: Principles of American Academic Freedom* 73 (2009).

los docentes está protegida por la libertad académica.<sup>21</sup> Según el comité, a fin de crear confianza en sus alumnos, los profesores deben ser libres de expresar enteramente sus opiniones sobre los asuntos de importancia pública. Por supuesto, esta línea argumental no ofrece ninguna protección al estudiante que es expulsado o cuya admisión es denegada sobre la base de su expresión extramuros, e incluso en el caso de los profesores parece forzada y artificial. De cualquier manera, la decisión del comité no revoca ni anula la decisión de la universidad, ni una asociación como la Norteamericana de Profesores Universitarios debería tener semejante poder. Una decisión de esa naturaleza simplemente registra la desaprobación por parte de una organización profesional y, como mucho, hace avergonzar a la universidad para que cambie sus modos.

Mi concepción de la libertad académica invoca la autoridad de la Constitución, no es solamente un código corporativo, y como tal tiene el poder de anular decisiones de las universidades. Aun así no creo que el despido o expulsión sobre la base de la expresión extramuros sea una violación del principio de libertad académica. La libertad académica protege las actividades dirigidas a la búsqueda de conocimiento por parte de la universidad, y cuando el profesor o el estudiante es sancionado por una acción o expresión que escape a las actividades dirigidas a la búsqueda de conocimiento de la universidad, como en el caso del discurso extramuros casi por definición, entonces el principio de libertad académica, concebido en términos constitucionales, no ofrece al agraviado ninguna protección. Ante la Corte es un ciudadano y tiene derechos como ciudadano, pero no está actuando como profesor o estudiante y por lo tanto no está protegido por el principio de libertad académica.

Visto como ciudadano, el profesor o estudiante sancionado por la expresión extramuros está protegido de manera muy similar al orador de la esquina de la calle, y con ese mismo alcance. Es cierto que el estudiante o el profesor no están siendo perseguidos penalmente, como puede ser el caso del orador de la esquina de la calle, pero se les está negando la oportunidad de trabajar o estudiar en una universidad. Necesitamos solamente un mínimo de perspicacia sociológica para percibir que la denegación de tal oportunidad impone una dura pena al individuo,

<sup>21</sup> Véase *id.* en 130-31.



a veces tan dura o severa como unas semanas o días en prisión. Toda su carrera y su medio de subsistencia puede ser puesto en peligro y los tribunales deben estar siempre vigilantes para proteger contra los abusos de poder en esos casos, independientemente de si la institución infractora sea MIT o la Universidad de Massachusetts.

Por supuesto que la extensión del principio de libertad académica para que alcance casos como esos proveería al individuo de una medida adicional de protección, pero también se correría el riesgo de apartarse del principio de su propósito fundacional, la protección de las actividades de la universidad dirigidas a la búsqueda de conocimiento. La Constitución no privilegia a profesores y estudiantes, sino a su búsqueda de conocimiento. La libertad académica es una fuente importante de libertad, pero no es la única, y el reconocimiento de sus límites jurisdiccionales –confinarla a la libertad de enseñar y a la libertad de aprender– podría fortalecerla cuando la universidad libre está bajo amenaza.

En 2006, la Corte Suprema trazó una distinción tajante entre los derechos de los ciudadanos y los derechos de los empleados. En un caso que involucraba el despido de un empleado de una fiscalía fundado en un informe que ese empleado había hecho criticando a la policía, la Corte Suprema sostuvo que las afirmaciones de los empleados públicos realizadas en cumplimiento de sus tareas ordinarias no estaban protegidas por la Primera Enmienda.<sup>22</sup> Los empleados retienen su derecho de hablar como ciudadanos, pero sólo cuando están hablando como ciudadanos, no como empleados.

Mi versión de la expresión extramuros enfatiza la parte buena de esa decisión: quitarle los derechos que otorga la Primera Enmienda a un individuo respecto de su discurso oficial no priva a este individuo de sus derechos derivados de la Primera Enmienda cuando habla como ciudadano. Los profesores no solamente son empleados, sino también ciudadanos y son libres de ejercer sus derechos de hablar como ciudadanos sobre los asuntos de importancia pública sin temor a las represalias. El profesor de lingüística que publica un artículo de opinión criticando las políticas de Bush u Obama con relación a la Guerra contra el Terror está hablando como ciudadano, no como profesor, y, al igual que cual-

<sup>22</sup> Véase “*Garcetti v. Ceballos*”, 547 U. S. 410 (2006).

quier ciudadano, no puede ser castigado por una actividad como ésa. Sin embargo, insisto en que, incluso como empleados, los profesores gozan de ciertos derechos que otros empleados pueden no tener. El profesor de Derecho que da una conferencia en la que critica las políticas antiterroristas de Bush u Obama está actuando como profesor, y aun cuando su discurso pueda ser considerado como expresión oficial, está protegido. La expresión oficial de un profesor de Derecho, a diferencia de aquel individuo que trabaja en una fiscalía, está protegido por la Primera Enmienda y eso es así por el papel excepcional y esencial que la universidad juega en el sistema democrático.

En este caso de 2006 la Corte no tuvo ocasión de transmitir esta última proposición, y sin embargo expresó cierta ansiedad sobre el alcance de su decisión que denegaba protección a la expresión de un empleado y sobre las ramificaciones de tal negación para la libertad académica. Tal como dijo el juez Kennedy, autor de la opinión de la Corte: "La expresión vinculada con el trabajo académico o educativo pone en juego intereses constitucionales adicionales que no están totalmente tratados en esta jurisprudencia de la Corte sobre la expresión de los empleados".<sup>23</sup>

El juez Kennedy no se detuvo a explicar qué "intereses constitucionales adicionales" estarían en juego cuando un profesor es despedido sobre la base de su trabajo académico o educativo. Aun así, la buena disposición del juez a reconocer que en un caso semejante existen "intereses constitucionales adicionales" es en sí misma encomiable, sobre todo en esta era de retraimiento. Tal reconocimiento limita la derrota de los valores de la Primera Enmienda que significó ese caso presentado ante la Corte, y al mismo tiempo da cuenta de la continua vitalidad del principio de libertad académica en la tradición constitucional de los Estados Unidos. Tal reconocimiento debe reflejar un entendimiento intuitivo sobre el papel excepcional que juega la universidad en la práctica democrática y el vínculo esencial entre la ilustración y la democracia. Aunque de manera vacilante, la Corte Suprema está reconociendo como verdadera la idea que yace en el núcleo de esta conferencia: que una sociedad libre requiere universidades libres.

<sup>23</sup> "Garcetti", 547 U. S. at 425.