

La libertad de expresión de los profesores en las universidades públicas estadounidenses: El efecto Garcetti¹

The freedom of speech of professors at U.S. public colleges and universities: The Garcetti effect

1

Dr. Manuel Triano-López

Profesor Asistente de Lingüística Española.
Facultad de Lenguas Extranjeras.
Universidad Estatal "Sam Houston". Huntsville.
Estados Unidos. E-mail: mxt017@shsu.edu

Resumen

La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohíbe al Gobierno limitar la libertad de expresión de sus ciudadanos. Sin embargo, en virtud de la sentencia del Tribunal Supremo *Garcetti v. Ceballos* (2006), el Gobierno puede ahora sancionar a un empleado público que se exprese en cumplimiento de sus labores si sus comentarios obstaculizan la misión del Gobierno de servir al público eficientemente.

El Tribunal, sin embargo, decidió no aclarar si *Garcetti* también se aplica a los profesores de las instituciones públicas de enseñanza. El presente trabajo intenta analizar las repercusiones de esta indecisión judicial centrándose en los profesores universitarios. El trabajo, por tanto, pretende esclarecer los efectos de *Garcetti* en la libertad de expresión académica.

¹ El autor agradece sinceramente los sabios consejos del Dr. Paul Newman, Catedrático Emérito de la Universidad de Indiana, y el constante apoyo de la Dra. Lee M. Miller, Profesora Titular de Sociología en la Universidad Estatal "Sam Houston" de Tejas. Cualquier error en el presente artículo es atribuible solamente al autor.

Un análisis pormenorizado de las sentencias pertinentes revela una considerable erosión del derecho del profesor universitario a manifestarse sin tener que plegarse ante la ortodoxia institucional. Dada esta situación, el trabajo concluye con una serie de recomendaciones para minimizar el riesgo de acciones disciplinarias protegidas por *Garcetti*.

Palabras clave

Universidades públicas, Estados Unidos, Profesores, Libertad de expresión, Derecho Constitucional

Abstract

The First Amendment to the U.S. Constitution forbids the Government from abridging the people's freedom of speech. However, following the U.S. Supreme Court decision in *Garcetti v. Ceballos* (2006), the Government may now discipline a public employee for expressing himself/herself pursuant to his/her duties if the expression jeopardizes the Government's mission to serve the public efficiently.

The Court, however, declined to clarify whether *Garcetti* would also apply to professors working for public institutions of learning. The present article aims to analyze the ramifications of this judicial uncertainty by focusing on college and university professors. The article, therefore, seeks to clarify the effects of *Garcetti* on academic freedom.

A detailed analysis of the pertinent judicial decisions reveals the substantial erosion of the public post-secondary professor's right to express himself/herself without having to conform to institutional orthodoxy. In light of this outcome, the article concludes with a series of recommendations to minimize the risk of disciplinary measures protected under *Garcetti*.

Key words

Public colleges and universities, United States, Professors, Free speech, Constitutional Law

La libertad de expresión de los profesores en las universidades públicas estadounidenses: El efecto Garcetti.²

The freedom of speech of professors at U.S. public colleges and universities: The Garcetti effect

Dr. Manuel Triano-López

Profesor Asistente de Lingüística Española.
Facultad de Lenguas Extranjeras.
Universidad Estatal "Sam Houston". Huntsville.
Estados Unidos. E-mail: mxt017@shsu.edu

1. Introducción

La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohíbe al Gobierno limitar la libertad de expresión de sus ciudadanos. Como ha dictaminado el Tribunal Supremo³ —el órgano jurídico con potestad para interpretar la Constitución— la Enmienda protege el libre intercambio de ideas para que el pueblo pueda implementar cambios políticos y sociales que aseguren la supervivencia de la República (*Roth v. United States*, 1957, 484; *Stromberg v. California*, 1931, 369). Uno de dichos cambios lo constituye la elección en las urnas de representantes en quienes el pueblo delega parte de sus poderes para gobernar el país (Meiklejohn, 1961, 254). Debido a las trascendentales consecuencias de esta decisión, la Primera Enmienda otorga su nivel más alto de protección a los debates sobre cuestiones públicas, especialmente las cuestiones de índole política (*Garrison v. Louisiana*, 1964, 75). Por tanto, los debates sobre

² El autor agradece sinceramente los sabios consejos del Dr. Paul Newman, Catedrático Emérito de la Universidad de Indiana, y el constante apoyo de la Dra. Lee M. Miller, Profesora Titular de Sociología en la Universidad Estatal "Sam Houston" de Tejas. Cualquier error en el presente artículo es atribuible solamente al autor.

³ En este trabajo, la expresión "Tribunal Supremo" se referirá al Tribunal Supremo federal ("U.S. Supreme Court" en inglés), y no a los Tribunales Supremos de cada uno de los 50 estados de la nación, cuya función es interpretar la Constitución del estado correspondiente (Brace y Boyea, 2010, 1442).

asuntos públicos deben ser desinhibidos y muy bien pueden incluir críticas mordaces contra el Gobierno o sus representantes (*New York Times Co. v. Sullivan*, 1964, 270).

La protección de la Primera Enmienda también se extiende al contexto laboral. Así, la Enmienda protege incluso a empleados interinos de las represalias del Gobierno por haber ejercido su derecho constitucional a la libertad de expresión (*Rankin v. McPherson*, 1987, 383-384). Sin embargo, el Tribunal Supremo también ha matizado que el Gobierno puede restringir ciertas expresiones en el campo laboral, dado su legítimo derecho de velar por el eficiente engranaje en las instituciones públicas que preside. En particular, *Garcetti v. Ceballos* (2006), la última sentencia del Tribunal Supremo sobre este asunto, autoriza a un organismo público a regular las expresiones de un empleado —independientemente del carácter público o privado de estos comentarios— si el empleado se expresa en cumplimiento de sus labores y si sus comentarios obstaculizan la misión del organismo de servir al público eficientemente⁴.

El Tribunal, sin embargo, decidió no aclarar si *Garcetti* también se aplicaba a un determinado colectivo de empleados públicos: los profesores en las instituciones públicas de enseñanza. Esta imprecisión plantea interrogantes que el presente trabajo intenta aclarar centrándose en los profesores que trabajan para instituciones públicas universitarias. El trabajo, por tanto, pretende esclarecer los efectos de *Garcetti* en la libertad de expresión de los profesores universitarios.

Antes de proceder con el análisis, cabe hacer dos puntualizaciones: en primer lugar, este artículo define la libertad de expresión del profesor como su derecho a expresar ideas sin injerencias de los administradores de la institución para la cual trabaja. Esta libertad engloba la llamada “libertad de cátedra”, un concepto que se ha resistido a ser definido inequívocamente por los tribunales (*Mahoney v. Hankin*, 1984, 1174), a pesar de la enaltecida retórica con la que han revestido el concepto (Byrne, 1989, 252-253). Ante la falta de una definición por parte del Tribunal Supremo (DeMitchell y Connelly, 2007, 83), este trabajo define “libertad de cátedra” como la autonomía del profesor para enseñar e investigar sin injerencias de los administradores de la institución pública. Por tanto, la libertad de cátedra debería permitir al profesor enseñar e investigar sin tener que plegarse ante la ortodoxia institucional (*Levin v. Harleston*, 1991, 925). Además de crear y diseminar conocimientos a través de la investigación, y de transmitir información curricular mientras imparte sus clases (Forster, 2010/2011, 697), el profesor universitario puede desempeñar otras funciones, como el servicio a la institución (p. ej., asistir a reuniones de Departamento, etc.) y, dependiendo del cargo, las labores administrativas (p. ej., evaluar el rendimiento de otros compañeros, etc.). Por tanto, en su interpretación más absoluta, la libertad de expresión académica debería permitir al profesor expresarse en todos estos contextos sin sufrir las represalias de la institución por las ideas contenidas en dichas manifestaciones.

⁴ Nótese la crucial diferencia entre expresarse *en el cumplimiento de* las funciones y expresarse *mientras* uno desempeña dichas labores (p. ej., *Renken v. Gregory*, 2008, 773). En el primer caso, *Garcetti* legitimaría una sanción a un empleado que haya obstaculizado la misión del Gobierno con sus expresiones; en el segundo caso, no necesariamente, ya que puede no existir ninguna relación entre la expresión y las funciones para las que el empleado fue contratado. Por otro lado, y como puntualizó la mayoría en *Garcetti* (2006, 420), los comentarios que un empleado haga *sobre* su trabajo no siempre los expresa *en cumplimiento de* sus funciones oficiales. Así, *Garcetti* no impide a un empleado público comunicar a su esposa su frustración con su trabajo en la intimidad del hogar conyugal.

En segundo lugar, aunque el colectivo de profesores universitarios está formado por profesionales de distinto rango —desde Ayudante (“Teaching Assistant”) hasta Catedrático (“Full Professor”)—, la protección de la Primera Enmienda no distingue entre Profesores Titulares y profesores sin Titularidad. De hecho, un profesor no Titular cuyo contrato no haya sido renovado puede exigir la reincorporación a su cargo si la institución tomó la decisión porque el profesor había ejercido su derecho a la libertad de expresión (*Mount Healthy City School District Board of Education v. Doyle*, 1977, 283-284). La Primera Enmienda, por tanto, protege a las dos categorías de profesores (Titular y no Titular) de igual manera (*Perry v. Sindermann*, 1972, 596). En consecuencia, las conclusiones del presente trabajo se aplican a todos los profesores universitarios.

2. *Garcetti v. Ceballos* (2006)

Garcetti v. Ceballos (2006) se centraba en un controvertido informe redactado por Richard Ceballos, un abogado que trabajaba como asistente para una fiscalía. En su informe, Ceballos recomendaba a sus superiores que abandonaran un caso pendiente porque las irregularidades que encontró en una declaración jurada podrían exculpar al acusado. El informe, por tanto, ponía en entredicho la estrategia de la fiscalía y la profesionalidad de la oficina del sheriff encargada de obtener la declaración jurada. Según Ceballos, sus superiores reaccionaron al informe con represalias: primero, negándole un ascenso y después, trasladándolo a un destino más alejado de su lugar de residencia.

En la sentencia, una exigua mayoría del Tribunal Supremo (2006, 417) dictaminó que la Primera Enmienda puede proteger a un individuo cuando ha realizado comentarios de carácter público como ciudadano, pero no como empleado. Según el Tribunal, el Gobierno debe tener libertad para controlar las declaraciones de sus empleados cuando desempeñan sus funciones, independientemente del interés público de dichos comentarios. Para el Tribunal, la absoluta permisividad hacia estas expresiones podría mermar la misión del Gobierno de servir al público eficientemente. Por ejemplo, una actitud laxa ante los comentarios sarcásticos, las críticas ofensivas, etc. podría minar la armonía entre compañeros y/o socavar la autoridad de los supervisores, con el consiguiente perjuicio para el público (*Rankin v. McPherson*, 1987, 388). Además, de no mediar esta prerrogativa gubernamental, el Poder Judicial estaría constantemente inmiscuyéndose en cada disputa entre el Gobierno y sus empleados (2006, 422). En consecuencia, el Tribunal determinó que la Primera Enmienda no protegía a Ceballos porque sus funciones como asistente del fiscal comprendían la redacción de informes sobre casos pendientes. El Gobierno, por tanto, estaba en su derecho de tomar medidas disciplinarias contra él por la crispación que había provocado su informe.

Debido a la estructura jerarquizada del sistema judicial estadounidense y al principio de *stare decisis* —la práctica judicial de seguir las sentencias previas, sean “acertadas o no” (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 1992, 857)—, los tribunales de rango inferior (Tribunales de Apelaciones, Tribunales de Distrito, etc.) deben adecuar sus resoluciones a las sentencias del Tribunal Supremo (Thurmon, 1992, 422). Por tanto, la fuerza vinculante del precedente ha obligado a estos tribunales a emplear *Garcetti* en aquellos casos donde las expresiones de los empleados

públicos provocaron medidas disciplinarias contra ellos. Estas sentencias tienden a favorecer al Gobierno, dada la frecuencia con la que los empleados son disciplinados por comentarios relacionados con sus funciones (Daly, 2009, 24; Drechsel 2011, 143) y la flexibilidad con la que los tribunales asocian el contexto en el que se produjeron los comentarios con las funciones del empleado (O’Neil 2008, 13), como se puede comprobar a continuación.

En *Garcetti* (2006, 421, 424), las dos partes litigantes reconocieron que Ceballos había escrito el informe con arreglo a sus funciones como asistente de la Fiscalía. Sin embargo, el Tribunal Supremo no articuló ningún marco para definir el alcance de las funciones del empleado en situaciones más confusas. La mayoría (2006, 424-425) se limitó a comentar que las descripciones formales del trabajo no son necesarias ni suficientes para demostrar que la actividad que el empleado estaba desarrollando en el momento de expresarse entraba en sus funciones oficiales. En consecuencia, al menos cinco Tribunales de Apelaciones —con jurisdicción sobre 26 de los 50 estados del país, incluidos el primer y el tercer estado más poblado (California y Nueva York, respectivamente)— han dictaminado que la expresión puede haberse producido en cumplimiento de las funciones del empleado público incluso aunque no aparezca en la descripción formal del puesto (*Weintraub v. Board of Education*, 2010, 203). A falta de más detalles por parte del Tribunal Supremo, los Tribunales de Apelaciones han empleado distintos criterios para determinar si la expresión del empleado ocurrió “conforme a sus funciones” (Kaplan, 2010, 468). Como resultado, los criterios suelen favorecer al Gobierno, ya que pueden llegar a abarcar hasta “aspectos inusuales” que no forman parte de las funciones cotidianas del empleado (*Chávez-Rodríguez v. City of Santa Fe*, 2010, 714). Por ejemplo, en *Green v. Board of County Commissioners* (2007), una técnico de laboratorio había contactado con un hospital para que confirmaran los resultados de una prueba de detección de drogas, a pesar de que sus superiores le habían informado de que no se tenía por qué confirmar ningún análisis. Aunque la obtención de un segundo análisis no formaba parte de las funciones como técnico en el laboratorio, el tribunal entendió que la acción “emanaba” de dichas funciones (2007, 801). Por tanto, los supervisores estaban legitimados para imponer medidas disciplinarias contra la demandante por no haber cumplido con sus instrucciones.

Pasar el test *Garcetti* no garantiza una victoria para el empleado. Sus comentarios, además de no haberse producido en el ejercicio de sus funciones, aún debe pasar el test en vigencia antes de *Garcetti*: el test *Pickering*. En *Pickering v. Board of Education* (1968), un profesor de Secundaria fue despedido tras haber enviado una carta a un periódico local en la que criticaba al Consejo Escolar por la manera de asignar fondos para los programas académicos y deportivos. La sentencia del Tribunal Supremo está fundamentada en un precedente, *Adler v. Board of Education* (1952, 492-493), el cual garantizaba a los profesores sus derechos constitucionales de reunión y de expresión, pero les prohibía imponer al Gobierno las condiciones de trabajo. En *Pickering*, el Tribunal dictaminó que la prerrogativa del Gobierno para velar por un ambiente laboral productivo debe sopesarse con el derecho constitucional de todo individuo a expresarse libremente sobre temas relevantes para la comunidad, tales como la forma en que el Gobierno gasta los fondos públicos o, como en *Rankin v. McPherson* (1987, 386-387), los errores del Presidente de la nación.

Por tanto, en esta ponderación de intereses contrapuestos, el Gobierno probablemente ganará el caso si se cumplen uno de estos dos supuestos: (1) la expresión no trataba sobre un asunto de interés público, es decir, un asunto que afectara directamente a la comunidad (*City of San Diego v. Roe*, 2004, 83-84); y (2) el Gobierno demuestra que la expresión, aunque fuera de carácter público, socavó la misión gubernamental de servir eficientemente al público (*Connick v. Myers* 1983, 146, 152-153). Esta misión queda mermada cuando, por ejemplo, las expresiones de un empleado interfieren en el ejercicio de sus funciones; cuando siembran la discordia entre compañeros; o cuando minan la autoridad de un supervisor (*Pickering v. Board of Education* 1968, 569-570). Posteriormente, en *Waters v. Churchill*, 1994, 702-703), el Tribunal Supremo suavizó este requisito para el Gobierno, permitiéndole ganar el caso solamente con demostrar que era razonable predecir un perjuicio de su misión educativa a raíz de la expresión de carácter público del profesor. Independientemente de la constatación o de la razonable probabilidad de dicho perjuicio, debe quedar claro que los representantes del Gobierno impusieron las medidas disciplinarias contra el empleado para proteger a la institución y no como represalia, es decir, no porque discrepaban con el contenido del mensaje (*Rankin v. McPherson*, 1987, 384).

La sentencia en *Garcetti* ha sido severamente criticada por estudiosos del Derecho (p. ej., Cooper, 2006, 91; Wenell, 2007, 627-628) y por miembros del cuerpo judicial, incluidos los Jueces del Tribunal Supremo que votaron en contra. Para tres de los nueve magistrados, *Garcetti* disuade a los empleados públicos de revelar información de primera mano sobre el funcionamiento del Gobierno (2006, 428). Esta restricción vulnera el espíritu de la Primera Enmienda porque, como el mismo Tribunal ha manifestado repetidamente, el libre intercambio de información sobre asuntos gubernamentales ayuda a la ciudadanía a elegir a los representantes mejores cualificados para servir a la nación (*Roth v. United States* 1957, 484). Además, como lamentaba el Tribunal de Apelaciones en *Williams v. Riley* (2007, 584-585), *Garcetti* deja a los empleados públicos sin una vía legal para recurrir una medida disciplinaria contra ellos por haber denunciado irregularidades en el trabajo. Como se comprobará más adelante, la llegada de *Garcetti* restringe sustancialmente la libertad de expresión de un colectivo especial de empleados públicos: los profesores universitarios.

3. La libertad de expresión en las universidades públicas

La sentencia en *Garcetti* también fue criticada porque el Tribunal Supremo decidió no aclarar su aplicación a la enseñanza y a la investigación, una indecisión en consonancia con la habitual incertidumbre del Tribunal a la hora de establecer los límites de la libertad de expresión en el terreno académico. Por un lado, el Tribunal ha ensalzado la escuela pública como la “cuna de la democracia en los Estados Unidos” (*Adler et al. v. Board of Education*, 1952, 508), desde la cual el profesor ejerce la “noble tarea” de fomentar mentes abiertas para que participen activamente en una sociedad democrática (*Wieman v. Updegraff*, 1952, 196). Por su parte, las universidades públicas disfrutan de la protección de la Primera Enmienda (*Healy v. James*, 1972, 180). De hecho, la libertad de cátedra constituye un “asunto especial” de la Enmienda (*Keyishian v. Board of Regents*, 1967, 603; *Regents of the University of California v. Bakke*, 1978, 312). Por tanto, de la misma manera que la Enmienda prohíbe que el Gobierno promueva sola-

mente opiniones ortodoxas, la libertad de cátedra protege a los profesores y estudiantes del adoctrinamiento gubernamental en las instituciones educativas (*Keyishian v. Board of Regents*, 1967, 641). En consecuencia, el aula se debe erigir en un mercado de ideas heterogéneas que circulan libremente, sin mediar autoritarismo o paternalismo gubernamentales, para que los estudiantes puedan descubrir la verdad por sí mismos. Sin esta libertad, la sociedad “se estancará para, a continuación, perecer” (*Sweezy v. New Hampshire*, 1957, 250). Además, los estudiantes tienen derecho a acceder a estas ideas no solamente en las aulas, sino también en las bibliotecas de los centros educativos públicos. Por tanto, los representantes del Gobierno no pueden retirar ciertos libros de las estanterías simplemente por discrepar con las ideas expresadas en dichos libros (*Board of Education, v. Pico*, 1982, 687).

Por el contrario, el Tribunal Supremo aún no ha legitimado la libertad de cátedra como un derecho constitucional, a pesar de su estrecha relación con la Primera Enmienda (Beckstrom, 2010, 1219-1220). De hecho, el Tribunal Supremo todavía no ha invalidado ninguna norma estatal por haber infringido un derecho constitucional a la libertad de cátedra (*Urofsky v. Gilmore*, 2000, 412). Además, el Tribunal ha apuntado en otras sentencias a una libertad de cátedra de tipo institucional, no individual. Es decir, la libertad de cátedra no pertenecería al profesor, sino a la institución para la cual trabaja. Por ejemplo, en *Sweezy v. State of New Hampshire* (1957, 263), el Tribunal falló que son las universidades las que determinan “quién puede enseñar, qué puede enseñarse, [y] cómo enseñarse”.

El Tribunal reforzó esta interpretación en *NLRB v. Yeshiva University* (1980, 686), un caso que giraba en torno a los Estatutos de una universidad cuya jerarquía de gobierno se asemeja a la de muchas otras universidades del país (Areen, 2009, 982): en la parte superior del organigrama aparece el Rector (“President”), nombrado por una Junta (“Board of Trustees”) para ejercer como Director Ejecutivo de la institución; más abajo se encuentran los Decanos, quienes elaboran los presupuestos de sus respectivos Departamentos con la aprobación del Rector; inmediatamente más abajo se encuentran los Jefes de Departamento, que realizan labores como asignar cursos y evaluar del rendimiento de los profesores del Departamento (*Jeffries v. Harleston*, 1994, 1247); por último, los profesores (y, a veces, el personal de administración y servicios, y los estudiantes), quienes participan en el gobierno de la institución por medio de los Claustros Universitarios (“Academic Senates”)⁵. En la sentencia, cinco de los nueve magistrados dictaminaron que la labor del profesorado en el organigrama de la universidad se asemejaba a las funciones de los directivos o gerentes en el contexto empresarial: “la autoridad del profesorado en asuntos académicos es absoluta: los profesores deciden qué cursos se ofrecen, cuándo se ofrecen, y a qué estudiantes se les enseñan. [Además,] debate[n] y establece[n] los métodos de enseñanza, los criterios de evaluación y las normas de matriculación de los estudiantes”, aunque todo ello de acuerdo con las directrices impuestas por la administración, y no siguiendo criterios independientes⁶.

⁵ También se emplean otros términos, como “Faculty Senates” o “Student-Faculty Councils”, según la composición de estos órganos de gestión.

⁶ Para los cuatro magistrados que votaron en contra de la sentencia (1980, 699-700), evaluar la competencia de un profesor universitario como si fuera un gerente en el mundo empresarial —es decir, valo-

A pesar de esta ambivalencia judicial con respecto a los límites de la libertad de expresión académica, la siguiente sección intentará aclarar las repercusiones de *Garcetti* en el mundo universitario. Dicho de otro modo, el análisis se centrará en aquellas situaciones en las que un profesor universitario argumenta que la Primera Enmienda invalida una medida disciplinaria que la institución había impuesto por sus comentarios. El análisis, por tanto, excluye los efectos de *Garcetti* en las etapas de la enseñanza obligatoria⁷; el alcance de la libertad de expresión en las universidades privadas⁸; y las situaciones de censura previa, es decir, aquellos casos en los que una medida gubernamental provoca que el profesor no se exprese por miedo a las represalias del Gobierno⁹.

4. *Garcetti* y la libertad de expresión de los profesores universitarios

Teniendo en cuenta las secciones anteriores, habría dos posibles análisis jurídicos para los profesores universitarios de instituciones públicas que recurran una medida disci-

rando su lealtad hacia la institución por encima de la calidad de su enseñanza e investigaciones— contraviene el espíritu de la libertad de cátedra. Por su parte, algunos estudiosos del Derecho (p. ej., Beckstrom, 2010, 1227; Secunda, 2007, 1813) han apoyado esta opinión al comentar que los profesores universitarios no son contratados para repetir las ideas impuestas por el Gobierno.

⁷ *Garcetti* ha limitado aún más el alcance de la libertad de expresión de los profesores en la Enseñanza Primaria y Secundaria (Nahmod, 2008, 55). Antes de *Garcetti*, el Tribunal Supremo ya había dispuesto que la edad de los estudiantes y el carácter obligatorio de la enseñanza en estos niveles impiden que los profesores de estas instituciones gocen del mismo grado de libertad que sus homónimos universitarios (Kuhn, 2006, 999; Nahmod, 2008, 62). En lo que respecta a la edad, el Tribunal dictaminó en *Hazelwood v. Kuhlmeier* (1988, 271) que las escuelas deben proteger a los estudiantes de ideas inapropiadas para su madurez. Dicho de otro modo, mientras que los estudiantes universitarios están más capacitados para pensar críticamente, los estudiantes de las etapas obligatorias son más influenciados y, por tanto, más vulnerables al adoctrinamiento por parte de los profesores (Forster 2010/2011, 714). En cuanto a la obligatoriedad de las etapas pre-universitarias, el Tribunal ha razonado que estos estudiantes deben asistir a clase y, en consecuencia, no pueden evitar estar expuestos a la información expresada por sus profesores. Al convertir a los estudiantes en un público cautivo (“captive audience”), esta situación repercute en la libertad de cátedra del profesor, ya que el derecho del emisor a expresarse libremente no debe interferir con el derecho del receptor a no tener por qué leer o escuchar el mensaje (*Cohen v. California*, 1971, 21; *Rowan v. United States Post Office Dept.* 1970, 736).

⁸ En las instituciones de enseñanza públicas, los límites de la libertad de expresión del profesor se pueden establecer por medio del Derecho Contractual y el Derecho Constitucional. En las instituciones privadas, este último no se aplica. Por tanto, los límites se establecen a través de los términos de un contrato de trabajo, ya sea a título individual o por medio de un convenio colectivo (Kaplin y Lee, 2007, 248-249).

⁹ Por ejemplo, en *Crue v. Aiken* (2004), el Rector de la Universidad de Illinois había prohibido a la comunidad universitaria contactar con candidatos que representarían a la institución en eventos deportivos. La medida surgió tras la propuesta de varios profesores de disuadir a este tipo de estudiantes de matricularse en la universidad para protestar el uso de la imagen de un jefe indio como mascota de la institución. En estas situaciones de censura previa, los jueces emplean el test establecido por el Tribunal Supremo en *U.S. v. National Treasury Employees Union* (1995). El test es mucho más difícil de pasar por el Gobierno, dado que el Tribunal considera que censurar un mensaje antes de que se produzca es mucho más grave que penalizar al emisor después de haber expresado dicho mensaje (*Nebraska Press Association v. Stuart*, 1976, 559).

plinaria (despido, denegación de Titularidad, denegación de aumento de sueldo, etc.) impuesta, presuntamente, por sus comentarios¹⁰:

En primer lugar, el tribunal decide aplicar *Garcetti*. De hecho, el Tribunal de Apelaciones con jurisdicción en los estados sureños de Luisiana, Mississippi y Tejas ya ha dispuesto que usará *Garcetti* en los casos sobre libertad de expresión en las instituciones de enseñanza públicas de estos estados (*Williams v. Dallas Independent School District*, 2007, 692). De emplearse *Garcetti*, el profesor pasaría el test si su expresión no se produjo conforme a sus funciones. El test, por ejemplo, permitiría las quejas del profesor sobre la calidad de la comida en la cafetería de su Facultad, o sus críticas sobre los horarios de los autobuses que paran cerca del recinto universitario, ya que estos asuntos no son competencias de los profesores (O'Neil, 2008, 20).

A pesar de estas situaciones hipotéticas favorables para el profesor, es lógico pensar que la mayoría de las expresiones que comunica un profesor universitario se circunscriben a sus funciones esenciales (enseñanza, investigación y servicio). De ahí, el potencial de *Garcetti* para respaldar las sanciones de los administradores contra los profesores que, presuntamente, hayan perjudicado la misión educativa de la institución con sus comentarios. Quizás, la única excepción, teniendo en cuenta otras sentencias previas a *Garcetti*, la constituirían aquellas expresiones que, aunque relacionadas con las funciones del profesor, hubieran sido autorizadas anteriormente por los administradores (Forster 2010/2011:707). Esta autorización puede derivar de documentos normativos, como el currículum o los Estatutos de la institución. Por ejemplo, en *Stachura v. Truskowski* (1985) un profesor de Primaria fue despedido, tras las protestas de algunos padres de alumnos, por mostrar en su clase de Ciencias de la Naturaleza imágenes de los órganos que intervienen en la reproducción humana. El Tribunal de Apelaciones dispuso que el profesor tenía derecho a una indemnización por despido improcedente, ya que el contenido y la metodología para la clase habían sido aprobados por la Dirección del colegio. Del mismo modo, el Tribunal de Apelaciones en *Cockrel v. Shelby County School District* (2001, 1054-1055) dictaminó que fue la propia institución, y no el profesor, quien había interferido con su propia misión pedagógica al autorizar una controvertida presentación sobre un producto industrial obtenido de una planta similar a la planta que produce la marihuana.

Mayer v. Monroe County Community School Corporation (2007) es el único caso que, de momento, ha aplicado *Garcetti* a la libertad de expresión de los profesores en el

¹⁰ Un tercer test reservado para el contexto académico, *Hazelwood* (1988, 273), requiere del Gobierno un razonamiento pedagógico válido antes de regular expresiones en actividades oficiales. Dado que las regulaciones curriculares constituyen un asunto pedagógico, *Hazelwood* permite al Gobierno controlar las expresiones de los profesores en el aula a través del currículum (Forster, 2010/2011, 694). Algunos investigadores (p. ej., Gardner 2008, 238-239) han criticado la incongruencia de emplear *Hazelwood* en estas situaciones, ya que el test fue originalmente establecido para evaluar las expresiones de los estudiantes. De cualquier modo, *Hazelwood* apenas suele emplearse para determinar la validez constitucional de las expresiones de los profesores universitarios (*Scallet v. Rosenblum*, 1996, 1011). A efectos prácticos, el test más bien se reserva para profesores y estudiantes en las etapas obligatorias, y para las expresiones de los estudiantes universitarios (LaVigne, 2008, 1206). Por tanto, el presente análisis se centrará en los otros dos tests: *Garcetti* y *Pickering*.

aula. Aunque se centra en la enseñanza en las etapas obligatorias¹¹, el caso sirve para ejemplificar los efectos de *Garcetti* en la enseñanza universitaria. En *Mayer*, un colegio público no renovó a una profesora de Primaria tras la protestas de algunos padres de alumnos. La profesora en cuestión había criticado en su clase sobre noticias de la actualidad la intervención militar estadounidense en Irak. Para el Tribunal, la profesora se había expresado mientras enseñaba su clase, es decir, mientras ejercía sus funciones. El Tribunal también recalcó que, según el Consejo Escolar, la profesora podía mencionar la Guerra en Irak en clase mientras se mantuviera neutral. Por tanto, el Consejo, como representante del Gobierno, estaba legitimado a no contar con un empleado que no seguía las directrices de sus superiores.

La enseñanza, sin embargo, no constituye la única función desempeñada por los profesores universitarios y, por tanto, el único contexto que justificaría una sanción contra el profesor basada en *Garcetti*, independientemente del carácter público de sus comentarios. Normalmente, estos profesionales deben también cumplir con labores investigadoras, con tareas de servicio a la institución y, en determinados casos, con funciones administrativas. De ahí que el amplio alcance de *Garcetti* se haya erigido en una amenaza para la autonomía profesional de los profesores. *Hong v. Grant* (2007) es, por ahora, la única sentencia que ha empleado *Garcetti* para juzgar la constitucionalidad de los comentarios de un profesor universitario fuera del aula. En este caso, un Profesor Titular en una universidad pública en el estado de California alegó que la institución había violado su derecho a la libre expresión cuando sus superiores le denegaron un aumento de sueldo por criticar, en reuniones de Departamento, la contratación y el ascenso de otros profesores, y el uso de lectores para impartir cursos. Siguiendo a *Garcetti*, el tribunal (2007, 1161) reconoció la libertad de los administradores de la universidad para gestionar la misión educativa de la institución. En particular, los Estatutos recogían que además de la enseñanza y la investigación, los Profesores Titulares debían estar involucrados en funciones administrativas, como la aprobación de cursos, la metodología a emplear, y la contratación y el ascenso de colegas. Por tanto, la Primera Enmienda no amparaba las críticas del Profesor Titular porque se relacionaban directamente con las funciones para las que fue contratado¹² (2007, 1167).

Como se comentó previamente, los tribunales de rango inferior no han consensuado una fórmula para determinar si la expresión del empleado público se produjo conforme a sus funciones (Kaplan, 2010, 468). No obstante, las conclusiones de estos tribunales tienden a favorecer al Gobierno incluso cuando la relación entre expresión y funciones no es, a simple vista, tan evidente como en los anteriores ejemplos. Así, en *Renken v. Gregory* (2008), un Profesor Titular alegó que los administradores de su universidad habían tomado represalias contra él por sus quejas sobre una beca que le habían

¹¹ De hecho, la mayoría de los juicios sobre libertad de cátedra se centra en los niveles no universitarios (DeMitchell y Connelly, 2007, 84).

¹² Un Tribunal de Apelaciones (*Hong v. Grant*, 2010, 237) ratificó la sentencia, aunque por motivos ajenos a la Primera Enmienda. Sin entrar a valorar el argumento del profesor, el Tribunal determinó que los representantes de la universidad pública acusados en el juicio gozaban de inmunidad legal bajo la Undécima Enmienda a la Constitución federal, que prohíbe que los representantes de los 50 estados del país (como California) sean juzgados en un tribunal federal. De todas maneras, debido a la evidente conexión entre las funciones administrativas del profesor y sus comentarios, juicios similares se resolverían a favor de la institución si el tribunal en cuestión decidiera aplicar *Garcetti*.

concedido. El Tribunal de Apelaciones (2008, 773) falló que la beca ayudaba al profesor a cumplir con sus labores de enseñanza porque, como el mismo profesor había admitido, las actividades derivadas de la beca redundarían en beneficio de los estudiantes. *Gorum v. Sessoms* (2009) también ejemplifica que para algunos Tribunales de Apelaciones, las funciones de un profesor universitario no se limitan a aquellas explícitamente asignadas por los administradores. En este caso, un Profesor Titular —y Jefe de Departamento— alegó que había sido despedido porque había ayudado a un estudiante a apelar la sanción impuesta por la institución tras quebrantar las normas sobre tenencia de armas. El Profesor argumentó que sus comunicaciones con el estudiante estaban protegidas porque iban más allá de las obligaciones tipificadas en el convenio colectivo con la universidad. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones (2009, 185) falló que las expresiones de un empleado pueden formar parte de sus funciones si se relacionan con experiencias o conocimientos adquiridos a través del cargo que ocupa. En este caso, el conocimiento y la experiencia que tenía el Profesor sobre el Código de Conducta de la institución (que él mismo había redactado), lo convirtieron, de hecho, en el consejero de todos los estudiantes con problemas de disciplinas. Por lo tanto, al aconsejar al estudiante sobre su apelación, el Profesor estaba ejerciendo una parte de sus funciones.

En la misma línea, el razonamiento del Tribunal de Apelaciones en *Brammer-Hoelter v. Twin Peaks Charter Academy* (2007), aunque aplicado un contexto no universitario, augura una creciente restricción de la libertad de expresión de los profesores a partir de *Garcetti*. El Tribunal desestimó la demanda de un grupo de profesores de un colegio, quienes se habían reunido fuera del horario de trabajo en restaurantes y en sus casas particulares para hablar sobre algunos de los problemas de la institución, incluidos asuntos curriculares. Para el Tribunal (2007, 1204), aunque los profesores se expresaron durante eventos fuera del recinto escolar y sin el patrocinio de la institución, estas cuestiones curriculares se debatieron en cumplimiento de las funciones de los profesores, ya que la institución les pagaba para ejecutar el currículum.

Los tribunales, sin embargo, pueden decidir prescindir de *Garcetti*, dado que no están obligado por el Tribunal Supremo a aplicarlo al terreno académico. Así lo razonó el Tribunal de Apelaciones con jurisdicción sobre la parte central del este del país para seguir empleando el test *Pickering* (*Lee v. York County School Division*, 2007, 695). *Pickering* también se aplicaría en aquellos casos en los que la expresión haya pasado *Garcetti*, es decir, después de que el tribunal haya dictaminado que la expresión no se produjo como parte de las funciones del profesor. En ambas circunstancias, el profesor ganará el juicio si su expresión cumple dos requisitos: (1) ser de carácter público; y (2) prevalecer sobre el derecho del Gobierno a gestionar eficientemente la institución, es decir, no socavar la misión educativa¹³ del Gobierno o tener el potencial de socavarla. Los siguientes párrafos demostrarán las dificultades del profesor para ganar el caso bajo *Pickering*.

¹³ Como ejemplo de misión educativa típica de las universidades públicas del país, la Universidad de Carolina en Chapel Hill —la primera institución de este tipo fundada en los Estados Unidos— pretende, en primer lugar, “servir como un centro para la investigación, la acumulación de conocimientos y la creatividad, y [, en segundo lugar,] enseñar a una comunidad estudiantil heterogénea. . . a convertirse en la próxima generación de líderes” (University of North Carolina at Chapel Hill, 2009).

Dependiendo del área geográfica sobre la que tienen jurisdicción, los tribunales de rango inferior han llegado a conclusiones dispares acerca del carácter de las expresiones del profesor (Gardner, 2008, 219-222). En un caso post-*Garcetti*, *Lee v. York County School Division* (2007, 695), el Tribunal de Apelaciones (2007, 694) estimó que los materiales curriculares no tratan sobre ningún asunto público y, en consecuencia, no están protegidos por la Primera Enmienda. Por el contrario, para el Tribunal de Apelaciones en *Cockrel v. Shelby County School District* (2001, 1051-1052), este razonamiento amordazaría a todos los profesores durante el periodo de clase porque prácticamente todas sus formas de expresión en clase serían privadas. Este Tribunal, por tanto, ha usado más flexibilidad para evaluar el carácter de la expresión. En *Cockrel*, el tema de la controvertida presentación que provocó el despido de una profesora —el cáñamo industrial— era de carácter público porque había aparecido frecuentemente en medios de comunicación locales. En *Hardy v. Jefferson Community College* (2001, 679), el mismo Tribunal de Apelaciones había dictaminado que un profesor se encarga de preparar a los estudiantes para que ocupen su lugar en la sociedad como ciudadanos responsables. Es decir, el profesor aporta a los estudiantes ideas y argumentos que les permite contribuir valiosamente a conversaciones y debates sobre asuntos públicos (Clarick 1990, 702). Por tanto, la instrucción en el aula frecuentemente tratará aspectos que entran dentro de la definición de “interés público” del Tribunal Supremo (*Hardy v. Jefferson Community College*, 2001, 679).

No obstante, hay materias que no se prestan tanto como otras a afectar directamente a la comunidad. Al no pasar la primera parte del test *Pickering*, estos asuntos privados justificarían una medida disciplinaria contra un profesor por haber obstaculizado la misión educativa de la institución con sus expresiones. De todas maneras, estas materias tampoco parecen propensas a provocar malestar entre profesores, quejas de los estudiantes, indisciplina o cualquier otra circunstancia que dificulte los objetivos académicos de la institución. Por ejemplo, en las clases de lenguas extranjeras, aspectos como la conjugación del *passé composé* en francés o las partes de una casa en alemán, no constituyen temas públicos, ni tampoco parecen obligar al profesor a medir sus palabras por temor a las represalias de los administradores.

La probabilidad de que un tribunal considere la expresión como de carácter público no aumenta necesariamente cuando se produce fuera del aula. Disputas personales, agravios y, en general, asuntos internos —más propicios a surgir cuando el profesor desempeña funciones administrativas y de servicio que cuando enseña sus clases o realiza investigaciones— no están, por lo general, protegidos por la Primera Enmienda debido a su carácter privado (*Lighton v. University of Utah*, 2000, 1224-1225). Por ejemplo, el tribunal en el caso *Hong v. Grant* (2007, 1169) (mencionado arriba) también desestimó el caso al entender que las críticas del profesor sobre la contratación de ciertos profesores y el uso de lectores se centraban en disputas administrativas internas que no afectaban a la comunidad. De igual modo, el Tribunal de Distrito en *Payne v. University of Arkansas Fort Smith* (2006, 13) dictaminó que la política de una universidad de aumentar el número de horas en que los profesores debían permanecer en el recinto universitario no constituía un asunto de interés público, sino una cuestión interna sobre condiciones de trabajo.

Colburn v. Trustees of Indiana University (1992) demuestra que las cuestiones internas continúan siendo consideradas como privadas independientemente de la reacción de la comunidad al conocerlas. En ese caso, dos profesores universitarios argumentaron que no consiguieron su Titularidad tras denunciar disputas personales entre miembros del Departamento. Según estos profesores, estas rivalidades estaban provocando que los profesores sin Titularidad fueran evaluados de acuerdo con su lealtad hacia los dos grupos de profesores Titulares enfrentados entre sí. Para el Tribunal de Apelaciones (1992, 586), la reacción de la comunidad al conocer las injusticias cometidas en una institución pública no califica al asunto como de carácter público. En este caso, el Tribunal dictaminó que aunque el grado de subjetividad con el que se evaluaba a los profesores del Departamento pudiera causar malestar entre el público, el asunto no afectaba directamente a toda la comunidad.

Como se indicó más arriba, la primera parte del test *Pickering* (determinar si la expresión del profesor es de carácter público) es una condición necesaria, pero no suficiente para proteger constitucionalmente la expresión del profesor (*Brewster v. Board of Education*, 1998, 979). Por lo tanto, aunque la expresión sea de carácter público, el tribunal aún debe sopesar el valor social de la expresión con el derecho del Gobierno a mantener un lugar de trabajo sin conflictos que perjudiquen los servicios al público. En principio, el profesor debería ganar el caso cuando su expresión no impide el desempeño de sus funciones; cuando no desestabiliza la armonía profesional con el resto de los empleados; y/o cuando no menoscaba la autoridad de los supervisores. Así, en *Hardy v. Jefferson Community College* (2001), una institución universitaria no renovó el contrato a un profesor que usó su clase de Comunicación para ejemplificar la marginación hacia grupos tradicionalmente oprimidos —como mujeres y minorías raciales— por medio de expresiones vulgares. Tras la clase, uno de los estudiantes se quejó ante los superiores del profesor por el uso en clase de ciertos términos ofensivos, como “negrata” y “perra”. El profesor siguió con su clase el resto del semestre sin altercado alguno con sus estudiantes o sus colegas en el Departamento. Siguiendo a *Pickering*, el Tribunal de Apelaciones (2001, 679) primero estimó que los comentarios del profesor en clase se circunscribían a un asunto de interés primordial para el público: los conflictos de poder en la sociedad. A continuación, el Tribunal sopesó el derecho del profesor a expresarse sobre asuntos públicos frente al derecho del Gobierno de poder disciplinar a aquellos empleados que perjudiquen su misión educativa. Al fallar a favor del profesor, el Tribunal (2001, 681-682) indicó que la clase en cuestión ni empobreció las relaciones del profesor con sus compañeros de Departamento, ni interfirió con sus funciones, ni deterioró la disciplina de los empleados.

Del mismo modo, *Levin v. Harleston* (1992) se centraba en las opiniones controvertidas de un Profesor Titular sobre el nivel de inteligencia de los afroamericanos. El Decano respondió abriendo una sección más de la clase de Filosofía que estaba enseñando el profesor para aquellos estudiantes que quisieran cambiarse de sección. Sin embargo, ninguno de los estudiantes se quejó de haber sido discriminado por cuestiones de raza. El Tribunal (1992, 88) determinó que el Decano, como representante del Gobierno, había violado la Primera Enmienda al crear una sección alternativa debido a su oposición a las opiniones del profesor y no para proteger la misión educativa de la universidad.

En otras ocasiones, sin embargo, las expresiones del profesor sí que desestabilizan esta misión educativa, según los supuestos de *Pickering* (1968, 569-570). Como se indicó más arriba, el Tribunal Supremo ha dado a entender que la libertad de cátedra pertenece a la institución. Por ello, no es sorprendente que algunos Tribunales de Apelaciones hayan otorgado a las universidades públicas un riguroso control sobre los aspectos curriculares¹⁴ (*Cohen v. San Bernardino Valley*, 1995, 1413). Este control implica que el profesor perjudicará la misión educativa del gobierno si contraviene las directrices de la institución sobre el contenido de las materias a enseñar y/o sobre los métodos empleados para enseñarlas. Dicho de otro modo, la decisión de un profesor de expresarse sobre temas no relacionados con la materia que imparte y/o de usar una metodología no aprobada por la universidad interferiría en sus funciones y, por tanto, dañaría la misión educativa de la institución.

Por ejemplo, en *Piggee v. Carl Sandburg College* (2006), una universidad no renovó el contrato de una profesora de Cosmética por haber distribuido folletos contra la homosexualidad durante su clase. El Tribunal de Apelaciones (2006, 672) dictaminó que, aunque el asunto tratado en los folletos fuera de interés público, una universidad pública puede exigir a sus profesores que se ciñan a las materias que imparten. De lo contrario, los comentarios del profesor sobre temas no relevantes podrían entorpecer la misión educativa de la institución. Este control gubernamental sobre aspectos curriculares incluye no solamente el contenido de los cursos, sino también otros, como la cantidad de tareas asignadas y la forma de calificar a los estudiantes (*Lovelace v. Southeastern Massachusetts University*, 1986, 424). En *Lovelace*, el Tribunal de Apelaciones (1986, 425-426) dictaminó que las universidades públicas están legitimadas para acomodar el grado de rigurosidad de sus estándares a la población estudiantil a la cual sirve. En consecuencia, la universidad en cuestión actuó legalmente al no renovar a un profesor que se había negado, pese a las críticas de sus estudiantes y las recomendaciones de sus superiores, a bajar sus criterios de evaluación para ajustarlos a los establecidos por la institución.

La probabilidad de que el Gobierno gane el juicio aumenta si el Tribunal decide seguir la sentencia del Tribunal Constitucional en *Waters v. Churchill* (1994, 702-703). Como se notó anteriormente, *Waters* da la oportunidad al Gobierno de sancionar al profesor aunque la expresión de carácter público no hubiera mermado la misión educativa de la institución. En virtud de la sentencia, es suficiente con que el Gobierno demuestre que predijo de manera razonable las consecuencias perturbadoras que se derivarían de la expresión del profesor. El Tribunal de Apelaciones en *Jeffries v. Harleston* (1995, 13) se basó en este planteamiento para confirmar una reducción en la duración del contrato del Jefe del Departamento de Estudios Afroamericanos de una universidad pública. La institución impuso esta medida después de que el profesor hubiera criticado en un discurso televisado las supuestas injerencias de los judíos para perjudicar a los afroamericanos en el sistema educativo de las escuelas públicas. En la sentencia, el Tribunal

¹⁴ A pesar de su autoridad en cuestiones curriculares, las instituciones de enseñanza públicas no pueden obligar a sus profesores a seguir cualquier punto contenido en el currículum. Así, en *Epperson v. State of Arkansas* (1968, 1107), el Tribunal Supremo dictaminó que el currículum no puede violar la Constitución. En este caso, el Gobierno del estado de Arkansas violó la neutralidad gubernamental en cuestiones religiosas (también recogida en la Primera Enmienda) al prescribir la enseñanza del origen del hombre desde la perspectiva del Génesis.

estimó que la institución había obrado dentro de la legalidad porque era razonable pensar que las críticas podrían dañar a la institución.

No obstante, el razonamiento del Tribunal Supremo en *Waters vs. Churchill* puede no sentar precedente porque solamente fue apoyado por una mayoría relativa de Jueces (Hochschild, 2000, 261). En concreto, siete de los nueve miembros del Tribunal llegaron a la misma conclusión, pero solamente cuatro la razonaron de la misma manera. La falta de un marco claro por parte del Tribunal para guiar a los tribunales inferiores sobre este tipo de situaciones¹⁵ (Hochschild, 2000, 280-281) ha creado incluso inconsistencias internas en algunos de estos tribunales a la hora de aplicar *Waters* al mundo académico (Hitz, 2010, 1170). Por ejemplo, en *Settlegoode v. Portland Public Schools* (2004), una profesora de Educación Física para alumnos con discapacidad empezó a recibir evaluaciones negativas de su superior después de haberse quejado por escrito de las deplorables condiciones en la que estos alumnos estaban siendo educados. En su fallo a favor de la profesora, y sin citar la sentencia en *Waters*, el Tribunal de Apelaciones (1994, 515) observó que la carta no causó ningún efecto devastador en la institución. Por el contrario, en *Brewster v. Board of Education* (1998, 979), el mismo Tribunal no exigió del Gobierno demostrar una desestabilización en el lugar de trabajo, sino simplemente una predicción razonable de que la expresión podría haber ocasionado un efecto desestabilizador.

En definitiva, los profesores universitarios deberán seguir una serie de pasos para minimizar el riesgo de acciones disciplinarias protegidas por *Garcetti* o *Pickering*. En primer lugar, familiarizarse con los documentos que especifiquen las funciones del profesor. El profesor deberá prestar especial atención al contenido y a la metodología prescritos en el currículum, dado que las sentencias del Tribunal Supremo apuntan a la institución como la autoridad en cuestiones curriculares. En segundo lugar, conocer la cultura de la institución. No todas las instituciones (sobre todo a nivel universitario) ejercen su potestad curricular opresivamente, ya que son conscientes de que no podrían contratar o mantener en plantilla a muchos profesores si limitaran severamente sus funciones (*Bishop v. Aronov*, 1991, 1075). Por último, familiarizarse con la jurisprudencia de los tribunales en el área donde está ubicada la institución. De momento, sólo un Tribunal de Apelaciones ha usado *Garcetti* en el contexto universitario. Otros, en cambio, continúan empleando *Pickering* con distintos grados de deferencia hacia el Gobierno.

¹⁵ *Marks v. United States* (1977, 193) representa el único intento tácito del Tribunal Supremo para guiar a los tribunales de rango inferior en aquellos casos en los que una mayoría absoluta del Tribunal llega a la misma decisión (p. ej., declarar una ley constitucional) sin un razonamiento consensuado (Kazakes, 2011, 1061). Aunque el estándar en *Marks* parece basar futuras sentencias en los aspectos compartidos por los distintos razonamientos de la decisión mayoritaria (Kazakes, 2011, 1062), el mismo Tribunal reconoció en *Nichols v. United States* (1994, 745) la confusión entre los tribunales inferiores a la hora de aplicar el estándar.

5. Conclusiones

En resumen, antes de la llegada de *Garcetti*, el test *Pickering* ya limitaba las situaciones en las cuales un profesor universitario podía argumentar con éxito que la institución había violado su derecho constitucional a la libertad de expresión. Bajo *Pickering*, la situación más favorable para el profesor se produce cuando el asunto expresado afecta directamente a la comunidad, pero sin generar el menor atisbo de controversia dentro de la institución. Otras situaciones, sin embargo, pueden decantar el caso a favor del Gobierno. De aplicarse consistentemente al mundo universitario, *Garcetti* restringiría aún más las instancias en las que el profesor puede expresarse libremente. En particular, *Garcetti* justificaría una medida disciplinaria si el profesor se expresara en el cumplimiento no solamente de las funciones para las que fue contratado explícitamente (enseñanza, investigación, servicio y, en algunos casos, labores administrativas), sino también en el ejercicio de aquellas labores asociadas indirectamente con sus funciones designadas, todo ello independientemente del carácter público de la expresión.

En vista de *Pickering* y *Garcetti*, la defensa de la libertad de cátedra en otras sentencias del Tribunal Supremo se ha quedado en un ejercicio pleno de florituras retóricas, pero parco de fuerza jurídica. Por un lado, el Tribunal declara que la creación y diseminación de conocimientos típicas del ambiente académico no puede prosperar en un ambiente de sospecha y desconfianza (*Sweezy v. New Hampshire*, 1957, 250); por otro, el Tribunal penaliza a los profesores por expresarse precisamente en el ejercicio de sus actividades docentes e investigadoras (como en *Garcetti*), o por causar una razonable sospecha de desestabilización en la institución (como en *Pickering-Waters*), cuando la “noble tarea” del profesor de fomentar mentes abiertas (*Wieman v. Updegraff*, 1952, 196) necesariamente va ligada a la expresión de opiniones conflictivas. Dicho de otro modo, las limitaciones impuestas por *Pickering* y, especialmente, por *Garcetti* contravienen el espíritu crítico de la libertad de cátedra propugnado por el mismo Tribunal Supremo (Heiser, 2004, 403-404; Tepper y White, 2009, 148).

Quizás el Tribunal reafirme esta libertad con más convicción en un futuro cercano. *Garcetti* y *Pickering* comparten la incertidumbre que rodea a su aplicación: en primer lugar, los tribunales de rango inferior no han adoptado *Garcetti* consistentemente en el mundo académico; en segundo lugar, estos tribunales también han vacilado a la hora de establecer el grado de desestabilización mínimo requerido por *Pickering* que equilibre la balanza a favor del Gobierno. Ante esta indecisión jurídica, el profesor probablemente opte por el silencio como forma segura de protegerse de una sanción posteriormente avalada por *Pickering* y/o *Garcetti* (Chemerinsky, 1998, 647; Roosevelt, 2012, 636). Irónicamente, el Tribunal ha creado, con estas dos sentencias, el mismo efecto silenciador que ha criticado en otras ocasiones al juzgar ciertas leyes del Gobierno por su imprecisión (p. ej., *Smith v. California*, 1959, 151; *Stromberg v. California*, 1931, 369; etc.). Hasta que el Tribunal decida pronunciarse de manera más específica—como ha requerido del Gobierno en tantas ocasiones—, la “trascendental función” (*Sweezy v. New Hampshire*, 1957, 250) que cumplen en una democracia quienes educan a la juventud permanecerá seriamente comprometida.

Referencias bibliográficas

- BRACE, P., y BOYEA, B. D. (2010). State Supreme Courts, State Constitutions and civil litigation. *Albany Law Review*, 73, 1441-1458.
- BYRNE, J. (1989). Academic freedom: A "special concern of the First Amendment". *Yale Law Journal*, 99, 251-340.
- CHEMERINSKY, E. (1998). Is tenure necessary to protect academic freedom? *American Behavioral Scientist*, 41(5), 638-651.
- CLARICK, G. A. (1990). Public school teachers and the First Amendment: Protecting the right to teach. *New York University Law Review*, 65, 693-735.
- COOPER, K. B. (2006). *Garcetti v. Ceballos*: The Dual Threshold Requirement Challenging Public Employee Free Speech. *Loyola Journal of Public Interest Law*, 8, 73-95.
- DALY, E. (2009). *Garcetti* in Delaware: New limits on public employees' speech. *Delaware Law Review*, 11, 23-41.
- DeMITCHELL, T. A., y CONNELLY, V. J. (2007). Academic freedom and the public school teacher: An exploratory study of perceptions. *Brigham Young University Education and Law Journal*, 2007, 83-117.
- DRECHSEL, R. E. (2011). The declining First Amendment rights of government news sources: How *Garcetti v. Ceballos* threatens the flow of newsworthy information. *Communication Law and Policy*, 16, 129-159.
- FORSTER, 2010/2011. Teaching in a democracy: Why the *Garcetti* Rule should apply to teaching in public schools. *Gonzaga Law Review*, 46, 687-715.
- GARDNER, A. 2008. Preparing students for democratic participation: Why teacher curricular speech should sometimes be protected by the First Amendment. *Missouri Law Review*, 73, 213-241.
- HEISER, G. M. (2004). "Because the Stakes Are So Small": Collegiality, polemic, and professionalism in academic employment decisions. *Kansas Law Review*, 52, 385-428.
- HITZ, L. A. (2010). Protecting blogging: The need for an actual disruption standard in Pickering. *Washington & Lee Law Review*, 67, 1151-1196.
- HOCHSCHILD, A. S. (2000). The modern problem of Supreme Court plurality decision: Interpretation in historical perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, 4, 261-287.
- INGBER, S. (1987). Socialization, indoctrination, or the 'pall of orthodoxy': Value training in the public schools. *University of Illinois Law Review*, 1987, 15-95.
- KAZAKES, A. J. (2011). Relatively unguided: Examining the precedential value of the plurality decision in *Shady Grove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance*, and its effect on class action litigation. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 44, 1049-1071.

KAPLAN, S. R. (2010). Public employee speech after *Garcetti*: Has the Seventh Circuit been ignoring a question of fact? *The Seventh Circuit Review*, 5, 459-490.

KAPLIN, W. A., y LEE, B. A. (2007). *The law of higher education: Student version* (4ª ed.). San Francisco, CA: Jossey-Bass.

KUHN, W. E. (2006). First Amendment protection of teacher instructional speech. *Duke Law Journal*, 55, 995-1024.

LaVIGNE, C. N. (2008). *Hazelwood v. Kuhlmeier* and the University: Why the high school standard is here to stay. *Fordham Urban Law Journal*, 35, 1191-1223.

MEIKLEJOHN, A. (1961). The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, 1961, 245-266.

NAHMOD, S. (2008). Academic freedom and the post-*Garcetti* blues. *First Amendment Law Review*, 7, 54-74.

O'NEIL, R. M. (2008). Academic speech in the post-*Garcetti* environment. *First Amendment Law Review*, 7, 1-21.

ROOSEVELT, K. (2012). Not as bad as you think: Why *Garcetti v. Ceballos* makes sense. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 14, 631-660.

SECUNDA, M. (2007). The Solomon Amendment, expressive associations, and public employment. *UCLA Law Review*, 54, 1767-1813.

TEPPER R. J., y WHITE, C. G. (2009). Speak no evil: Academic freedom and the application of *Garcetti v. Ceballos* to public University faculty. *Catholic University Law Review*, 59, 125-181.

THURMON, M. A. (1992). When the Court divides: Reconsidering the precedential value of Supreme Court plurality decisions. *Duke Law Journal*, 42, 419-468.

University of North Carolina at Chapel Hill. (2009). The Mission Statement of the University of North Carolina at Chapel Hill. Consultable en: <http://www.unc.edu/ugradbulletin/mission.html>

WENELL, J. A. (2007). *Garcetti v. Ceballos*: Stifling the First Amendment in the public workplace. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 16, 623- 648.

Casos citados

Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

Bailey v. Department of Elementary & Secondary Education, 451 F.3d 514 (8th Cir. 2006).

Bishop v. Aronov, 926 F.2d 1066 (11th Cir. 1991).

Board of Education v. Pico, 457 U.S. 853 (1982).

Brammer-Hoelter v. Twin Peaks Charter Academy, 492 F.3d 1192 (10th Cir. 2007).

Brewster v. Board of Education, 149 F.3d 971 (9th Cir.1998).

Chávez-Rodríguez v. City of Santa Fe, 596 F.3d 708 (10th Cir. 2010).

City of San Diego v. Roe, 543 U.S. 77 (2004).

Cockrel v. Shelby County School District, 270 F.3d 1036 (6th Cir. 2001).

Colburn v. Trustees of Indiana University, 973 F.2d 581 (7th Cir. Ind. 1992).

Connick v. Myers, 461 U.S. 138 (1983).

Crue v. Aiken, 370 F.3d 668 (7th Cir. 2004).

Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

Garcetti v. Ceballos, 547 U.S. 410 (2006).

Gorum v. Sessoms, 561 F.3d 179 (3d Cir. 2009).

Green v. Board of County Commissioners, 472 F.3d 794 (10th Cir. 2007).

Hardy v. Jefferson Community College, 260 F.3d 671 (6th Cir. 2001).

Hazelwood v. Kuhlmeier, 484 U.S. 260 (1988).

Healy v. James, 408 U.S. 169 (1972).

Hong v. Grant, 516 F. Supp. 2d 1158 (C.D. Cal. 2007).

Hong v. Grant, 403 Fed. Appx. 236 (9th Cir. Cal. 2010).

Jeffries v. Harleston, 21 F.3d 1238 (2nd Cir. 1994).

Jeffries v. Harleston, 52 F.3d 9 (2nd Cir. 1995).

Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967).

Lee v. York County School Division, 484 F.3d 687 (4th Cir. 2007).

Levin v. Harleston, 770 F. Supp. 895 (S.D.N.Y. 1991).

Levin v. Harleston, 966 F.2d 85 (2nd Cir. 1992).

Lighton v. University of Utah, 209 F.3d 1213 (10th Cir. 2000).

Lovelace v. Southeastern Massachusetts University, 793 F.2d 419 (1st Cir. 1986).

Mahoney v. Hankin, 593 F.Supp. 1171 (S.D.N.Y. 1984).

Marks v. United States, 430 U.S. 188 (1977).

Mayer v. Monroe County School Corporation, 474 F.3d 477 (7th Cir. 2007).

Mount Healthy City School District Board of Education v. Doyle, 429 U.S. 274 (1977).

Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976).

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Nichols v. United States, 511 U.S. 738 (1994).

NLRB v. Yeshiva University, 444 U.S. 672 (1980).

Payne v. Univ. of Ark. Fort Smith, 2006 U.S. Dist. LEXIS 52806 (W.D. Ark. July 26. 2006).

Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972)

Pickering v. Board of Education, 391 U.S. 563 (1968).

Piggee v. Carl Sandburg College, 464 F.3d 667 (7th Cir. 2006).

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Rankin v. McPherson, 483 U.S. 378 (1987).

Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Renken v. Gregory, 541 F.3d 769 (7th Cir. 2008).

Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).

Rowan v. Post Office Dept., 397 U.S. 728 (1970).

Scallet v. Rosenblum, 911 F. Supp. 999 (W.D. Va. 1996).

Settlegoode v. Portland Public Schools, 371 F.3d 503 (9th Cir. 2004).

Smith v. California, 361 U.S. 147 (1959).

Stachura v. Truskowski, 763 F.2d 211 (1985).

Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).

Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

Urofsky v. Gilmore, 216 F.3d 401 (4th Cir. 2000).

U.S. v. National Treasury Employees Union, 513 U.S. 454 (1995).

Waters v. Churchill, 511 U.S. 661 (1994).

Weintraub v. Board of Education, 593 F.3d 196 (2nd Cir. 2010).

Wieman v. Updegraff, 344 U.S. 183 (1952).

Williams v. Dallas Independent School District, 480 F.3d 689 (5th Cir. 2007).