



Universidad del País Vasco    Euskal Herriko  
Unibertsitatea

## **TESIS DOCTORAL**

# **LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN QUE PUEDE CAUSAR DAÑO EN EL DISCURSO PÚBLICO: LA RESPUESTA DEMOCRÁTICA**

**Dirigida por:**

**Dr. Francisco Caballero Harriet de la Facultad de Derecho  
de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)**

**Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas de la Universidad  
del País Vasco (UPV/EHU)**

**Presentada por: Carlos Eduardo Ramos González**

**2021**

## ÍNDICE

**AGRADECIMIENTOS** ..... 6

**INTRODUCCIÓN**..... 8

### **CAPÍTULO I**

**TRASFONDO HISTÓRICO**.....13

1.1. Libertad de expresión y el pensamiento liberal.....17

1.1.2 Cultura represiva frente al ejercicio de la libertad de expresión en el siglo 19 y comienzos siglo 20 ..... 27

1.3 Fundamentos teóricos que justifican la libertad de expresión en el pensamiento liberal norteamericano ..... 30

1.3.1 Teoría del mercado de ideas y el triunfo de la verdad 31

1.3.2 Teoría del gobierno propio o teoría democrática ..... 33

1.3.3 Teoría autonomía personal y búsqueda de la felicidad individual..... 34

### **CAPÍTULO II**

**LÍMITES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN** .....42

2.1 Los límites en general ..... 42

2.2 La creación de categorías de expresiones que pueden reprimirse con menos dificultad por su valor social disminuido ..... 51

2.2.1 Categorizaciones: expresiones que incitan a la violencia o comisión de un delito y las leyes antiseditiosas ..... 55

2.2.2 Las leyes de espionaje principios siglo 20 ..... .59

2.2.3 ¿Resurrección de la doctrina? .....80

2.2.3.1 Entre 1927 y finales de la década de los 60 ....80

2.2.3.2 La década de los sesenta ..... 89

2.2.4 Doctrina moderna ..... 92

2.2.5 Otros contextos problemáticos: “palabras con riña y “audiencia hostil” .....	107
2.2.6 Las expresiones obscenas .....	110

### **CAPÍTULO III**

<b>¿UNA CATEGORÍA NUEVA?: EXPRESIONES DE ODIO O MENOSPRECIO DE CIERTAS PERSONAS O GRUPOS EN ESPECÍFICOS .....</b>	<b>114</b>
3.1 Antecedentes .....	114
3.2 Aproximaciones contemporáneas al tema ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos (TSEU) .....	120
3.2.1 El debate .....	143
3.2.2 Reflexiones preliminares sobre el debate .....	152

### **CAPÍTULO IV**

<b>LA ADJUDICACIÓN DE CONFLICTOS SOBRE “EXPRESIONES ODIOSAS” ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH) .....</b>	<b>157</b>
4.1 Antecedentes .....	157
4.2 El TEDH y la normativa aplicable .....	162
4.2.1 Discusión general .....	162
4.2.2 El genocidio armenio y el Holocausto ante el TEDH ..	170
4.2.3. Adjudicación de controversias bajo el Artículo 10 y su interrelación con el Artículo 17.....	179
4.2.4 El Artículo 17 y la “democracia militante” .....	193

### **CAPÍTULO V**

<b>VALORACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO EN PERSPECTIVA COMPARADA: EL TEDH Y EL TSEU ...</b>	<b>196</b>
5.1 Antecedentes .....	196
5.2 Metodología .....	200

5.2.1 “Balance” v. “proporcionalidad” como referentes metodológicos .....	200
5.2.2 Tribunal Supremo de los Estados Unidos .....	207
5.2.2.1 El método norteamericano de “escrutinios” o reglas que guíen el “balance” para sopesar intereses en conflicto.....	209
5.2.2.2 Escrutinio estricto .....	223
5.2.2.2.1 La naturaleza del interés u objetivo que persigue la ley y la metodología de los escrutinios.....	226
5.2.2.3 Escrutinio “exigente” o “intermedio” y el análisis de la necesidad de la ley .....	230
5.2.2.3.1 <i>Ward</i> y el nacimiento del escrutinio exigente o intermedio .....	234
5.2.2.4 Escrutinios, categorización y el “mercado de ideas” .....	239

## CAPÍTULO VI

<b>¿CONFLUENCIAS DE METODOLOGÍAS DE ADJUDICACIÓN?</b> .....	246
6.1 El TEDH y su método de adjudicación en controversias de libertad de expresión .....	246
6.2 El TSEU y su método de adjudicación en controversias de libertad de expresión .....	252
6.2.1 La libertad de expresión como arma y la Jueza Elena Kagan del TSEU .....	256
6.2.2 La propuesta del Juez Stephen Breyer, el escrutinio estricto y las expresiones de odio en un futuro ante el TSEU .....	262
6.2.3 Las expresiones odiosas, “fake news”, desinformación e incitación a cometer delitos en tiempos de Trump y del uso del ciberespacio .....	267

## **CAPÍTULO VII**

**REFLEXIONES FINALES Y RECOMENDACIONES ..... 276**

**BIBLIOGRAFÍA .....286**

## AGRADECIMIENTOS

El interés por litigar, enseñar, investigar y escribir sobre la libertad de expresión ha sido una incitación perenne en mi pasión por entender el derecho constitucional. Sin embargo, esta investigación en específico, fue estimulada por un interés desinteresado y constante del Dr. Francisco Javier Caballero-Harriet. Su rigurosidad intelectual y huella jurídica única e indeleble es conocida en el mundo académico español y latinoamericano. También es conocida su generosidad y humanidad hacia miles de alumnos que ha alumbrado y transformado. En Puerto Rico, en particular, ha sido responsable al asumir la dirección de una variedad de tesis doctorales contribuyendo así al desarrollo académico de importantes juristas. Mi agradecimiento es eterno.

El Decano Julio Fontanet Maldonado, de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, me extendió un reto y encomienda hace varios años, para que dedicara parte de mi trabajo académico al estudio de la libertad de expresión. Aquellas palabras sirvieron de trasfondo para mantener esta investigación como norte.

Mi hijo, el licenciado Carlos Francisco Ramos Hernández, fue puntual para concluir este trabajo en momentos en que creía que sería

imposible lograrlo. Este apoyo material y amoroso permitió la culminación del trabajo que presentamos.

Mis estudiantes de derecho, particularmente aquellos que me han acompañado en el seminario sobre libertad de expresión, estimularon de forma continua el pensamiento crítico sobre el complicado tema investigado.

## INTRODUCCIÓN

El gran reto del derecho constitucional es, en realidad, conciliar el ejercicio del poder con la libertad y dignidad inherente a toda persona humana. Este abordaje siempre me ha impactado. Desde muy joven viví esta encrucijada.

Mi fascinación con el derecho constitucional comenzó en los inicios de mis estudios universitarios en la Facultad de Ciencias Sociales del Recinto de Río Piedras en la Universidad de Puerto Rico. En un curso titulado “Gobierno de Puerto Rico”, me enfrenté a la estructura del gobierno imperante. Pude comprender que se trataba de un gobierno que no gobernaba con el poder de un verdadero Estado. Mi Nación era una de las pocas en el mundo en búsqueda de un Estado. Desde 1898 al presente es regida por el Congreso de los Estados Unidos por virtud de un acto de guerra y la derrota de la metrópolis española que gobernaba desde hacía 400 años.

El “gobierno” de Puerto Rico es uno autorizado por el Congreso y sujeto a sus poderes plenarios. A este “gobierno” se le permitió redactar una constitución que contenía una Carta de Derechos que podría ampliar, mas no limitar los derechos contenidos en el “Bill of Rights” de la Constitución de los Estados Unidos. Por décadas, la potencia administradora hacía obligatorio inscribirse en el Ejército de los Estados Unidos a los jóvenes que habían cumplido

dieciocho (18) años. No obstante, muchos jóvenes, particularmente universitarios, rehusaban obedecer esta ley y protestaban por su imposición. Fui uno de ellos. Pude observar y sentir la represión ante el ejercicio de la libertad de expresión que supuestamente garantizaban tanto la Constitución de los Estados Unidos, como la de Puerto Rico. En ocasiones, mis creencias y actitud frente a la injusticia eran rechazadas con palabras de odio expresadas por personas e instituciones que alegaban representar un Estado de Derecho democrático.

Ahí nació un compromiso de vida y una pasión por el derecho constitucional. A nivel profesional, esto se ha traducido en la representación legal por décadas de miles de personas privadas de su libertad y en una cátedra sobre esta materia que ya cumple cuarenta (40) años. Un tema siempre me ha llamado la atención: el abordaje del derecho constitucional de los Estados Unidos sobre las llamadas “expresiones de odio”. En particular, me concentraré en ciertas expresiones hechas en la esfera pública que pueden causar daño a quien las recibe.

De hecho, hace diez años disfrutaba de una licencia sabática cuando ocurrieron los sucesos de las Torres Gemelas de Nueva York. La reacción del estado liberal de derecho norteamericano puso de manifiesto el perenne reto del derecho constitucional: ¿cómo conciliar

el poder con la libertad? En ese entonces, comenzó una inquietud particular con las llamadas “expresiones de odio”. La reacción del Congreso de los Estados Unidos mediante la ley llamada el “U.S.A. Patriot Act” fue iluminadora.<sup>1</sup> Esta ley fue un mecanismo de defensa para un estado de derecho liberal y democrático sin preocupación alguna por las expresiones de odio que esta ley podría generar contra la comunidad musulmana residente en dicho país. Al centrarme en esta investigación jurídica sobre la libertad de expresión y las expresiones de odio, comprendí que estaba ante un tema central del derecho constitucional y la democracia. Más aun: caí en cuenta que la comunidad internacional había reaccionado sobre estas expresiones desde años atrás.

Esta tesis doctoral es la culminación de esa búsqueda de respuestas adecuadas para regular, o no, las expresiones de odio desde el estado de derecho liberal y democrático. La investigación se centra en las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre las limitaciones a la libertad de expresión. Al presente, dicho Tribunal no ha reconocido el concepto “expresiones de odio” como una categoría constitucional. En este estudio se provee una explicación a esta actitud evasiva, mientras se evalúa la respuesta que a dichas

---

<sup>1</sup> U.S.A. PATRIOT Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272, según enmendada.

expresiones ha ofrecido la Corte Europea de Derechos Humanos, interpretando el Convenio que mandata la creación de este organismo supranacional.

El afán por encontrar una convergencia en ciertos parámetros decisionales, utilizados por los organismos judiciales correspondientes, se enfrenta a una dura realidad. Existe confluencia pero no debe existir pretensión de una respuesta única, como no la hay para conciliar el ejercicio del poder con la libertad. Al profundizar sobre las metodologías de adjudicación en torno a las controversias sobre expresiones de odio, encontraremos cómo ambos tribunales se benefician de sus diversos enfoques. Sin embargo, resulta iluminador que las rutas seguidas apuntan hacia un mismo problema humano cuando se aspira a vivir bajo un proyecto democrático que siempre será inconcluso.

La libertad de expresión se nos presenta como una constitutiva de la democracia. Ante las expresiones de odio se debe aceptar que el Derecho debe proveer una respuesta que, a su vez, no puede depender del llamado “mercado de ideas”. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos tendrá que superar la alegada “pendiente resbaladiza” que implica reconocer el reto que tiene el estado liberal y democrático del derecho de ejercer mayor control sobre ciertas expresiones que causan daños. Proponemos unas alternativas dirigidas hacia esta finalidad.

Como reflexión final, confieso que he encontrado varias respuestas pero se han duplicado las dudas. Los eventos en la nación norteamericana bajo su último liderato político han sido muy reveladores. Los acontecimientos alrededor del ejercicio de los derechos fundamentales en tiempos de la pandemia de Covid-19 acrecientan el reto esencial del derecho constitucional: conciliar el ejercicio del poder con el disfrute de la libertad.

## CAPÍTULO I TRASFONDO HISTÓRICO

La expresión humana posiblemente surgió hace más de 100,000 años,<sup>2</sup> refiriéndonos a la habilidad para comunicar usando la palabra. Se trata de la evolución en la forma de comunicarnos. Lo que en su momento era una comunicación más abstracta a través de símbolos o gestos luego evolucionaba en un lenguaje concreto.<sup>3</sup> Era el inicio de una de las características trascendentes que nos separaban de otros seres vivos, cobrar conciencia de lo que se comunicaba. La palabra expresaba una idea de forma más precisa. Entonces, la palabra advino poderosa. Se trataba de algo complejo y sofisticado. Primero, podía lograr que alguien hiciera algo que no necesariamente era su preferencia inicial. Segundo, se ejercía un poder para decidir lo que procedía: se establecía la agenda. Y tercero, el cambio en las preferencias iniciales de quienes quedaban expuestas a las palabras, había sido el resultado de un ejercicio sutil del poder de otro.<sup>4</sup> De una u otra forma, el ser humano y la sociedad conducen muchas de sus actividades a través de la palabra y el lenguaje.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Garton Ash, T., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Yale University Press, New Haven, 2016, p. 22.

<sup>3</sup> Ostler, S., *Empires of the World; A Language History of the World*, Harper Perennial, 2005, pp.7-10.

<sup>4</sup> Garton Ash, T., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, p. 25.

<sup>5</sup> Breyer, S., *The Court and the World: American Law and New Globe Realities*, Alfred A. Knoff, ed., New York, 2015, p. 254.

Se advierte que en adelante, los términos “expresión” y “palabra”, aunque son etimológicamente diferentes, se usarán de forma indistinta. Por supuesto que “expresión” es mucho abarcador que “palabra”.<sup>6</sup> La primera, entre otras manifestaciones, incluye la comunicación escrita en forma de palabras, gestos físicos, conducta y representaciones gráficas que buscan enunciar una idea. La segunda parece más limitada. Sin embargo, la historia del derecho a la libertad de expresión se ha desarrollado bajo un entendimiento generalizado de que este derecho es sinónimo del derecho a la libertad de palabra.

Hay dos instancias en la historia que resultan fundamentales para la concepción de la libertad de palabra como un derecho.

La primera de estas instancias, nos remite a las asambleas de la Antigua Atenas, siglos I-V a.c. donde se pedía el uso de la “palabra”. Esta intervención, precedida del ritual “¿quién quiere hablar?”, es para algunos la primera manifestación histórica de la libertad de expresión. Tal es el parecer del jurista español Joaquín Urías quien nos recuerda que el ejercicio de esta libertad se conocía como “isegoría” el cual

---

<sup>6</sup> Nada más elocuente y demostrativo de esta afirmación que la exposición de la Universidad del País Vasco celebrada durante el mes de julio de 2018 titulada “*Miradas a los Derechos Humanos, reflexiones escritas e ilustradas*”. Esta exhibición ilustra y comenta la “Declaración de Derechos Humanos” de 1948 en ocasión del septuagésimo aniversario de su proclamación. Este trabajo fue dirigido por Fernández, L. & Herrera, E., accesible en <https://w.w.w.ehu.eus/eu-/giza-eskubideei-begira-hausnarketa-idatziak-eta-ilustratuax>.

podía plasmarse solo a través de la “parresia”.<sup>7</sup> El primero, confería la oportunidad de expresarse en condiciones de igualdad. El segundo, ofrecía la posibilidad de hacerlo en la libertad de lo que se piensa. Sin embargo, se asumía un riesgo si se producían “reacciones negativas en quien escuchaba”.<sup>8</sup> Esta reacción podía incluir ser silenciado por incurrir en excesos. El “castigo” no era por expresar sus pensamientos sino por perjudicar la deliberación de la asamblea evitando así un debate público saludable para lograr el bien común.<sup>9</sup> Un mal dominio de la “parresia” no implicaba censura previa para futuras ocasiones en el uso de la palabra. La consecuencia era otra: podría conllevar el ostracismo o ser expulsado de la asamblea. El pensamiento era irrestricto, pero expresarlo en la asamblea o donde es escuchado por otros, tenía serios efectos sobre el comunicador. En su monumental ensayo, *Democracy Ancient and Modern*, M.I. Finley, lo narra así:

[E]n realidad no importaba mientras que las palabras ofensivas e ideas no fueran lanzadas públicamente en el sitio o ante personas equivocadas o dirigidas a personas equivocadas.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Urias, J., *Libertad de expresión: una inmersión rápida*, Tubidado ed., 2008, pp.10-11.

<sup>8</sup> Urias, J., *Libertad de expresión: una inmersión rápida*, pp. 10-11.

<sup>9</sup> Urias, J., *Libertad de expresión: una inmersión rápida*, p. 13.

<sup>10</sup> Finley, M.I., *Democracy, Ancient and Modern*, Rutgers University Press, New Jersey, 1985, p.149 (traducción del autor). Tanto Finley como Arias explican cómo la dramaturgia y el teatro se convertían en el refugio de libertad para manifestarla sin temores de consecuencias ulteriores.

En esencia, hacer uso de la palabra en un espacio o foro público debía hacerse en igualdad de oportunidades y enunciarse con cierto grado de responsabilidad cívica.

La segunda instancia del entendimiento de la libertad de expresión como “derecho”, al menos en Occidente, ocurre con la invención de la imprenta en 1456. Esta invención es la que alimenta y amenaza la libertad de palabra.<sup>11</sup> En tiempos cuando el libro era un bien muy escaso, pues se calcula que entonces existían en Europa no más de 15,000 libros (todos escritos en manuscrito o con instrumentos de reproducción muy rudimentarios y poco eficientes), no era de extrañar que pocos supieran leer y muchos menos tuvieran acceso a libros. El amor por la lectura no era una pasión común. La imprenta, sin embargo, revolucionó la forma en que las personas accedían a las comunicaciones escritas. En un sentido, la palabra publicada podía ser subversiva. En su comienzo la impresión era sobre asuntos no controversiales y casi triviales desde la perspectiva de cualquier amenaza al orden establecido.<sup>12</sup> Luego estuvo vinculada a la publicidad de naturaleza comercial, es decir, la promoción del intercambio de bienes. En el siglo XVI, con la Reforma Protestante,

---

<sup>11</sup> Glasser, I., *The Struggle for a New Paradigm: Protecting Free Speech and Privacy in the Virtual World of Cyberspace*, 23 *Nova Law Rev.* 627, 628 (1999).

<sup>12</sup> Bazen, D.S., *The Origins of the Freedom of Speech and Press*, 42 *Maryland Law Rev.* 429, 439 (1983).

la Corona debía asegurarse (y era garante de que ello sucediera) que toda publicación tuviera el visto bueno de la Iglesia. Surge gradualmente el sistema de licencias y la censura previa en su sentido más clásico. Entonces, la libertad de palabra como “derecho” adquiere una nueva dimensión. El pensamiento liberal ocasiona una sacudida “que cristalizará en un nuevo asentamiento cósmico y una nueva autoconciencia que exigirá al individuo reubicarse a partir de su nueva realidad individual [...]”.<sup>13</sup>

### **1.1. Libertad de expresión y el pensamiento liberal**

La tradición e historia del pensamiento liberal tiene como epicentro del ser humano exaltar los valores de la “individualidad” en oposición al sometimiento forzado de la voluntad individual a una voluntad superior externa bien de origen divino o humano.<sup>14</sup> Más aun, era el reclamo al estado natural donde todos los seres humanos son iguales por naturaleza. En esta igualdad sería necesario someterse solo a los dictados de la razón que reclamaría una entidad superior creada mediante acuerdo de todos. Irremediablemente, la libre manifestación de la igualdad crearía un grado de inseguridad que necesitaría de un

---

<sup>13</sup> Caballero Harriet, F.J., *Algunas claves para otra mundialización*, Funglode, Santo Domingo, 2009, p. 44.

<sup>14</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 116.

orden. Así pues, el consentimiento de los gobernados en igualdad de condiciones (democracia) sería el elemento indispensable que permitiría manifestar la voluntad o autonomía individual (liberal) con seguridad garantizada por el gobierno. Al decir de Pérez Royo:

El Estado es por tanto, el *precio* que los individuos tienen que pagar para poder disfrutar pacíficamente de sus derechos naturales.<sup>15</sup>

Con este mismo entendimiento liberal quedaban inspirados dos procesos revolucionarios (Francia y Norteamérica) que, sin embargo, tendrían resultados disímiles. Norteamérica culminaría la revolución haciendo realidad un documento racional normativo y no uno descriptivo de una realidad o de una aspiración.<sup>16</sup> Francia iniciaría un proceso revolucionario que culminaría en una declaración de derechos.

En su origen, como dicen Rödel, Frankenberg y Dubiel, el pensamiento liberal trata de una:

[L]iberación, en el ámbito mundial, de la tutela de la Iglesia y el dominio monárquico, de las justificaciones por la gracia de dios y otras venerables tradiciones, [iniciando] una evolución en el curso de la cual pueda configurarse por primera vez una *esfera pública de*

---

<sup>15</sup> Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 8va.ed., 2002, p. 253.

<sup>16</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 117; Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, p. 98.

*actuación* de carácter independiente, la esfera de la política.<sup>17</sup>

En su evolución práctica y teórica, explica Caballero Harriet que:

[E]l iusnaturalismo racionalista se irá desarrollando en tanto va confirmando el principio de libertad individual y a la persona humana como sujeto de todo derecho y fuente de ley. De ahí que, desde la perspectiva política, tratando de determinar en el individuo una esfera de libertad natural que se sustrae al dominio del Estado, irá preparando las bases ideológicas de las grandes revoluciones liberales, es decir, de las revoluciones inglesa del siglo XVII y americana del siglo XVIII.<sup>18</sup>

A riesgo de parecer justificar un “excepcionalismo constitucional norteamericano” la comprensión de la libertad de expresión como *derecho constitucional* nos conduce a la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>19</sup> En Norteamérica, la constitución era la realidad normativa de una exigencia fundamentada en principios democráticos y liberales. Ni

---

<sup>17</sup> Rödel, U., Frankenberg, G., & Dubiel, H., *La cuestión democrática*, Huerga & Fierro, Madrid, 1997, p. 100.

<sup>18</sup> Caballero Harriet, F.J., *Algunas claves para otra mundialización*, p. 46.

<sup>19</sup> Sobre esta afirmación, S. Muñoz Machado comenta que la Carta Magna, si acaso, es lo más parecido al Bill of Rights para ese entonces. Muñoz Machado, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Crítica ed., 2013, p. 20.

siquiera permitiría un gobierno absolutista aun cuando lo reclamara una mayoría. Como nos dice Caballero Harriet:

[En] vez de ello, los derechos naturales ahora se transformaban en limitaciones jurídicas del poder gubernamental. El gobierno no perdía el monopolio de la fuerza legítima, pero este debía ejercerse solo con el propósito de proteger la libertad individual, permitiendo que la sociedad se auto reglamentara por la fuerza del mercado y sus mecanismos permitiendo su operación y primacía aun en la esfera política. Así, sería el mercado el que regularía incluso la libertad de palabra donde la competencia permitiría el triunfo de lo más conveniente. Aún más, todo gobernante estaría sometido a un estado de derecho y actuar conforme la ley.<sup>20</sup>

Debe distinguirse el derecho liberal a la libertad de expresión y la prerrogativa a la expresión que debe tener todo ciudadano en una auténtica democracia. La legitimidad democrática no es similar a la legitimidad estatal.<sup>21</sup> La democracia moderna entraña un concepto de poder del cual ninguna persona, grupo o individuo puede adueñarse.

Ahí radica su fortaleza. Nos señalan Rödel, Frankenberg y Dubiel:

Su superioridad consiste en que la sociedad debe poner a prueba cada vez de nuevo su institución. Allí donde se perfile un espacio vacío, no hay ningún enlace posible entre el poder, el Derecho y el

---

<sup>20</sup> Caballero Harriet, F.J., *Algunas claves para otra mundialización*, p. 117.

<sup>21</sup> Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizen*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 9.

conocimiento, ninguna expresión fija posible de su fundamento.<sup>22</sup>

Más adelante añaden:

“[E]n nombre del pueblo soberano o de la nación, tanto los procesos constituyentes americanos como los franceses dan lugar al final a las instituciones de una república. De democracia no se habla en un principio, o si acaso de forma peyorativa. Los progresos republicanos principales son la construcción de una esfera pública y la sumisión del ejercicio del poder político a las leyes como emancipación de la voluntad popular en las corporaciones legislativas.<sup>23</sup>

No puede olvidarse que hasta 1890 en Estados Unidos la palabra “democracia” se asociaba con “despotismo de mayorías”.<sup>24</sup>

Además, Norteamérica no estaría antecedido por una historia preconstitucional sino por una historia de colonias inglesas, cada una de ellas con sus propias “charter rules” o reglas coloniales. La Constitución que se elaboraría no sería la suma de la experiencia de las trece colonias. Nacería una Constitución única que representaría la soberanía popular de una nacionalidad también única, aunque ciertamente ejercitada por una determinada clase social de hombres

---

<sup>22</sup> Rödel U., Frankenberg, G., & Dubiel, H., *La cuestión democrática*, p. 146.

<sup>23</sup> Rödel U., Frankenberg, G., & Dubiel, H., *La cuestión democrática*, p. 156.

<sup>24</sup> Rödel U., Frankenberg, G., & Dubiel, H., *La cuestión democrática*, p.189, nota al calce 29.

blancos y propietarios. No contendría una carta de derechos individuales, pues la propia Constitución era la garantía contra el abuso del poder de los gobernantes. El gobierno federal tenía su origen en los propios individuos. Diferente a lo ocurrido en Europa, el poder que se ejercía no era uno preexistente que debía ser conquistado o reservado frente a otro.<sup>25</sup> La constitución federal nacía simultáneamente con la nueva nación. Sin embargo, presiones políticas entre los que propulsaban un gobierno central federal más fuerte y aquellos que reclamaban un mayor poder para los estados miembros de la Unión, evidenciaron la necesidad de una carta de derechos o “Bill of Rights”. En el fondo, la pugna entre “federalistas” y “anti-federalistas” manifestaba también la desconfianza entre el rol del parlamento que se creaba y su diferencia con la naturaleza del abusivo parlamento del colonialismo británico. Ha de recordarse que era el inicio de un nuevo sistema de gobierno presidencialista que dejaba su fundamentación del poder en la soberanía parlamentaria para dar lugar a un poder fundamentado en la soberanía directa del pueblo. Esta distinción es de cardinal importancia para entender que con la aprobación del Bill of Rights también “cambiaría la naturaleza de los derechos, que dejarían de ser derechos naturales para pasar a

---

<sup>25</sup> Pérez Royo, J. *Curso de Derecho Constitucional*, p. 257.

ser derechos constitucionales, esto es, normas constitucionales a partir de los cuales se procedería a controlar la constitucionalidad de los actos del legislador por el poder judicial”.<sup>26</sup> De ahí que también pueda decirse que los derechos constitucionales en Norteamérica nacen también con la nación. Contrario a Europa, pierde sentido mencionar una “época preconstitucional” pues no existía nación previa alguna. Más aún: se trata de un régimen de “derechos” que pueden escudar la legitimidad democrática que debe servirle de sustrato. El jurista inglés Eric Heinze lo puntualiza con gran precisión:

Los regímenes de derechos humanos o individuales pueden constituir referentes para el avalúo de la legitimidad estatal, pero de ninguna manera proveen o han sido concebidos históricamente para proveer criterios para la legitimidad democrática.<sup>27</sup>

Así pues, el primer derecho del Bill of Rights está dirigido de sus propios términos al parlamento o congreso federal:

El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o que se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Pérez Royo, J. *Curso de Derecho Constitucional*, p. 297.

<sup>27</sup> Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizen*, p. 9 (traducción del autor).

<sup>28</sup> CONST. EE.UU. amend I.

Oficialmente, como sucede con muchas de las disposiciones del Bill of Rights, existe muy poco debate que acredite o justifique este lenguaje en particular.<sup>29</sup> Sin embargo, por sus propios términos son evidentes algunas conclusiones. Primero, se trata de un régimen de “derechos”; segundo, está dirigido al Congreso y no a los estados que conformaban la Unión; tercero, es una limitación absoluta (“*shall make no law [...]*”); cuarto, está dirigido a la “palabra” (“speech”) y no a otras formas de expresión como puede ser una pintura u otras formas del arte; quinto, su prohibición está antecedida por una similar hacia la libertad de culto (“religión”) y sexto, es una limitación dirigida a una entidad gubernamental y no a personas privadas.

La limitación dirigida al Congreso tiene como uno de sus fundamentos la práctica de la censura previa de la Corona Británica frente a la ya aludida invención de la imprenta. Aunque la práctica había sido abandonada cien años antes, la aprehensión a un ente gubernamental interviniendo a través de la censura estaba muy presente en 1791 con la creación del Bill of Rights.<sup>30</sup> Lo cierto es que entre las experiencias con la censura, la creación de leyes de la Corona que castigaban el llamado “libelo sedicioso” y la desconfianza de los

---

<sup>29</sup> Nimmer, M., *Nimmer on Freedom of Speech: Treatise on Theory of First Amendment*, Mathew Bender and Co., New York, 1984, §1.01.

<sup>30</sup> Feldman, N. & Sullivan, K., *Constitutional Law*, Foundation Press, 20th ed., St. Paul, 2019, p. 886.

estados individuales frente a un parlamento central-federal fuerte, se encuentra la explicación del lenguaje adoptado finalmente en la Primera Enmienda del Bill of Rights.<sup>31</sup> No obstante, los historiadores del derecho de la nación norteamericana coinciden en la importancia que tuvieron las llamadas “leyes antisediciosas” de 1798 en el entendimiento y gradual desarrollo de una amplia aunque inarticulada teoría sobre la libertad de expresión en la joven nación. Se trataba de leyes aprobadas a pesar de lo dispuesto en la mencionada Enmienda. Fueron leyes del Congreso que prohibían la publicación maliciosa, falsa y escandalosa contra el gobierno de los Estados Unidos y cualquiera de sus ramas con intención de difamarlos, promover odio, dirigida a incitar la sedición o desprecio contra el gobierno o el pueblo. Fiel a la tradición inglesa del “common law”, solo se admitía la verdad como defensa única. La explicación de la ley represiva se atribuye a la desconfianza que generaron los acontecimientos que siguieron la revolución francesa en territorio francés y a la situación de guerra entre Estados Unidos y Francia. Algunas voces pretendían reestablecer vínculos y alianzas con la Corona Británica. Mientras unos lo veían como aleccionador a la causa de la libertad de la nación emergente, otros lo percibían como prueba de la dificultad de

---

<sup>31</sup> Feldman, N. & Sullivan, K., *Constitutional Law*, p. 887.

establecer el orden particular sobre un populacho capaz de ser manipulado por valores contrarrevolucionarios. La ley se convirtió en balón político. Serias pugnas entre las fuerzas partidistas hicieron que a su expiración en 1801 no fuese renovada por el Congreso. La palabra como delito era contraria a una concepción liberal de la libertad de expresión. La verdad como defensa única probó ser muy subjetivo y vulnerable al prejuicio del momento. Más que una garantía, esta doctrina inglesa era una trampa que impedía aflorar la verdad: era una perspectiva de monarcas. Con vehemencia proclamaba el Presidente Thomas Jefferson, “el error debe tolerarse para que pueda ejercerse la libertad de combatirlo sin que el gobierno tenga el poder de decir cuál es la última verdad”.<sup>32</sup>

El desarrollo político-económico de los Estados Unidos y el menguado rol del Congreso en la vida nacional cotidiana del pueblo norteamericano explican el poco desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (en adelante, “TSEU” o “Tribunal”) sobre los contornos de la libertad de expresión garantizada por el Bill of Rights. Lo cierto es que no es hasta pasado la mitad del siglo 20 que el TSEU comenzaría a decidir con alguna frecuencia controversias que involucraran la libertad de expresión

---

<sup>32</sup> Glasser, I. *The Struggle for a New Paradigm: Protecting Free Speech and Privacy in the Virtual World of Cyberspace*, p. 635 (traducción del autor).

contenida en la Primera Enmienda.<sup>33</sup> Las discutidas leyes antisediciosas nunca fueron evaluadas en sus méritos por el TSEU. Eso significa que durante siglo 19, el ejercicio de la libertad de expresión ocurría en la legalidad de cada estado de la Unión y las controversias en su entorno, si acaso, se resolvían en los sistemas estatales judiciales. No fue hasta 1925 que en el caso de *Gitlow v. New York* el TSEU extendió a los estados las protecciones de la Primera Enmienda de modo que podían ser utilizadas como escudo de protección frente a las leyes estatales.<sup>34</sup> Como se discutirá más adelante, fue esta extensión el inicio gradual del verdadero desarrollo jurisprudencial de la libertad de expresión en el derecho constitucional federal de los Estados Unidos.<sup>35</sup>

### **1.1.2 Cultura represiva frente al ejercicio de la libertad de expresión en el siglo 19 y comienzos siglo 20**

La conquista de la esfera o espacio público para ejercer la libertad de expresión ha estado en continua expansión. En los Estados Unidos es común hoy día el uso de lugares y espacios como calles y

---

<sup>33</sup> Farber, D., *The First Amendment*, Foundation Press, 4th. ed., St. Paul, 2014, p. 13.

<sup>34</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

<sup>35</sup> De hecho, no será hasta 1965 que el TSEU declare por primera vez inconstitucional una ley federal por violar la Enmienda I. Nos referimos a *United States v. Seeger*, 380 U.S. 168 (1965) (libertad de culto). Véase, Abrams, F., *The Soul of the First Amendment*, Yale University Press, New Haven, p. 33 (2017).

parques públicos para ejercitar la libertad de expresión. Sin embargo, voces históricamente liberales como el Juez Oliver Wendell Holmes, cuando era miembro del Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts, resolvía en 1895 que estos espacios estaban reservados a la discreción de su propietario-gobierno quien podía disponer de estos conforme con su derecho de propiedad. De esta manera, el Estado podía prohibir su uso para manifestarse o repartir hojas sueltas, a minorías religiosas, opositores de la esclavitud y el racismo, miembros de sindicatos y otros, convalidando leyes que así lo establecían.<sup>36</sup> Eran expresiones públicas donde las ideas de libertad y democracia en un plano teórico estaban subsumidas a una realidad social muy compleja y problemática. Las ideas minoritarias eran percibidas como parte de la causa de los problemas sociales de la época. Para la clase dominante eliminar las diferencias de opinión era el objetivo aun en áreas tan diversas como la religión, ancestros, apariencia física u opiniones minoritarias de todo tipo. El profesor norteamericano David Kairys nos expone cómo la persecución contra indígenas nativos-americanos, católicos irlandeses, sindicalistas, anarquistas, afroamericanos y opiniones favoreciendo a cualquiera de estas minorías era realizada incluso por grupos de ciudadanos

---

<sup>36</sup> *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 510 (1895). Véase, Kairys, D., *The Politics of Law-A Progressive Critique*, Basic Books, 1998, p. 141.

privados, organizados sin control alguno del Estado.<sup>37</sup> Tardaría más de 40 años para que el TSEU revirtiera esta concepción de los lugares y espacios públicos como pertenecientes al estado “dueño absoluto de propiedad”.<sup>38</sup> Asimismo, a principios del siglo 20, las mujeres comenzaban a organizarse para reclamar sus derechos a la equidad en la participación política a través del sufragio, derechos laborales y derechos reproductivos. Por ello fueron arrestadas y brutalmente reprimidas. El propio Congreso de los Estados Unidos concluiría, a través de una comisión que estudiaría las relaciones del trabajo, que una de las causas de la inconformidad social de la época eran las actitudes de la policía hacia las expresiones públicas con las cuales estaban en desacuerdo. Todo ello auspiciado por leyes y ordenanzas estatales que limitaban la libertad de expresión y que consistentemente eran validadas por los tribunales estatales y federales.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Kairys, D., *The Politics of Law-A Progressive Critique*, p. 148. Discutido también en Serrano Geyls, R., *II Derecho Constitucional de Puerto Rico y los Estados Unidos*, P.E.J.C., San Juan, 1986, pp. 1272-1273.

<sup>38</sup> *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939).

<sup>39</sup> Kairys, D., *The Politics of Law-A Progressive Critique*, pp. 152-153.

### **1.3 Fundamentos teóricos que justifican la libertad de expresión en el pensamiento liberal norteamericano**

Los conflictos sobre libertad de expresión que han encontrado cauce judicial ante el TSEU no reflejan una justificación filosófica única para su resolución. De esta manera, quizás debe afirmarse que el eclecticismo, más que la consistencia filosófica, explica estas decisiones. Sin embargo, en ocasiones afloran de manera prístina premisas filosóficas muy concretas. Procederemos a exponer cada una de ellas sin hacer referencia, por el momento, a las decisiones judiciales que las incorporan y recordando que en ocasiones hay principios comunes a los diversos enfoques teóricos. Debe advertirse que, como bien ha concluido el jurista español Sánchez González, el derecho constitucional norteamericano sigue entronizado en un umbral donde prima la concepción liberal-negativa-protectora de la libertad de expresión.<sup>40</sup> En tal sentido, este constitucionalismo se ha enfrentado con grandes dificultades al resolver las demandas de igualdad o de un activismo judicial encaminado a zanjar las brechas causadas por las enormes desigualdades que no deberían existir bajo un estado de derecho de auténtica democracia. Una vez más recordemos a Heinze y Caballero Harriet cuando nos explican que se

---

<sup>40</sup> Sánchez González, S., *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 84.

trata de entender la libertad de expresión no solo como un derecho importante *dentro* de la democracia, sino también de conceptualizar la libertad de expresión como una constitutiva *de* la democracia. Para el jurista norteamericano Robert Post, la democracia trasciende el derecho colectivo de tomar decisiones y elegir gobernantes. Más bien la democracia conlleva colocar en su epicentro el autogobierno donde el ciudadano deja de verse solo como sujeto de derecho para colocarse o sentirse como autor o creador de ese derecho. Dicho de otro modo, la democracia exige ser de naturaleza participativa.<sup>41</sup>

Hemos enmarcado las teorías en tres categorías principales, dos de ellas (mercado de ideas y gobierno propio) tienen un enfoque utilitarista, persiguen un bien social; y la otra (autonomía) valora el imperativo intrínseco de la libertad de expresión para el individuo y, si acaso, para los receptores de la expresión.<sup>42</sup>

### **1.3.1 Teoría del mercado de ideas y el triunfo de la verdad**

Se trata de la justificación más frecuente en las decisiones del TSEU. Sus creadores más conocidos, John Milton (“*Areopagitica*”, 1644) y John Stuart Mill (“*Essays on Liberty*”, 1859) describen el

---

<sup>41</sup> Post, R., *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 Va. L. Rev. 477, 482 (2011).

<sup>42</sup> Feldman, N. & Sullivan, K., *Constitutional Law*, p. 891.

conocimiento de la verdad como un valor en sí mismo con independencia de cualquier otra consideración utilitaria.<sup>43</sup> El libre mercado de ideas, ciertas o falsas, compartidas por muchos o pocos, permitirá a la sociedad desarrollar sus propias opiniones de forma libre. La inconformidad con algunas ideas será beneficiosa hasta para los inconformes pues podrían descubrir su error o permitir afianzar sus creencias. En todo caso, la sociedad saldría mucho mejor con esta libre circulación de ideas.<sup>44</sup> Esa búsqueda hará florecer el error o la falsedad ante reclamos de verdades únicas. Su correlación con el libre mercado en el capitalismo y el modelo económico de competencia perfecta es su corolario y fundamento ideológico. Así como la libre competencia entre bienes garantiza el precio justo como expresión del producto bueno sobre el malo, en el mundo intelectual la competencia de ideas será decidida por los consumidores y la mejor será prevalecerá.<sup>45</sup> En el mercado se debe incluir todo tipo de ideas: políticas, religiosas, espirituales, artísticas y culturales. ¿Debe reprimirse alguna idea, es decir, impedir que entre al mercado de

---

<sup>43</sup> Tushnet, M, Cohen, & A. Blocher, J., *Free Speech Beyond Words*, New York University Press, New York, 2017, p. 36; Redish, M. H., *Freedom of Expression*, The Michie Co., 1984, p. 46; Scalon, T.M., *The Difficulty of Tolerance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 9.

<sup>44</sup> Rosenblatt, H., *The Lost History of Liberalism*, Princeton University Press, Princeton, 2018, p. 321.

<sup>45</sup> Redish, M.H., *Freedom of Expression*, p. 46.

ideas? Sí, pero solo aquellas preñadas de irracionalidad (pues el mercado presume la racionalidad e igualdad de acceso de todas las ideas) que son las que tienen el propósito de causar daño indudable: por ejemplo, a la integridad física de las personas de forma directa o a través de terceros. Es decir, expresiones de tal naturaleza que equivalen a una conducta o acción.

### **1.3.2. Teoría del gobierno propio o teoría democrática**

En un gobierno producto del consentimiento de los gobernados, resulta indispensable garantizar el derecho de todo ciudadano a entender los asuntos que afectan su vida cotidiana. Para ello, debe tener libre acceso a la esfera pública, intervenir y participar en la conversación pública y así poder convencer a esa opinión pública. Esta participación ha de ser mediante un debate robusto, vehemente y cáustico aunque incluya expresiones desagradables dirigidas a oficiales públicos.<sup>46</sup> El máximo exponente de esta filosofía, Alexander Meiklojohn, afirmaba que la libertad de expresión así justificada perseguía cuatro propósitos básicos: primero, permitir un debate amplio que informa y mejora el proceso en la toma de decisiones de política pública; segundo, evitar que el gobierno se

---

<sup>46</sup> Tushnet, M., Cohen, A., & Blocher, J., *Free Speech Beyond Words*, p. 30.

aísle viéndose obligado a mantener abierto las vías al cambio político; tercero, prevenir el abuso de poder y cuarto, promover la estabilidad política al crear una válvula de escape a la disidencia.<sup>47</sup> En tiempos actuales, es la tesis principal de Robert Post, quien fuera decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.<sup>48</sup>

### **1.3.3. Teoría autonomía personal y búsqueda de la felicidad individual**

Para corregir una de las deficiencias de la teoría del mercado de ideas, se postula que el desarrollo al máximo de su potencialidad es un imperativo humano. Para su logro, la mente humana debe ser completamente libre haciendo uso de su libre albedrío como ser racional, capaz de cuestionar su propia existencia. Para el jurista norteamericano Martin Redish, se trata de la mejor justificación teórica pues de ella se derivan las otras teorías y responde mejor a las debilidades que se le señalan.<sup>49</sup> Mediante la autorrealización, cuando el ser humano toma conciencia de sus potencialidades, lo hace como individuo libre y autónomo (mercado de ideas) y con ello se convierte en un mejor ciudadano partícipe y promotor de democracia (gobierno

---

<sup>47</sup> Feldman, N. & Sullivan, K., *Constitutional Law*, p. 890.

<sup>48</sup> Véase, Post, R., *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 Va. L. Rev. 477 (2011); Post, R., *Understanding the First Amendment*, 87 Wash. L. Rev. 549 (2012).

<sup>49</sup> Redish, M.H. *Freedom of Expression*, pp. 55-60.

propio). Esta teoría también permite acomodar sin dificultad todo tipo de expresiones humanas que trascienden las de naturaleza política. El proceso de autodeterminación individual y el uso de la razón que ello conlleva, justifica la lucha contra la censura previa y el paternalismo estatal. Pero a su vez, la persona autónoma tiene que considerar el juicio de otros al tomar acción, lo cual incluye combatir al Estado cuando persigue la disidencia pues ello limita su propio proceso de autodeterminación individual.<sup>50</sup>

Hemos advertido que estas teorías no necesariamente son excluyentes unas con otras. De hecho, reflejan la complejidad de la doctrina norteamericana de revisión judicial y la composición de los jueces y juezas del TSEU. Asimismo, forman parte del conjunto ideológico que el liberalismo ha entretelado para hacer creer que en Estados Unidos la libertad de expresión constituye la quintaesencia de los derechos constitucionales; mediante una concepción de la democracia excluyente y elitista, así como un excepcionalismo frente a otras democracias liberales y el modelo a seguirse en las llamadas “democracias emergentes”. Cada una de ellas es vulnerable a críticas evidentes. De esta manera, el modelo de mercado de ideas fracasa al obviar que la historia demuestra que no siempre la verdad triunfa

---

<sup>50</sup> Feldman, N. & Sullivan, K., *Constitutional Law*, p. 891.

sobre la falsedad. Bastaría recordar la elección de Hitler al poder en la Alemania Nazi o la elección de Donald Trump a la Presidencia de los Estados Unidos. El ser humano es un ser racional, pero funciona con emociones y muchas veces de forma irracional. De igual modo, ese triunfo de la verdad puede tomar demasiado tiempo permitiendo en el proceso enormes injusticias.<sup>51</sup> Considérese además que en la nación norteamericana el modelo de mercado de ideas no ha evitado la necesidad de la intervención del estado para corregir inequidades producidas por el mismo mercado. Así, por ejemplo, los medios de comunicación masiva electrónica están altamente reglamentados en cuanto a su autorización para operar y, en cierta medida, están limitados a ciertos tipos de expresiones que puedan resultar dañinas a los menores de edad. El modelo tampoco resuelve el impacto que tiene la existencia de grandes consorcios y oligopolios de la comunicación, o la existencia de una industria poderosa de la publicidad cuyos intentos por manipular y crear la opinión pública son obvios. Es decir, aplican de forma magnificadas las mismas críticas que se le hacen al modelo económico de la llamada “competencia perfecta”. Si algo

---

<sup>51</sup> Chemerinsky, E., *Constitutional Law, Principles and Policies*, Aspen Pub., 3rd. ed., New York, 2006, p. 928.

caracteriza al mercado libre es su desigualdad e inequidad en la competencia.<sup>52</sup>

La teoría de gobierno propio o teoría democrática valora las expresiones dirigidas al proceso político y a los funcionarios públicos, pero minimiza los otros tipos de expresiones como aquellas de índole cultural o artística. Asimismo, parece dejar fuera la expresión sin propósito ulterior excepto para quien las acciona y que se conoce como expresión “sin sentido”.<sup>53</sup> El debate amplio y robusto de Meiklojohn sufría de una gran ambigüedad: el Estado puede suprimir lenguaje abusivo en tanto este impida la formación del voto sabio. Lo esencial en su teoría democrática es que pueda producirse un proceso que genere toda comunicación dirigida a producir un voto de calidad que amplíe lo más posible la mente del que recibe el mensaje.<sup>54</sup>

La teoría de la autonomía personal, a su vez, minimiza los efectos denigrantes o dañinos que sobre otras personas o grupos puede tener la manifestación de la libertad de expresión en el proceso de autodeterminación individual.

---

<sup>52</sup> Piketty, T., *Capital in the Twenty-First Century*, The Belknap Press of the Harvard University Press, New Haven, pp. 136-137 (2014).

<sup>53</sup> Tushnet, M. & Cohen, A. Blocher, J., *Free Speech Beyond Words*, p. 114.

<sup>54</sup> Post, R. en Bollinger, C. & Stone, G, *Eternally Vigilant: Free Speech in Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, 2003, p. 164.

Justificar la libertad de expresión sobre las bases de la autonomía individual y la búsqueda de la felicidad individual coloca sobre el individuo el énfasis en los procesos de autodeterminación, pero a la vez devalúa la responsabilidad o solidaridad de la persona individual con el resto de la sociedad. Como norma general, una persona autónoma debe considerar el juicio o parecer de otras personas. La excepción surge si esta se expresa por la sola satisfacción de articular una idea sin interés o pretensión de ser escuchada o de mover el juicio o la emoción de los demás seres humanos. Esta teoría puede ser particularmente pertinente para justificar el trabajo artístico o creativo. Considérese, por ejemplo, la música instrumental o la necesidad de elaborar palabras sin sentido alguno como manifestación de la voluntad individual.<sup>55</sup> Añádase además que existen expresiones que pueden denigrar o injuriar a otras personas, bien como consecuencia directa de su enunciación o porque moverá a otros a actuar. Es decir, una teoría de la libertad de expresión fundamentada principalmente en la autodeterminación individual no puede obviar el impacto que tiene tal ejercicio sobre la autodeterminación colectiva.

Tampoco resulta posible desarrollar un modelo teórico que justifique la libertad de expresión sin considerar que, como

---

<sup>55</sup> Tushnet, M, Cohen, & A. Blocher, J., *Free Speech Beyond Words*, pp. 36-38.

consecuencia de la explosión del “internetworking” o “internet”, la humanidad vive un siglo 21 en un mundo conectado por redes sociales cibernéticas y formas de comunicación globales de tecnología insospechada apenas 50 años. Esta tecnología nace en Estados Unidos precisamente como manera de conectar máquinas y redes que de otra forma no se comunicarían entre sí. Aparece financiada por la industria de la guerra y el Pentágono para hacer frente a la amenaza global que representaba el lanzamiento del satélite “Sputnik” por el desaparecido autoritario gobierno soviético.<sup>56</sup> Esta nueva forma de comunicarnos obliga el desarrollo de una teoría de la libertad de expresión que armonice los principios fundamentales de la autodeterminación individual con la necesidad de la imprescindible autodeterminación colectiva. Al decir del jurista inglés Timothy Garton Ash, es necesario ser uno mismo e individual (“self”) a través de ideas que manifestamos a los demás (“humanity”). Ello activará la búsqueda de la verdad (“truth”), promoverá un gobierno democrático y permitirá que aflore y se celebre la diversidad en su sentido más amplio.<sup>57</sup>

En esa misma línea, Robert Post argumenta que una teoría democrática de la libertad de expresión requiere trascender el enfoque

---

<sup>56</sup> Tushnet, M, Cohen, & A. Blocher, J., *Free Speech Beyond Words*, p. 21.

<sup>57</sup> Garton Ash, T., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Yale University Press, New Haven, 2016, pp. 119-122.

que se entroniza en los mecanismos de la toma de decisiones.<sup>58</sup> La libertad de expresión propicia la auténtica autodeterminación individual y la autodeterminación colectiva si cada ciudadano experimenta este proceso participando en lo que llama el “discurso público”. Cada ciudadano debe sentir su habilidad de participar de la formación de opinión pública por medio de sus expresiones. El modelo de democracia participativa impide que el Estado sea moderador o censor de expresiones por carecer estas de fuerza lógica cognoscitiva (“cognitive cogency of speech”). Por el contrario, su rol recae en servir de *facilitador* neutral en torno a la participación ciudadana, en auténtica democracia, por medio del discurso público sin asumir puntos de vista. Con gran precisión apunta Post:

El valor de la legitimación de la democracia ocurre específicamente [...] a través de los procesos de conversación en la esfera pública. Requiere que los ciudadanos tengan acceso a la esfera pública de modo que participen de la formación de la opinión pública, y demanda que las decisiones gubernamentales de alguna manera rindan cuentas a la opinión pública. Esta estructura analítica es capaz de guiar aspectos de la Enmienda Primera que no puede hacer la teoría de la autonomía.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Post, R. en Bollinger, C. & Stone, G, *Eternally Vigilant: Free Speech in Modern Era*, p. 169.

<sup>59</sup> Post, R. en Bollinger, C. & Stone, G, *Eternally Vigilant: Free Speech in Modern Era*, p. 169 (traducción del autor).

Como analizaremos a continuación, esto no impide al Estado intervenir en el ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, cuando intenta hacerlo en el discurso público sus posibilidades deberán estar ancladas en los imperativos democráticos que la habilitan. Estos imperativos incluyen, por ejemplo, que los operadores del Derecho como los jueces y juezas empleen distintos acercamientos y metodologías de adjudicación que permitan resolver los conflictos judiciales, sin sacrificar democracia.

## CAPÍTULO II LÍMITES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### 2.1 Los límites en general

Como hemos mencionado, en el esquema constitucional norteamericano, el derecho a la libertad de expresión parece ser de carácter absoluto en tanto el texto prohíbe al Congreso establecer ley *alguna* que afecte la libertad de expresión (“*El Congreso no hará ley alguna [...]*”). Las constituciones escritas elaboradas con posterioridad a la norteamericana son más extensas y suelen estar acompañadas por disposiciones reconociendo limitaciones que la ley puede imponer. Existen constituciones que también decretan la forma o acercamiento que la ley debe seguir cuando impone dichos límites. El rol del legislador en los sistemas políticos parlamentarios, e incluso el tipo de Estado de Derecho creado (por ejemplo, un estado social del derecho), explican la existencia misma de disposiciones de orden constitucional que establecen estos límites. El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 constituye un ejemplo de ello. Este artículo dispone que:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica o técnica.

c) A la libertad de cátedra

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

*4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.<sup>60</sup>

El TSEU, al controlar la constitucionalidad de los actos del gobierno, ha establecido *mediante jurisprudencia* los límites al ejercicio de la libertad de expresión. Esto, a pesar de que el texto de

---

<sup>60</sup> Artículo 20, Constitución Española de 1978 (énfasis del autor). Véase además, Artículo 5, GRUNDGESETZ [GG] [Ley Fundamental de Alemania], Artículo 61, MAGYARORSZÁG SLAPTÖTVÉNYE [Ley Fundamental de Hungría], Constitución de Sudáfrica, § 16(1)(b), S. AFR. CONST., 1996.

la Enmienda Primera crea un derecho constitucional absoluto. Más aun: estos límites se extienden no solo frente a acciones realizadas por el Congreso y todo el gobierno federal, sino además aquellas frente al gobierno de los estados. En determinadas circunstancias, dichas acciones son oponibles frente a aquellas de entidades y personas privadas cuando actúan como testaferro del gobierno.<sup>61</sup> Estas limitaciones doctrinales se han desarrollado y evolucionado en función de la pugna entre determinados intereses económicos, políticos y sociales. En todas ellas, debe siempre considerarse si la doctrina y metodología de adjudicación empleadas reflejan adecuadamente la variedad de contextos, justificaciones y restricciones que cada conflicto presenta.

Asumir el texto de la Enmienda Primera como uno que en efecto establece un derecho absoluto a la libertad de expresión constituiría un impedimento para que el Estado liberal pueda hacer frente a los intereses legítimos y derechos constitucionales que está llamado a proteger y promover. Con razón, constituciones más

---

<sup>61</sup> En el derecho constitucional de los Estados Unidos, con excepción de la Enmienda 13 del Bill of Rights (servidumbre involuntaria), los derechos constitucionales solo son oponibles frente al Estado. Para que sean oponibles frente a actuaciones privadas, por excepción, el reclamante debe probar que las acciones impugnadas están revestidas de “acción de estado”. Esto significa que debe probar que por sus vínculos o función esta particular acción privada debe atribuirse al Estado. Véase, Serrano Geyls, R. *II Derecho Constitucional de Puerto Rico y los Estados Unidos*, pp.799-790.

modernas, como surte del antes citado Artículo 20 de la Constitución Española, permiten de forma expresa que la ley ordinaria restrinja este derecho para la protección de otros derechos constitucionales e intereses, como el honor, la intimidad, autoimagen y los menores de edad.

Como he indicado, la jurisprudencia del TSEU presume del carácter absoluto de la libertad de expresión contenida en la Enmienda Primera. Aún así, cuando el Estado necesita reprimir una idea en particular, bien por la temática, o punto de vista del mensaje, en general se presume dicha acción como contraria a la libertad de expresión y, por ende, inconstitucional. A esto se le conoce como restringir la libertad de expresión por razón del “contenido” o mensaje que comunica. El TSEU lo ha expresado de esta manera:

[S]ujeto solo a excepciones muy limitadas y claramente entendidas, el gobierno no puede controlar el contenido de los mensajes de las personas privadas. Nuestros precedentes, aplican el examen judicial más exigente a reglamentaciones que suprimen, colocan en desventaja o imponen una carga diferenciada en las expresiones por razón de su contenido. Son sometidos a este mismo escrutinio aquellas leyes que obligan a las personas a distribuir o decir un mensaje en particular. Por el contrario, leyes que restringen la libertad de expresión por razones divorciadas de su contenido particular son sometidas a un nivel de escrutinio menos exigente por razón de

que poseen un riesgo menor de amenazar ciertas ideas o puntos de vista en la conversación pública.<sup>62</sup>

Es decir, el examen judicial será mucho más riguroso si la preocupación del legislador busca reprimir la comunicación (“contenido”) por el impacto negativo que pueda causar un contenido particular sobre algún interés que el Estado debe tutelar. A su vez, si al legislador le preocupa una expresión por su impacto no comunicativo, sin pretensión alguna de ser censor por un mero desacuerdo con el contenido de la idea, entonces se recurre a un examen judicial menos riguroso.<sup>63</sup>

Al fin de cuentas, bajo cualquier Estado de Derecho democrático, determinar cuáles expresiones o comunicaciones no deben estar protegidas, cuáles deben estarlo protegidas y cómo han de protegerse, constituye un reto continuo. En estados de derecho que pretenden dar el máximo grado de protección a la expresión, el reto es aún mayor. El Tribunal Supremo de Canadá, por ejemplo, ha definido como expresión constitucionalmente protegida “cualquier forma de actividad que persiga transmitir una idea”.<sup>64</sup> Sin embargo,

---

<sup>62</sup> *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 512 U.S. 622, 641-43 (1994) (traducción del autor) (citas omitidas).

<sup>63</sup> Tribe, L., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988, p. 802.

<sup>64</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 895.

difícilmente ese tribunal extirparía los delitos de falsos testimonios o extorsión de sus leyes penales, es decir, donde la expresión forma parte esencial de la conducta penada.<sup>65</sup> A la sociedad en general, y al jurista en particular, debe preocupar la existencia de un método de adjudicación para determinar cuáles expresiones pueden ser limitadas o prohibidas. El Estado de Derecho, en específico uno de carácter democrático, siempre encontrará intereses públicos o privados que deben protegerse y sopesarse frente al valor que persigue la existencia de la libertad de expresión. Definir esos intereses con particular precisión puede ser tarea complicada. No obstante, algunos deben ser evidentes; tales como, la protección de la integridad física de otras personas mediante expresiones (amenazas reales), la seguridad nacional del estado definida de forma muy restringida (por las implicaciones sobre la libertad de expresión política) y la protección de menores de edad. Estos intereses implican valores que el Estado está llamado a salvaguardar, al punto de reglamentar e incluso prohibir ciertas expresiones de esta naturaleza. De otra parte, concurren otros intereses que inevitablemente quedan enfrentados al ejercicio de la libertad de expresión, a saber, la dignidad humana, el honor, el derecho de intimidad o la libertad de culto, ente otros. Estos

---

<sup>65</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 895.

derechos también podrían ser óbice para reglamentar el ejercicio de la libertad de expresión en particular si gozan de protección constitucional. Ahora bien, entre este último escenario de enfrentamiento de derechos, preocupa que el postulado de “sacrificar democracia, para salvaguardarla” entrañe soluciones que terminen por asfixiar la libertad que pretende mantener. Surge así con fuerza la perenne dicotomía democrática. ¿Acaso conciliar el poder con la justamente no constituye justamente el principal reto del derecho constitucional? De forma contundente nos lo recuerda Maurice Hauriou que: “[E]l significado del Derecho Constitucional, su misión, es la de organizar en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica entre el poder y la libertad”.<sup>66</sup>

Lo anterior significa que, en un estado de derecho democrático, el jurista está llamado a encontrar la solución ante estos retos. ¿Cómo los ha enfrentado el estado liberal de derecho, en específico el norteamericano? ¿Cómo compara con la resolución propuesta por otros estados de derecho, en concreto el estado social de derecho? Pretendemos reflexionar sobre estas interrogantes. La pretensión no será identificar la superioridad de una u otra respuesta para resolver este difícil problema humano. Solo se busca analizar las respuestas de

---

<sup>66</sup> Hauriou, A., Gicquel J. & Gélard P., *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Ariel ed., 1950, p.41.

manera que se puedan articular diversas soluciones, a un mismo problema: aspirar a ser felices en libertad, mientras se disfruta de la civilidad y plena dignidad de todas las personas. Para ello, deberá combatirse la intolerancia de aquellas ideas que a menudo “odiamos” por ser desagradables, denigrantes o impopulares. Como nos recuerda Santiago Muñoz Machado, en los itinerarios de la libertad de palabra encontramos los pensadores de los siglos 16 y 17, reclamando esa tolerancia.<sup>67</sup> Destaco su parecer, mientras cita a Spinoza:

La libertad de pensamiento y expresión es un complemento indispensable de la teoría del Estado de Spinoza. Dicha libertad no solo es totalmente compatible con las finalidades del Estado, sino que este no podría sobrevivir sin ella. El fin del Estado no es dominar a los hombres ni someterles por miedo. [Al decir de Spinoza], no es convertir a los hombres, seres racionales, en bestias o autómatas, sino lograr más bien que su alma y su cuerpo desempeñen sus funciones con seguridad, y que ellos se sirvan de su razón libre y que no se combatan con odios, iras o engaños, ni se ataquen con perversas intenciones. El verdadero fin del Estado es, pues, la libertad.<sup>68</sup>

Para examinar esta cuestión hemos de explorar inicialmente las respuestas judiciales a los conflictos relacionados con las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión a través de las decisiones del

---

<sup>67</sup> Muñoz Machado, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, p. 75.

<sup>68</sup> Muñoz Machado, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, p. 75.

TSEU. Analizaremos decisiones relacionadas con leyes que limitaban ciertos contenidos específicos (1) de su propia faz o letra de la ley o (2) según fueron aplicadas en determinadas situaciones de hechos. En ambas modalidades se debe partir de una presunción: la inconstitucionalidad de la ley u actuación. Esto conllevaría adjudicar ciertas controversias que presentaban una situación de censura o represión abierta por el impacto comunicativo de la expresión, ya fuese por razón de su contenido o punto de vista. No obstante, como se analizará, la metodología de adjudicación fue otra. Nos concentramos en las controversias que involucran expresiones que promueven la violencia o la violación de leyes y las que puedan atentar contra otros derechos fundamentales, tales como el derecho de intimidad y la dignidad humana conocidas en ciertos ámbitos como “expresiones odiosas o denigrantes”. Tras examinar la metodología de adjudicación se contrastará con aquella utilizada en diversos escenarios del derecho continental europeo, particularmente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH” o “Tribunal”). Asimismo, aunque a menor escala, se estudiará el impacto directo e indirecto del TSEU en las resoluciones del TEDH ante dichas controversias.

Como se analizará, construimos un hilo conductor sobre los imperativos que asemejan y diferencian a cada sociedad, dado el

contexto o hechos particulares en que el Estado interviene en materia de libertad de expresión. Resaltamos de entrada que existen elementos parecidos en las metodologías, entre ellos considerar la naturaleza del interés o justificación del Estado para intervenir, los parámetros de la restricción ofrecida y analizados bajo la óptica de una cierta proporcionalidad a la justificación esbozada y el contexto en que se manifiesta la propia expresión.<sup>69</sup> En todo caso, argumentamos que la libertad de expresión no solo involucra un derecho que se ejerce en la democracia, sino que su importancia trasciende este reconocimiento. La libertad de expresión debe entenderse como un elemento *constitutivo* de la democracia. Sin libertad de expresión no puede existir la democracia. Cualquier metodología de adjudicación judicial empleada para resolver conflictos sobre libertad de expresión debe partir de esta premisa irrenunciable.

## **2.2. La creación de categorías de expresiones que pueden reprimirse con menos dificultad por su valor social disminuido**

Como hemos expresado, existen expresiones de contenidos específicos que, en el derecho constitucional de los Estados Unidos, constituyen excepciones a la doctrina que postula someter cualquier limitación de esta naturaleza (represión por expresiones de contenidos

---

<sup>69</sup> Ashton Ash, M., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, p. 94.

particulares) a un examen judicial o escrutinio de máxima rigurosidad. Obsérvese que este enfoque de categorizar diversos contenidos y crear doctrinas particulares en función del contenido específico de cada expresión puede resultar peligroso en estados de derecho donde el control de la constitucionalidad de los actos del gobierno radica en última instancia la rama o poder judicial. Para todos los efectos, la judicatura se convierte en instrumento de censura al decidir o categorizar ciertas expresiones según su contenido y al crear doctrinas que podrían limitar la expresión sin que necesidad de aplicar un examen o escrutinio judicial riguroso o estricto. Aunque el TSEU ha demostrado gran resistencia a expandir el listado de estas categorías o géneros, ya ha reconocido varias y creado doctrinas particulares para cada cual. Nos referimos a las *expresiones que incitan a la violencia o comisión de un delito, palabras con riñas o “fighting words”*, las *obscenas*, las *“expresiones comerciales”* y la *difamación*. Las primeras serán definidas y discutidas más adelante. Las expresiones obscenas se refieren a aquellas sexualmente explícitas que no cumplan con ciertos parámetros establecidos por el caso normativo de *Miller v. California* decidido en 1973.<sup>70</sup> Las “expresiones comerciales” se han definido como aquellas que proponen una transacción comercial

---

<sup>70</sup> *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

medios o no fines de lucro.<sup>71</sup> Como regla general se trata de “anuncios” o formas de “advertisement” a las cuales se le extendió cierto grado de protección bajo la Enmienda Primera por su “importancia en el sistema económico de mercado”.<sup>72</sup> Las expresiones difamatorias son expresiones falsas que causan un daño a la reputación de una persona natural o jurídica.<sup>73</sup>

Para el TSEU, desde 1942, las comunicaciones de esta naturaleza no forman “parte esencial de la expresión de ideas y son de muy escaso valor social para encontrar la verdad pues el beneficio que se deriva de su disseminación es claramente superado por el interés social en el orden y la moralidad”.<sup>74</sup>

Este enfoque ha sido caracterizado por el jurista norteamericano David Kairys como constitutivos del “paradigma liberal”, el cual permite reunir a liberales y conservadores bajo una misma sombrilla doctrinal.<sup>75</sup> El TSEU se ha resistido a expandir este enumerado para añadir otras categorías en tanto permite al Estado ser

---

<sup>71</sup> La decisión de umbral es *Virginia State Pharmacy v. Virginia Citizen Consumer Council*, 485 U.S. 748 (1976).

<sup>72</sup> Farber, D., *The First Amendment*, p.161.

<sup>73</sup> Farber, D., *The First Amendment*, pp. 99-100.

<sup>74</sup> *Chaplinsky v. New York*, 315 U.S. 766, 769 (1942) (traducción del autor).

<sup>75</sup> Kairys, D., *The Politics of Law-A Progressive View*, p. 197. Sobre el paradigma liberal, véase, Torres Viada, F., *La expresión odiosa y denigrante: hacia una reconsideración del paradigma liberal clásico de la libre expresión como imperativo urgente del valor igualdad*, 40 Rev. Jur. UIPR. 335 (2006).

ensor de determinadas ideas y contenidos. En particular, veremos cómo, en tiempo recientes, el TSEU ha rehusado de forma expresa crear una doctrina particular para las expresiones “odiosas” o “denigrantes” contra ciertas personas o grupos específicos, así como ha declinado crear categorías relacionadas a las expresiones contra la crueldad de animales, las expresiones que acompañan etiquetas en los videojuegos y las expresiones falsas de quien proclama ser poseedor de medallas militares de honor o valor otorgadas por el Congreso norteamericano.

Ahora bien, en un esquema constitucional donde la revisión judicial ejerce el control último de la constitucionalidad de ciertos actos de los gobiernos federales y estatales, la existencia de esta metodología de “categorización” sirve para evitar prejuicios mayores. En cierto sentido suple los vicios y peligros que conlleva la acción judicial preñada de subjetividad. Es decir, estas doctrinas o categorizaciones convierten al TSEU en un “censor” que en el esquema federal norteamericano tienen el efecto indirecto de limitar la discreción judicial. El enfoque de “categorizar” o “crear doctrinas particulares” que guíen la adjudicación de controversias, limita el análisis de un “balance de intereses” (“balancing test”) y denota la falta de normas guías para el juzgador. De hecho, este enfoque ha sido

criticado por la ausencia de criterios adecuados que permitan decidir si determinado contenido merece ser “categorizado”.<sup>76</sup>

Nos resulta de rigor examinar estas doctrinas, contenidos y mensajes “categorizados”.

### **2.2.1 Categorizaciones: expresiones que incitan a la violencia o comisión de un delito y las leyes antiseditiosas**

No es hasta comienzos del siglo 20 que el TSEU comienza a resolver controversias que marcan el nacimiento verdadero de las doctrinas sobre la libertad de expresión. Antes de esa fecha, particularmente durante el siglo 19, los conflictos judiciales entre los ciudadanos y el gobierno ocurrían principalmente en los contornos de cada estado de la Unión. Por tanto, la litigación en la jurisdicción o esfera federal era limitada a pesar de que desde 1812, en *Mardbury v. Madison*, se había establecido la doctrina de revisión judicial que situaba en la rama o poder judicial federal el control último de la constitucionalidad de las acciones del gobierno.<sup>77</sup> En este siglo, los Estados Unidos iba definiéndose como nación federal unitaria motivada por la reproducción natural del sistema económico que cimentada esta “idea nacional”: el capitalismo. En 1898, la guerra

---

<sup>76</sup> Kairys, D., *The Politics of Law-A Progressive View* pp. 199-203.

<sup>77</sup> *Mardbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

entre Estados Unidos y España y la adquisición de países a través del Tratado de París, puso de manifiesto esta expansión económica y política. La nación norteamericana se convertía entonces la potencia emergente y como tal continuaba en su seno la discusión pública de las implicaciones de su nueva vocación imperial.<sup>78</sup> Durante la segunda década del siglo 20, su participación en la Primera Guerra Mundial provocó profundas discrepancias y perspectivas en la sociedad norteamericana. El Congreso no dudó mucho en aprobar la ley conocida como “Ley de Espionaje de 1917” entendida como una medida de autoprotección en el interior y autodefensa del exterior en tiempos de guerra.<sup>79</sup> Esta ley produjo miles de detenciones y actividades represivas. Antes de entrar a analizar las decisiones judiciales ya aludidas, debemos retornar al siglo 19.

Aunque la Carta de Derechos de 1791 formulaba la libertad de expresión en términos absolutos, en 1798 ocurría un evento singular y trascendental para futuros conflictos en el ejercicio de este derecho. Se trata de la decisión del entonces presidente John Adams de entrar en guerra con Francia para lo cual surgiría una alianza con

---

<sup>78</sup> Para una reflexión reciente sobre esta vocación, véase, Immerwahr, *D. How to Hide an Empire-The History of the Greater United States*, Farrar, Strauss & Giroux, New York, 2019.

<sup>79</sup> Glasser, I., *The Struggle for a New Paradigm: Protecting Free Speech and Privacy in the Virtual World of Cyberspace*, pp. 632.

Inglaterra.<sup>80</sup> La oposición de los enemigos políticos fue furibunda. A esa acción incluso le atribuyeron connotaciones de traición y el regreso a la monarquía. La respuesta del gobierno fue aprobar las llamadas leyes “antisediciosas”, es decir, el libelo sedicioso. De esta manera la publicación de críticas a la administración del Presidente Adams se convertiría en delito. Muchas de estas críticas se manifestaban a través de la prensa y otras publicaciones. Fiel a la tradición del *common law* inglés, en la nueva nación y en todas las colonias que habían advenido a crearla, el delito de libelo sedicioso solo admitía “la verdad” como única defensa de lo aseverado o publicado. La Enmienda Primera parecía no existir. Estas leyes existían en los estados desde los tiempos del colonialismo. Las acusaciones utilizaban formas jurídicas arbitrarias y subjetivas en donde bastaba que el gobierno probara que las expresiones y publicaciones llevaran siempre una “mala tendencia” de lograr su objetivo.<sup>81</sup> Además, era suficiente que el gobierno probara que tales expresiones tenían al menos una intención disfrazada (“*constructive*”) de causarle daño al gobierno. En realidad, las leyes criminalizaban

---

<sup>80</sup> Glasser, I., *The Struggle for a New Paradigm: Protecting Free Speech and Privacy in the Virtual World of Cyberspace*, pp. 633.

<sup>81</sup> En el contexto de estas leyes antisediciosas es que nace el “test” que permite reprimir ideas que llevan una “mala tendencia” de lograr un objetivo que el Estado busca reprimir. Véase, Chafee, Z., *Freedom of Speech in War Time*, 32 Harv. L. Rev. 932, 953 (1919).

ciertas expresiones por el riesgo que implicaba permitir proferirlas. El Estado o gobierno federal estaba llamado a prevenir que ocurriese un mal. Sin lugar a dudas, constituía una forma de censurar expresiones críticas hacia el gobierno.

Como se aludió, el TSEU nunca atendió una controversia sobre estas leyes. De ahí que no contemos con una decisión que resolviera la constitucionalidad de estas, aunque sí se produjeron decisiones no publicadas de tribunales federales inferiores.<sup>82</sup> De hecho, la ley expiró por sus propios términos en 1801. A pesar de ello, tuvo impacto contundente en el imaginario constitucional norteamericano. La persecución por libelo sedicioso resaltó la importancia de acentuar la libertad de expresión como un derecho constitucional.<sup>83</sup> Ganaba adeptos la visión de que aun las ideas erradas merecían protección constitucional. Lo cual implicaba que debía reconocerse que tanto los ciudadanos como el gobierno podían equivocarse. Este reconocimiento creaba una especie de “igualdad entre los ciudadanos y su gobierno”.<sup>84</sup> La ausencia de un pronunciamiento del TSEU sobre este tema evitó que se estableciera una doctrina constitucional

---

<sup>82</sup> Véase, por ejemplo *Masses Pub. Co. v. Patten*, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917).

<sup>83</sup> Glasser, I., *The Struggle for a New Paradigm: Protecting Free Speech and Privacy in the Virtual World of Cyberspace*, pp. 631-633.

<sup>84</sup> Glasser, I., *The Struggle for a New Paradigm: Protecting Free Speech and Privacy in the Virtual World of Cyberspace*, pp. 631-633.

nacional, por lo cual los estados crearon o mantuvieron en sus códigos penales delitos de “libelo sedicioso”.

### **2.2.2 Las leyes de espionaje principios siglo 20**

La Ley de Espionaje de 1917<sup>85</sup> advino en existencia tan pronto Estados Unidos comenzó a involucrarse en la Primera Guerra Mundial. Ante la amenaza del imperio alemán, se alegaba que muchos ciudadanos y residentes de Estados Unidos estaban dedicados a la causa del enemigo. La ley, en lo pertinente, prohibía causar o atentar la insubordinación, deslealtad, amotinamiento en las fuerzas militares o, a sabiendas, obstruir el servicio militar obligatorio. Se trataba de una ley que de sus propios términos prohibía actos o conductas dirigidas a los fines antes descritos, incluyendo el uso de servicio del correo para lograrlos. Las penalidades variaban entre multa, 20-30 años de cárcel e incluso la pena de muerte. En 1918, la ley fue enmendada para tipificar como delito de obstrucción la producción de materiales para la guerra. Más crítico aun: varias enmiendas creaban nuevos delitos por meras expresiones, es decir, la expresión se consideraban un acto o conducta delictiva. Así, por ejemplo, se prohibían expresiones contra el tráfico de bono de guerra emitidos por

---

<sup>85</sup> Ley de Espionaje de 1917, 18 U.S.C. 792 *et seq.*

el gobierno, como aquellas dirigidas a menospreciar la forma de gobierno, la constitución o las leyes de los Estados Unidos.

En casos separados, varias convicciones terminaron ante el TSEU: *Schenck v. United States*,<sup>86</sup> *Sugarman v. United States*,<sup>87</sup> *Frowwerk v. United States*,<sup>88</sup> *Debs v. United States*<sup>89</sup> y *Abrams v. United States*.<sup>90</sup> Con excepción de *Sugarman*, estas decisiones fueron escritas por el Juez Oliver Wendell Holmes.<sup>91</sup> A su vez, cuatro de estas cinco fueron opiniones generadas entre el 3 y 10 de marzo de 1919, ya finalizada la guerra pero no así los temores y la barbarie humana que ella ocasionó. La opinión en *Abrams*, la quinta en esta enumeración, es del 10 de noviembre del mismo año. Las decisiones de *Schenk* y *Abrams* crearon doctrinas que serían fundamentales para el desarrollo futuro de la libertad expresión en los Estados Unidos. Procedemos a discutir algunas de estas siguiendo un orden cronológico.

---

<sup>86</sup> *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

<sup>87</sup> *Sugarman v. United States*, 249 U.S. 182 (1919).

<sup>88</sup> *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919).

<sup>89</sup> *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

<sup>90</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

<sup>91</sup> *Sugarman* fue escrita por el juez W. Brandeis. El binomio de jueces William Brandeis y Oliver Wendell Holmes ha sido trascendental en la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Sobre el particular véase la interesante tesis doctoral de Laborde Sanfiorenzo, D. *Louis Dembritz Brandeis, su importante contribución a la escuela sociológica estadounidense* (2004), Universidad Complutense de Madrid.

En *Schenck v. United States*, el ciudadano Schenck y otros dos individuos fueron acusados y convictos de violar la ley de espionaje federal de 1917. Les imputaron tres cargos por causar y atentar insubordinación en las fuerzas militares y navales, incluyendo obstruir el reclutamiento en el servicio militar en tiempos de guerra con Alemania. La conducta denunciada consistía en haber conspirado, a sabiendas, mediante la impresión, circulación y distribución de un documento impreso por ambos lados, que buscaba ocasionar esta conducta delictuosa entre varones que habían sido reclutados para el servicio militar. El uso del correo para distribuir este documento formaba parte de las imputaciones contenidas en las acusaciones. Por la parte frontal del documento denunciado, se usaba lenguaje “apasionado donde se intimaba que el servicio militar era una de las peores formas de despotismo y un monstruoso mal contra la humanidad en los intereses de los pocos que conforman Wall Street”.<sup>92</sup> Hacían un llamado a no “someterse a la intimidación” a través del mecanismo “pacífico” de exhortar a escribir a las autoridades para que revocaran esta ley de servicio militar. Al reverso del documento se explicaba que expresar oposición al servicio militar obligatorio era un derecho constitucional. Explicaba además que esta

---

<sup>92</sup> *Schenk*, 249 U.S. 47, 50-51 (1919) (traducción del autor).

alegada ley de espionaje solo tenía apoyo de políticos y “la prensa capitalista mercenaria” que promovía matar personas de otras tierras. Hacía un llamado final a “apoyar, mantener y defender los derechos del pueblo”.<sup>93</sup>

Obsérvese que se trataba de imputaciones penales por plasmar por escrito ciertas ideas y distribuirlas. Es decir, las *ideas* publicadas podrían provocar una *conducta no vinculada a la diseminación per se de ideas alguna proscritas por el Congreso*. Para todos los efectos, para la Fiscalía, estas expresiones de por sí constituían conducta delictiva y podrían reprimirse sin que ello fuese constitutivo de violar la libertad de palabra. El gobierno federal podía castigar el uso de ciertas palabras como si fuesen equivalentes a una conducta delictiva.

Sin abundar en las circunstancias fácticas que enmarcaban la acusación, la opinión unánime del Tribunal, escrita por el juez Holmes, concluyó que el contenido y la divulgación del documento de por sí equivalía a un acto o conducta pues revela la intención general de causar un acto o conducta que el Congreso quería evitar. Para el Tribunal resultaba evidente que el efecto no sería otro que influir al lector para que actuara conforme con las ideas expresadas en el documento. Como se aprecia, la tarea de quien promovía la causa

---

<sup>93</sup> *Schenk*, 249 U.S. 47, 52 (1919) (traducción del autor).

criminal era sencilla: bastaba presentar el documento y *alegar* que el mismo había sido enviado por correo a un destinatario que ya hubiese aceptado formar parte del servicio militar. No era necesario alegar o probar que este documento en efecto había sido recibido por esta u otras personas, o que lo hubiesen leído o mucho menos que causara algún efecto en sus ideas o conductas sobre el servicio militar. Tampoco necesitaba establecerse cual era la intención específica o su estado mental (“*mens rea*”) al escribir y distribuir estas expresiones. La opinión admite que la convicción podría equivaler a una censura previa, acción que para 1919 ya era rechazada por un importante académico y jurista de la época así como repudiado por la historia de las leyes antisediciosas del siglo anterior.<sup>94</sup> De hecho, la opinión rechaza la “censura previa” y explica que:

Admitimos que en muchos lugares y en tiempos ordinarios todo lo aquí dicho expresado por lo acusados estaría protegido por sus derechos constitucionales.<sup>95</sup>

De todas formas, y sin analizar los hechos específicos de la acusación ni el contexto particular de la guerra que sirve de contexto, el Tribunal

---

<sup>94</sup> Nos referimos al entonces joven profesor Zechariah Chafee de la Universidad de Harvard. Véase, Healy, T., *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind- and Changed the History of Free Speech in America*, Metropolitan Books, New York, 2013, pp. 57-58.

<sup>95</sup> *Schenk*, 249 U.S. 47, 52 (1919) (traducción del autor).

decide que el carácter de cada acto depende de las circunstancias que rodean su realización. Como fundamento ofrece una analogía de dudosa pertinencia:

[N]i la más ardua protección de la libertad de expresión protegería a una persona de gritar falsamente que hay fuego en un teatro y causar pánico.<sup>96</sup>

Así entonces, enuncia la doctrina del caso:

La cuestión en cada caso será determinar si las palabras utilizadas son usadas dentro de unas circunstancias y son de tal naturaleza como *para crear un peligro claro y presente* que produzcan un mal sustantivo que el Congreso tiene el derecho de prevenir. Es una cuestión de proximidad y grado.<sup>97</sup>

Con esta expresión, el TSEU establecía por primera vez, de forma diáfana, que la libertad de expresión que estaba textualmente articulada en términos absolutos en la Enmienda Primera, en realidad no lo era. Correspondería al TSEU fijar los límites al ejercicio de este derecho los cuales pueden ser considerados por dicho foro judicial a pesar de que estas limitaciones no estén expresas en la Constitución o especificadas en una ley. Como se analizará más adelante, en cierto sentido, se adelantaba el TSEU al contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949 la cual reconoce el

---

<sup>96</sup> *Schenk*, 249 U.S. 47, 50 (1919) (traducción del autor).

<sup>97</sup> *Schenk*, 249 U.S. 47, 50 (1919) (traducción y énfasis del autor)

derecho a la libertad de expresión, aunque a su vez reconoce limitaciones al mismo, como surge del propio texto de la Declaración.

Todavía sin aplicar la doctrina a los hechos y circunstancias particulares del caso, el Tribunal concluye que cuando una nación está en guerra una expresión “hablada o escrita” puede ser equivalente al acto de obstruir el reclutamiento militar. Para el TSEU, “[si] esta acción refleja una tendencia e intención [de lograr su finalidad], no será necesario esperar que tenga éxito para tipificarla como delito”.<sup>98</sup> El uso del concepto “tendencia” e “intención” de ciertas *palabras* o expresiones en tiempos de guerra venía a sustituir la difícil pero fundamental tarea de aplicar la doctrina recién creada a los hechos particulares del caso. Además, estas nociones traen una reminiscencia clara de las caracterizaciones de “mala tendencia” e “intención constructiva” utilizada por tribunales inferiores durante el infame recuerdo de las leyes antiseditiosas del siglo anterior y discutidas previamente.

La opinión unánime del TSEU fue duramente criticada incluso por adeptos y amistades del propio Juez Holmes, ya para entonces considerado uno de los mejores jueces en la historia de esa

---

<sup>98</sup> *Schenk*, 249 U.S. 47, 50 (1919) (traducción del autor).

institución.<sup>99</sup> Unos días después de esta decisión se resolvieron de forma unánime los casos de *Frohwerk* y *Debs* confirmando las convicciones, pero sin hacer uso explícito de la recién establecida doctrina de “peligro claro y presente”. No obstante, meses más tarde, en noviembre de 1919, la decisión de *Abrams v. United States*,<sup>100</sup> y en 1920, *Schaefer v. United States*<sup>101</sup> y *Pierce v. United States*<sup>102</sup> comenzaban a quebrar la unanimidad del enfoque seguido en *Schenck*. La opinión de *Abrams* presenta una importancia singular. El Juez Holmes y el Juez Brandeis fueron jueces disidentes. El padre de la criatura del “peligro claro y presente” comenzaba a rebelarse o arrepentirse de su propia creación.

Las acusaciones en *Abrams*, estaban cimentadas en las enmiendas a la Ley de Espionaje de 1917 las cuales iban dirigidas a prohibir textualmente ciertos contenidos o mensajes específicos. Los cinco acusados eran todos inmigrantes de Rusia y residentes permanentes de Estados Unidos que nunca habían solicitado ser naturalizados como ciudadanos americanos. La conducta constitutiva de delito consistía en haber impreso y distribuido 5000 ejemplares de

---

<sup>99</sup> Healy, T., *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind and Changed the History of Free Speech in America*, pp. 1-5.

<sup>100</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

<sup>101</sup> *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466 (1920).

<sup>102</sup> *Pierce v. United States*, 251 U.S. 239 (1920).

dos panfletos que contenían una serie de artículos. Les imputaban haberlas circulado todos el mismo día. El señor Abrams, además, había comprado e instalado una maquinaria de impresión en el sótano de un cuarto alquilado para estos propósitos durante varios días. Algunas de las circulares habían sido repartidas tirándolas desde una ventana al aire libre en el edificio donde trabajaba uno de los acusados. Otras “habían circulado secretamente a través de la ciudad de Nueva York”.<sup>103</sup> Los cuatro cargos imputaban que con esa publicación habían usado “lenguaje desleal, abusivo y grosero sobre la forma de gobierno de los Estados Unidos” y con ello denotaban “una intención de llevar esa forma de gobierno al escarnio y contumacia público”.<sup>104</sup> A su vez, este lenguaje “incitaba, provocaba y promovía los que resistían la participación de Estados Unidos en la guerra contra Alemania”.<sup>105</sup> Por último, les imputaban que esta circulación fue realizada a sabiendas y que con ello exhortaban a impedir la producción de material necesario para la guerra. La opinión detalla el contenido de la publicación destacando ciertas frases que caracterizaban al Presidente de los Estados Unidos como un “hipócrita” y “cobarde” y que a su vez hacían llamados a los

---

<sup>103</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 617 (1919) (traducción del autor).

<sup>104</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 617 (1919) (traducción del autor).

<sup>105</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 624 (1919) (traducción del autor).

trabajadores del mundo a “despertar” y “levantarse” apoyando la revolución rusa. Otros mensajes describían cómo “América había traicionado a los trabajadores”, “trabajadores de las fábricas de municiones [que] están produciendo balas, cañones para asesinar no solo alemanes sino también hermanos rusos”; y “trabajadores frente a la barbarie la respuesta tiene que ser un huelga general”.<sup>106</sup>

Los convictos alegaban que la ley violaba su derecho constitucional a la libertad de expresión y prensa. El Tribunal rechazó tal alegación señalando que dicha imputación de inconstitucionalidad había sido resuelta en *Schenck*. Por lo cual, ante el máximo foro apelativo solo quedaba dilucidar si había evidencia en el expediente que sustentara el veredicto de culpabilidad emitido por un jurado. El TSEU concluyó que sus llamados no buscaban entablar una discusión pública, sino por el contrario aclamaban derrotar los planes de guerra del gobierno de los Estados Unidos. Es decir, la publicación perseguía “llevar al país a una revolución y si posible frustrar los planes militares del gobierno” a través de la “incitación”.<sup>107</sup> Concluye que el lenguaje denotaba intención de causar todo lo imputado.

La opinión disidente de Holmes, a la cual se une el juez Brandeis, es considerada hoy el fundamento teórico de la doctrina

---

<sup>106</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 624 (1919) (traducción del autor).

<sup>107</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 627 (1919) (traducción del autor).

moderna sobre este tema. Holmes reitera su decisión en *Schenck*: “No existe duda alguna de que las cuestiones de derecho presentes en los casos de *Schenck* [y otros] estuvieron bien decididas”.<sup>108</sup> No obstante, aclara que aún en tiempos de guerra solo se puede castigar la expresión si “hay un peligro presente de una mal inmediato” (“*present danger of immediate evil*”).<sup>109</sup> Procede entonces a aclarar el significado de “intención actual” o directa (“actual intent”) para distinguirlo de “intención general” o indirecta. Explica que la distinción requiere enfatizar la necesidad de que dicha intención sea analizada como un “intento” lo más cercano al indicio adicional de que el acusado intentaba cometer un delito. De esta manera, Holmes busca alejarse, sin admitirlo, del concepto “intención constructiva o disfrazada” y “mala tendencia” expuesta en *Schenck* y proveniente de la jurisprudencia de las leyes antiseditivas. Al reconceptualizar la “intención”, añade una dimensión nueva al concepto “peligro claro y presente” y se acerca al modelo de Mills de proteger la libertad de expresión por su valor en el “mercado de ideas”. Expresa convencido que el “Congreso no podía prohibir los esfuerzos por cambiar la manera de pensar del País”.<sup>110</sup> El Congreso o el legislador sí puede

---

<sup>108</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 627 (1919) (traducción del autor).

<sup>109</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 627 (1919) (traducción del autor).

<sup>110</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 627 (1919) (traducción del autor).

establecer las excepciones al ejercicio de esta libertad de expresión, pero solo si la ley detalla la existencia de un mal ocasionado por una “emergencia de peligrosidad inmediata que demanda su intervención”. Además,

Solo una emergencia por algo que es inmediatamente es peligroso, amerita que ese mal se considere una excepción al amplio mandato constitucional de que ‘El Congreso no establecerá excepciones.’<sup>111</sup>

Es decir, quien promueva la acusación, además de tener el peso de la prueba inicial de establecer la existencia de las expresiones imputadas, debe traer prueba ulterior de que fueron hechas por una persona que tenía la intención específica de causar el daño que el Congreso quería evitar. Así pues, le corresponde probar que estas expresiones iban a causar dicho daño de forma directa, inmediata e inminente y no especulativa. Tras esta discusión, Holmes aplica su nuevo acercamiento metodológico a los hechos específicos del caso. Su extensa opinión contrasta con la longitud de aquella corta que había escrito en *Schenck*. Para Holmes, la libertad de expresión podía reprimirse solamente si se consideraba que las ideas en cuestión generarían una ineludible acción o conducta inmediata.

---

<sup>111</sup> *Abrams*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (traducción del autor).

Son múltiples las razones que explican el cambio de enfoque de Holmes y la nueva valoración sobre la libertad de expresión ejercida aun en tiempos de guerra.<sup>112</sup> No puede perderse de perspectiva que solo han transcurrido siete meses entre las decisiones de *Schenck y Abrams*. Sin duda, Holmes estaba impactado por la sentencia de 20 años impuesta a los acusados a la cual no hace referencia la opinión de mayoría, pero que este sí reconoció en su opinión disidente. El historiador Thomas Healy considera que en el ámbito personal, hay razones para pensar que la persecución política que sufriera uno de sus mejores amigos pudo haber influenciado su cambio de postura.<sup>113</sup> Justo en los meses antes de emitir su opinión disidente, uno de sus mejores amigos, Harold Laski, profesor de Historia en la Universidad de Harvard, había sido despedido por su activismo político de izquierda, tanto dentro como fuera del salón de clases. Ambos mantenían una frecuente conversación epistolar que incluía comentarios y críticas sobre la decisión de *Schenck*. Parte de esta crítica estaba dirigida a que Holmes prestara mayor atención a la

---

<sup>112</sup> Puede consultarse además los artículos citados en Serrano Geyls, R., *II Derecho Constitucional de Puerto Rico y los Estados Unidos*, p. 1286.

<sup>113</sup> Véase Healy, T., *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind- and Changed the History of Free Speech in America*, pp.119-21; 127-129, 184-187.

importancia de los hechos en cada controversia a resolverse.<sup>114</sup> La relación del Juez Holmes con el también importante joven juez, Learned Hand, quien se desempeñaba como juez federal de primera instancia, sería decisivo en su cambio. Este juez había atendido la primera controversia relacionada con la Ley de Espionaje de 1917.<sup>115</sup> Hand había fundamentado su decisión en el valor de la tolerancia aun en tiempo de guerra. Se convertía así en el precursor de establecer una diferencia radical entre “abogar” (intención general) *vis-à-vis* “incitar” (intención específica) como el elemento definitorio para identificar expresiones que serían constitucionalmente reprimibles. Asimismo, existe evidencia de encuentros personales e intercambio epistolar entre ambos juristas. En particular, muchos de sus intercambios versaban sobre la decisión de Hand que, de paso, había sido revocada por un tribunal de superior jerarquía.<sup>116</sup>

El temor a las ideas comunistas que triunfaron en la revolución bolchevique de 1917, el nacimiento en 1919 del Partido Comunista en

---

<sup>114</sup> Resulta curioso que para ese entonces el Juez Holmes era considerado un precursor de la llamada "escuela realista del derecho". Un postulado esencial de esta escuela es la necesidad de adjudicar controversias en atención a los hechos particulares de cada caso en vez de concentrarse en la lógica formal y fría de la argumentación del derecho aplicable. De hecho es Holmes el autor del célebre pensamiento jurídico que solo encuentra lógica al derecho en la experiencia real. Sobre el particular y relación de Holmes con Laski consúltese la tesis doctoral de Portela Valentín, O., *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: una fusión sistemático-existencial*, Universidad del País Vasco, 2015, disponible en repositorio ADDI.

<sup>115</sup> *Masses Publishing Co. v. Putten*, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917).

<sup>116</sup> *Masses Publishing Co. v. Putten*, 246 F. 24 (2d Cir. 1917).

los Estados Unidos y las consecuencias de *Schenck* y su progenie, constituirían incentivos adicionales para los estados mantuvieran o crearan delitos en sus códigos penales por el hecho de abogar, de forma verbal o escrita, el derrocamiento del gobierno por la fuerza. En 1925, una ley del estado de Nueva York prohibía precisamente lo antes mencionado. La constitucionalidad de dicha ley, conocida como “ley sobre anarquía criminal”, fue considerada por el TSEU en el caso de *Gitlow v. New York*.<sup>117</sup>

El señor Gitlow fue acusado de distribuir un escrito durante una reunión del Partido Socialista en el que urgía la acción masiva para crear disturbios y huelgas que hicieran caer al gobierno. Calificaba esta acción como indispensable para lograr la victoria final conforme a los dictados del comunismo internacional. La ley de Nueva York específicamente prohibía abogar mediante palabras la “anarquía criminal” definida como derrocar el gobierno por medio de la fuerza o la violencia. La mayoría del TSEU decide, con opiniones disidentes de Holmes y Brandeis, que la ley podría identificar y prohibir el empleo de ciertas expresiones cuyo contenido, a juicio del legislador, debían reprimirse por atentar contra la existencia misma del gobierno. Esta clase de expresiones, aunque incluidas en la ley de forma general,

---

<sup>117</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

eran suficientes para crear un delito, aunque sea incierto si su uso pueda generar conducta o el mal que se buscaba prevenir. Nótese que la decisión permite al legislador crear una especie de código o le autoriza a ser censor de un mensaje específico: quienes abogan por derrocar el gobierno por la fuerza, independiente de sus efectos en el tiempo o probabilidad de ocurrencia. De esta manera, el TSEU emplea una metodología de adjudicación equivalente a un “balance de intereses” (“balancing test”) muy subjetivo y sin guías. Le otorga mayor peso al interés del Congreso en prevenir el llamado al derrocamiento del gobierno por medio de la fuerza y la expresión que el tolerar o permitir *per se* dicha idea en el llamado “mercado de ideas”.<sup>118</sup> En esa misma línea, debe analizarse la disidencia de Holmes y Brandeis quienes alegaron que las expresiones estaban protegidas bajo la doctrina de *Schenck*. En una de sus expresiones más contundentes a favor de la libertad de expresión, afirman lo siguiente:

Si a largo plazo, las creencias contenidas en la dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, solo tendría sentido el significado de la libertad de expresión si se les ofrece la oportunidad para que en efecto [estas creencias] tengan su camino.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Chemerinsky, E., *Constitutional Law, Principles and Policies*, p. 993.

<sup>119</sup> *Gitlow*, 268 U.S. 652, 673 (1925) (traducción del autor).

Era evidente que ambos jueces ya se habían desvinculado de la trayectoria que seguía la mayoría del TSEU. Realmente, Holmes, desde la disidencia, continuaba su lucha por corregir la doctrina de peligro claro y presente sin tener que revocar o dar sepultura a su criatura.<sup>120</sup> Puede decirse que su doctrina rechazaba cualquier pretensión de aplicar un método de “balance de intereses” que no colocara en el Estado un mayor peso de la prueba. En su lugar, ofrecía una doctrina mas específica que guiara o controlara la subjetividad del juzgador de los hechos a la vez que colocaba un mayor peso en la prueba que debía ofrecer el Estado.

La decisión es fundamental ya que adjudica la controversia sin necesidad de invocar expresamente a *Schenck*. Implica que la doctrina de “peligro claro y presente” no aplicaba a situaciones en las cuales el Legislador había identificado en la ley expresiones específicas o contenidos particulares que, de antemano, se concebían que creaban un peligro a reprimirse. Es decir, no era necesario analizar las circunstancias o contextos peligrosos particulares de cada acusación ya que el Congreso las había identificado de forma preventiva. Por lo

---

<sup>120</sup> Según el jurista y profesor puertorriqueño, Raúl Serrano Geyls, el TSEU rara vez “entierra sus muertos”. Se refería por supuesto, a la práctica de solo revocar decisiones anteriores si se cumplían con unos criterios muy estrictos. La existencia de toda decisión vigente podría todavía ser útil para el TSEU ante controversias similares en el futuro.

tanto, sin articularlo de forma expresa, el Tribunal rehúsa emplear la doctrina de “peligro claro y presente” establecida en *Schenck*. De otra parte, la decisión tuvo otro impacto fundamental pues, por primera vez, se extendía a los estados y federaliza la protección de la Primera Enmienda del Bill of Rights porque interpretaba que su contenido estaba subsumido en la protección que emanaban de la Enmienda XIV la cual ya aplicaba a todos los estados. Tras la Guerra Civil y la aprobación de esta enmienda, el Tribunal había optado por extender gradualmente (“incorporación selectiva”) a los estados algunas de las protecciones que de sus propios términos solo se tenían frente a actuaciones del gobierno federal.<sup>121</sup> Por lo tanto, es a partir de *Gitlow* que las decisiones sobre libertad de expresión serían vinculantes no solo frente al gobierno federal, sino además frente a todos los estados. La decisión marcó una tendencia para acelerar la extensión o incorporación de muchas otras protecciones incluidas en la Carta de Derechos. Sería una manera de afinar la idea nacional a través de las formas jurídicas contenidas en decisiones del TSEU. Asimismo, dicho Tribunal sería diáfano al reiterar que esta libertad no era absoluta por lo cual el Congreso y los estados podrían castigar a quienes “abusaran” el ejercicio de este derecho. En particular, indica que

---

<sup>121</sup> Serrano Geyls, R., *II Derecho Constitucional de Puerto Rico y los Estados Unidos*, pp. 780-790.

podían penalizar las expresiones realizadas en contra del “bienestar general”, las “tendientes a corromper la moral” y las que incitan a la comisión de un delito o perturbación de la paz pública.<sup>122</sup>

En 1927, en el caso *Whitney v. People of State of California*, una disputa interna dentro del Partido Socialista ocasionó que su sector más radical abandonara la organización e ingresara al Partido Comunista de América.<sup>123</sup> La acusada era una persona con ideas comunistas, pero cuyas perspectivas eran minoritarias en el Partido. En la convención estatal del partido, la acusada abogó sin éxito y por medios pacíficos la consecución de sus objetivos comunistas. Sin embargo, la convención finalmente confirmó el ideario comunista que justificaba la prédica que abogaba por el uso de acciones violentas para lograr sus objetivos revolucionarios. A pesar de sus posturas en contra de la línea de su partido, fue acusada y convicta del delito de sindicalismo criminal el que prohibía ser miembro de cualquier organización a sabiendas de que esta aboga, enseña o disemina la necesidad de cometer delitos o violencia terrorista para lograr sus objetivos políticos o industriales. El delito se había creado bajo la teoría de que esta prohibición evitaba el peligro a la paz pública y la seguridad del estado. La mayoría del Tribunal confirmó el dictamen

---

<sup>122</sup> *Gitlow*, 268 U.S. 652, 666 (1925) (traducción del autor).

<sup>123</sup> *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

bajo la doctrina establecida en el caso de *Gitlow*: el delito de sindicalismo criminal constituía una excepción a la libertad de expresión en tanto este derecho no era absoluto. El estado de California podía reprimir el abuso de esta libertad, como lo sería castigar el uso de lenguaje propenso a incitar al crimen, perturbar la paz o poner en peligro los fundamentos mismos del gobierno al amenazar, mediante expresiones, su derrocamiento por medios ilícitos. No obstante, obsérvese que la convicción surge por la mera pertenencia a una organización que abogaba por aquello que la ley prohibía, aunque la acusada de por sí había disentido de la prédica sobre el uso de medios ilícitos para derrocar al gobierno.

En esta ocasión el Juez Brandeis escribía una opinión concurrente a la cual se unía el Juez Holmes. Era evidente, sin embargo, que más bien se trata de una opinión disidente si se analiza la premisa fundamental de la misma. Ambos jueces se quejaban de que el Tribunal no terminaba por establecer con precisión cuándo una expresión se tornaba en un peligro “claro”, “presente” causando un mal suficientemente sustancial para permitir su represión. A su vez, hacían una defensa de las doctrinas políticas, económicas y sociales que en el pasado fueron minoritarias por considerarse erradas y causantes de males pero que, eventualmente, probaron ser mayoritarias, adecuadas y protectoras del bien común. Más aun, por

primera vez articulaban con claridad que existía una diferencia entre “abogar” e “incitar”. La primera carecía de los elementos de inminencia e inmediatez presentes en la segunda. Es decir, una determinación de la existencia de que un:

[P]eligro, claro y presente debe demostrar bien la expectativa de una situación de violencia seria inmediata o de conducta anterior que diera razones para pensar de que ella iba ocurrir.<sup>124</sup>

En una nota al calce citaban artículos de revista jurídica en defensa de la libertad de expresión de los profesores amigos de Holmes: Z. Chafee y H.J. Laski.<sup>125</sup> Habían decidido concurrir en vez de disentir por entender que la prueba del caso incluía testimonios que demostraban que se daban los elementos del delito de conspiración, de la cual, sin ser participante activa, la acusada formaba parte al ser miembro de la organización. En realidad, pienso que estos juristas tenían plena conciencia de que en decisiones futuras una opinión concurrente abriría mayores pasos a una disidente. Como se discutirá más adelante, aunque tardarían 42 años, la tesis de Holmes y Brandeis eventualmente prevalecería en 1969 cuando el caso de *Whitney* fue revocado para reconocer como una actuación no protegida, la

---

<sup>124</sup> *Whitney*, 274 U.S. 357, 375 (1927) (traducción del autor).

<sup>125</sup> *Whitney*, 274 U.S. 357, 377, nota al calce 5 (1927).

incitación directa a cometer un delito con efectos y posibilidades reales de que ocurra la conducta perseguida.<sup>126</sup>

### **2.2.3. ¿Resurrección de la doctrina?**

#### **2.2.3.1 Entre 1927 y finales de la década de los 60**

Entre 1927 y 1945, previo al inicio de la llamada “Guerra Fría” que surgió luego de la Segunda Guerra Mundial, fueron poco frecuentes las decisiones significativas del TSEU relacionadas con la libertad de expresión en tiempos de guerra. Algunas acusaciones a miembros del Partido Comunista fueron eventualmente revocadas por lo que parecía ser una erosión de la doctrina de *Gitlow y Whitney*.<sup>127</sup> La falta de precisión y vaguedad de las acusaciones fueron las razones oficiales para tomar esta acción reivindicatoria de la libertad de expresión. No obstante, la doctrina de “peligro claro y presente”, seguía vigente tal como quedaba establecida en *Schenck*, aunque pocas veces fue invocada. De hecho, cuando así sucedía, era en contextos no relacionados con expresiones dirigidas a subvertir el orden político. Nos referimos a controversias relacionadas, por ejemplo, con expresiones amenazantes dirigidas directamente a una

---

<sup>126</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

<sup>127</sup> Serrano Geyls, R., *II Derecho Constitucional de Puerto Rico y los Estados Unidos*, p. 1291.

persona a quién podrían causarle un daño personal inminente real o percibido.<sup>128</sup>

La Segunda Guerra Mundial tampoco produjo decisiones importantes que cambiaran los enfoques doctrinales creados durante la Primera Guerra Mundial. La indiferencia inicial de Estados Unidos durante gran parte de esta guerra, unida al hecho de que los gobiernos y movimientos comunistas de la época quedaron en alianza estratégica frente al fascismo, podría explicar esta escasez de conflictos judiciales. El fin del conflicto trajo consigo una nueva realineación de las fuerzas políticas del orbe, ante todo, la polarización entre el mundo capitalista comandado por los Estados Unidos y el mundo comunista en expansión dirigido por la Unión Soviética. Parecería ser que Estados Unidos había entrado en una fase de tolerancia en vez de persecución activa contra las ideas comunistas. Como se discute a continuación, esta realidad no puede obviar que en 1940 el Congreso había aprobado una ley que facilitaba la represión de la idea de derrocar el gobierno por la fuerza predicada no solo por comunistas sino también por anarquistas y sindicalistas.<sup>129</sup> A esto debe unirse la

---

<sup>128</sup> Chemerinsky, E., *Constitutional Law, Principles and Policies*, p. 1000.

<sup>129</sup> *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 307 (1957).

revolución china de 1949 y la complicada situación en el Pacífico, incluyendo la situación en la península coreana.<sup>130</sup>

De forma gradual, la Guerra Fría revivía en los estados y el gobierno federal unas leyes vinculadas al peligro que muchos percibían con la amenaza del mundo comunista y sus seguidores en los Estados Unidos. Asimismo creó uno de los momentos históricos de mayor impacto negativo en el ejercicio de la libertad de expresión, incluyendo la persecución abierta de personas y entidades que hacían uso de este derecho. El senador Joseph McCarthy, encabezó lo que fue una auténtica “cacería de brujas” contra todo aquello que fuera percibido como “comunista”. La llamada época del “macartismo”, dio paso a acusaciones y persecuciones viciosas bajo una ley conocida como “Ley Smith” de 1940.<sup>131</sup> Con la guerra fría, la “tregua” o tolerancia contra las ideas comunistas llegaba su fin. En 1951, una controversia de umbral llegó al TSEU. En *Dennis v. United States*,<sup>132</sup> se acusó a unos líderes del Partido Comunista. Se alegaba que este partido estaría proscrito por dicha ley por ser uno que “a sabiendas abogaba, promovía, asesoraba y enseñaba sobre el deber, deseabilidad y conveniencia de derrocar o destruir el gobierno de los Estados

---

<sup>130</sup> Chemerinsky, E., *Constitutional Law, Principles and Policies*, p. 1292.

<sup>131</sup> Alien Registration Act, 54 Stat. 670, Ch. 439, 18 U.S.C. §2385 (28 de junio de 1940).

<sup>132</sup> *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

Unidos por medio de la fuerza o violencia o de asesinar a cualquier oficial de este gobierno” incluyendo la modalidad de “conspiración” de actos dirigidos a este fin. El Tribunal, en esencia, confirma las convicciones sin una opinión mayoritaria (un juez no participó en el caso) y hubo además dos votos concurrentes y dos votos disidentes. Cuatro jueces opinaron que este partido era uno disciplinado, presto a actuar, que no toleraba la disidencia en su seno, que usaba medios de comunicación y trabajo capaz de infiltrar sus ideas de forma disimulada, todo con el objetivo de derrocar el gobierno por la fuerza. Determinan que la ley no prohíbe la discusión académica de estas ideas, pero sí prohíbe “abogar por ellas”. En el contexto del Partido Comunista, si el gobierno conoce de un grupo que está compuesto por personas que son “adoctrinadas” con estas ideas, no es necesario esperar que “actúen mediante un golpe de estado” para entonces reprimirlos. Solo pertenecer a un partido con estas ideas constituye el “peligro claro y presente” que avalarían jueces en la mayoría y disidencia en las decisiones de *Whitney* y *Gitlow*. Tanto los jueces que concurrieron como los disidentes ofrecieron su interpretación de las doctrinas establecidas en estos casos. Es decir, en 1951 la doctrina de “peligro claro y presente” establecida en *Schenck* y su progenie, resurge y controlaría la discusión sobre la doctrina aplicable para

resolver controversias sobre leyes relacionadas con ideas comunistas dirigidas a derrocar el gobierno por la fuerza.

Unos y otros, pero ante todo la disidencia del juez William Douglas, centraban su análisis en interpretaciones sobre el significado de la doctrina de “peligro claro y presente”. Al igual que el binomio Holmes-Brandeis, ya ausentes del Tribunal, Douglas argumentaba que solo en un momento crítico, extremo e inevitable podría una ley autorizar suprimir una expresión dirigida a derrocar el gobierno por la fuerza. Es decir, el concepto “inminencia” era fundamental en el análisis, el cual su vez era totalmente contrario al mero “temor” o “miedo” que la idea pueda producir en el Estado. Esta inminencia del daño era un asunto de hechos que tenía que ser ofrecida y probada por el Estado en el juicio para ser sometida al juez o un jurado. Para Douglas, “abogar” de por sí no creaba este peligro claro y presente que una ley podría o debería prevenir. En su opinión, los comunistas en Estados Unidos eran:

[M]ercaderes miserables de ideas que nadie quería; con mercancías sin vender. El hecho de que sus ideas eran aborrecibles, no las convertían en ideas poderosas.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> *Dennis*, 341 U.S. 494, 589 (1951).

La opinión concurrente del juez Felix Frankfurter, otro de los jueces más importantes en la historia de la institución, se quejaba de la difícil reconciliación de las diversas opiniones del Tribunal sobre este tema, a tenor con los precedentes y decisiones a partir del caso de *Schenck* y las opiniones posteriores de Holmes y del propio Tribunal.<sup>134</sup>

Nuevas acusaciones contra miembros del Partido Comunista revivieron el debate sobre la libertad de expresión y la tolerancia hacia la idea de revocar el gobierno por la fuerza. Fue en 1957, en *Yates v. United States*<sup>135</sup> cuando el Tribunal se vuelve a enfrentar a este conflicto. En esencia, se trataba de una acusación y convicción de catorce miembros del Partido Comunista acusados bajo la Ley Smith de 1940 por pertenecer a un grupo que declaraba como postulado esencial la necesidad de derrocar el gobierno por la fuerza por acciones continuas ocurridas entre 1940 y 1951. Obsérvese que se trata de un intento por ilegalizar este partido de “forma retroactiva” bajo las diversas modalidades que prohibía la ley ante la prédica de derrocar el gobierno por la fuerza. Es decir, abogar, en cualquier modalidad, por el derrocamiento del gobierno por la fuerza, violencia o imprimir,

---

<sup>134</sup> Véase *Dennis*, 341 U.S. 494, 539 (1951) (“I must leave to others the ungrateful task of trying to reconcile all these decisions.”).

<sup>135</sup> *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

publicar, circular ideas en esta misma dirección u organizar, asociarse a un grupo con este propósito. Estas personas fueron acusadas de violar la ley en todas las modalidades. Con el voto de cuatro jueces, un voto concurrente con los fundamentos principales de la opinión y dos votos concurrentes y disidentes en algunas partes (dos jueces no participaron), el Tribunal revocó las convicciones y devolvió el caso al foro inferior. La decisión no estuvo fundamentada en las cuestiones estrictamente constitucionales levantadas por los convictos sino en la interpretación estatutaria seguida por los tribunales inferiores, así como en la insuficiencia de la prueba. No obstante, hace importantes aclaraciones sobre el modo de abordar el tema que nos ocupa. Fiel a una tradición de esa institución, asume que *Schenck y Gitlow* son perfectamente armonizables. Lo fundamental radica en distinguir entre abogar *en el abstracto* por una doctrina de derrocamiento del gobierno por la fuerza o violencia *vis-à-vis* abogar por esta expresión “*directamente* promoviendo una acción ilegal”.<sup>136</sup> La Ley Smith debía interpretarse asumiendo que el Congreso conocía esta distinción. Por tal razón, interpreta que la opinión de pluralidad de *Dennis* también la reconocía. Bajo este entendido, cuando la opinión afirma que no era necesario esperar “un golpe de estado” para reprimir una idea

---

<sup>136</sup> *Yates*, 354 U.S. 298, 318 (1957) (traducción del autor).

subversiva contra la existencia del Estado, se aclara que esto, en efecto, equivale a abogar directamente por la acción ilegal. En *Dennis*, se concluye que la represión fue autorizada dado que se abogó ante un grupo “sedicioso” que “estaba preparado para actuar de inmediato en el tiempo apropiado”. Así pues, se abogaba ante un grupo “indoctrinado” que buscaba actuar ilegalmente *en el futuro y para la acción inmediata*. Además, se trataba de “un grupo de tamaño y cohesión suficiente para que, dentro de las circunstancias, se pudiera justificar con suficiente razonabilidad que ocurriría la acción predicada”.<sup>137</sup> Es decir, es el equivalente a abogar de forma “directa” por una acción ilegal.

En síntesis: *Yates* hacia una interpretación restrictiva de la Ley Smith. Una prédica aislada e individual por el uso de la violencia no podría ser reprimida de por sí. Ahora bien, esa misma prédica por parte de ciertos grupos podría reprimirse sin violar la libertad de expresión. El Estado debía establecer que se trataba de un grupo cuyo objetivo delictivo se llevaría a cabo por razón del tamaño y la disciplina de la organización. De esta manera, un juez o jurado podría concluir que pertenecer a estos grupos satisfacía la suficiencia de prueba que requerida por la ley.

---

<sup>137</sup> *Yates*, 354 U.S. 298, 321 (1957) (traducción del autor).

No sería hasta dos años más tarde, en el caso de *Scales v. United States*,<sup>138</sup> que el TSEU se encargaría de aclarar lo antes discutido. Mediante apretada votación apretada de 5-4 se confirma una convicción bajo la Ley Smith utilizando los criterios estrictos de *Yates* en su interpretación de *Dennis*:

Concluimos que la prueba era suficiente para que un jurado pudiese determinar si se abogó por un partido ilegal. *Dennis* y *Yates* han dejado claro de forma indubitada que abogar por una acción violenta futura con el fin de derrocar el gobierno por la fuerza equivale a abogar por una acción inmediata para ese fin.<sup>139</sup>

De hecho, ese mismo día el Tribunal revocó una condena bajo la Ley Smith justamente por no cumplir con este estándar de prueba.<sup>140</sup> Las opiniones disidentes reiteraban el criterio expresado en *Dennis*: la Ley Smith era inconstitucional por violar la libertad de expresión. Se trataba de convicciones por promulgar ideas, ejecutadas por un gobierno autoritario similar a los poderes de censura de los dictadores. Concluye que debe existir la libertad completa de expresión de ideas, nos gusten o no, relacionadas con la manera en que debe o no gobernarse el país, salvo prueba que demuestre que tal prédica va acompañada de una acción o acto ilegal. En ausencia de esta prueba,

---

<sup>138</sup> *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961).

<sup>139</sup> *Scales*, 367 U.S. 203, 250 (1961).

<sup>140</sup> *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961).

debía siempre considerarse como una prédica en el abstracto, la cual estaba constitucionalmente protegida. Más que una adjudicación fundamentada en una interpretación abstracta del derecho, los hechos guiaban la decisión judicial.

### **2.2.3.2 La década de los sesenta**

La década que comienza en 1960 sería una muy singular para el desarrollo de la libertad de expresión. Aun cuando sigue en pleno apogeo la Guerra Fría, incluyendo una revolución cubana muy cerca de Estados Unidos, la nación no está involucrada directamente en una guerra. No obstante, a mitad de la década comenzaría su involucración en la guerra en Indochina. Distinta a otras guerras, esta sería una actividad bélica peculiar que nunca fue oficialmente declarada como tal por el Congreso. Su participación fue una gradual y en su máximo “esplendor” no contaba con el apoyo público masivo de la opinión pública norteamericana. Dicho país se encontraba ante una situación muy distinta a la forma en que Estados Unidos se implicó en la Primera y Segunda Guerra Mundial de las décadas anteriores.

Además, durante la década de los sesenta, se intensificaron las luchas por los derechos civiles por parte de los afroamericanos que abogaban por el fin de la discriminación racial. En ninguna de esas luchas o situaciones las ideas comunistas o el Partido Comunista en sí

tenían un rol protagónico significativo. Durante esta década, también se consolidaba en el TSEU una nueva mayoría de corte progresista. El Tribunal resolvería ciertas controversias que afectaban favorablemente a miembros del Partido Comunista: por ejemplo, anulaba prohibiciones al derecho a obtener un pasaporte para poder viajar fuera de los Estados Unidos<sup>141</sup> o revocaba acusaciones a patronos privados por emplear comunistas en industrias vinculadas al aparato militar.<sup>142</sup> De hecho, la pertenencia a este partido se legalizó, a pesar del trasfondo de la jurisprudencia antes discutida que permitía abogar en el abstracto por las ideas comunista siempre que no estuviesen cercanas a cometer delitos. El Tribunal criticó cualquier acercamiento represivo que condujera a ser “culpable por asociación”. Así, se podía ser miembro del Partido Comunista aun cuando se supiera de sus postulados y prédica a favor de derrocar el gobierno por la fuerza. Ahora bien, el estado podría actuar en contra de estos solo si demostraba la intención específica de llevar a cabo una actuación dirigida y vinculada a una acción de dicho partido y el derrocamiento del gobierno por la fuerza. De este modo, se protegía a empleados públicos y maestros creyentes en las doctrinas comunistas

---

<sup>141</sup> *Elfbrand v. Russell*, 384 U.S. 11 (1966); *Aptheker v. Secretary of State*, 376 U.S. 500 (1964).

<sup>142</sup> *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967).

y la enseñanza misma de doctrinas marxistas por estos u otros profesores no marxistas.<sup>143</sup> Había cambiado el contexto histórico y la oposición a la guerra en Indochina dejó de ser política partidista para convertirse en una cívica.

En 1964 se produce la decisión trascendental de *New York Times v. Sullivan*.<sup>144</sup> Se trató de una decisión sin disidencia que marcaba el final de una doctrina de herencia inglesa pertinente a la libertad de prensa. El TSEU dejaba a un lado la doctrina que exigía la verdad como defensa única ante una imputación de publicación libelosa. Al revocar esta doctrina, el tribunal citaba extensamente la opinión “concurrente” de Brandeis y Holmes en *Whitney* de 1927 para añadir lo siguiente:

[E]xiste un compromiso nacional profundo hacia el principio que postula que el debate sobre asuntos públicos debe ser sin inhibiciones, robusto y muy amplio el cual incluya ataques a funcionarios públicos que muchas veces pueden ser vehementes, cáusticos y otras veces ataques desagradables contra estos.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967).

<sup>144</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>145</sup> *New York Times*, 376 U.S. 254, 270 (1964) (traducción del autor).

En 1966, en *Bond v. Floyd*,<sup>146</sup> el TSEU impide la exclusión de una persona electa a la legislatura de un estado por sus críticas reiteradas a la participación de Estados Unidos en la guerra de Vietnam y al servicio militar obligatorio. Otra vez, en una decisión sin disidencia, el Tribunal concluye que las expresiones del legislador electo estaban protegidas por su derecho a la libertad de expresión. Como fundamento, expresó que las críticas nunca fueron hechas de tal manera o contexto que pudiese derivarse una conclusión de “incitar” a cometer un acto ilegal, citando con aprobación el caso de *Yates* y la necesidad del debate robusto expuestas en *New York Times*.

Con este trasfondo, a finales de la década se produce la decisión más importante hasta el presente relacionada con la libertad de expresar ideas abogando por la violencia o acciones ilegales.

#### **2.2.4 Doctrina moderna**

En 1969 se decide una controversia que marca lo que podemos caracterizar como la historia de las controversias ante el TSEU sobre el Ku Klux Klan, la quema de cruces y el alcance de la libertad de expresión. Estas controversias ocurren mientras la nación norteamericana sigue involucrada en la guerra de Vietnam y con una

---

<sup>146</sup> *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116 (1966).

opinión pública cada vez mas adversa a dicha intervención. En *Brandenburg v. Ohio*,<sup>147</sup> un líder del Ku Klux Klan es convicto en el estado de Ohio por violar la ley sobre sindicalismo criminal. Similar a las leyes antes discutidas, esta prohibía “abogar [...] por el deber, necesidad u obligación de actividades criminales o el sabotaje, violencia o cualquier otro método de terrorismo como medio para lograr una reforma política o industrial” o “asociarse voluntariamente” para esta finalidad. Se trataba de una ley parecida a aquella analizada en el caso de *Whitney* de 1927 la cual, según discutimos, había sido validada por el TSEU. En esta ocasión, el ciudadano Brandenburg fue acusado y convicto de hacer unas expresiones derogatorias contra judíos y afroamericanos en una actividad del Ku Klux Klan, las cuales fueron filmadas para la televisión por un reportero invitado para esos fines. La actividad fílmica se dividió en dos reportajes. Estos fueron transmitidos posteriormente por una televisión local del estado y reproducida en noticieros nacionales. En el primer reportaje aparecen doce individuos encapuchados reunidos alrededor de una cruz de madera que ardía. Con excepción del reportero y camarógrafo invitado, más nadie estaba presente durante la filmación. Se escuchaban frases, algunas

---

<sup>147</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

indescifrables pero otras claramente audibles y entendibles haciendo alusión a los afroamericanos de forma derogatoria (“niggers”) indicando que “esto es lo que les haremos”, “sucios”, “regresémoslos al jardín oscuro”, “salvemos a América”, “enterremos a los niggers”, “haremos nuestra parte”, “libertad para los blancos”, “niggers de ahora en adelante tendrán que luchar por cada pulgada que quieran obtener”, entre otras frases odiosas y denigrantes.<sup>148</sup> En otra escena del reportaje aparecería el acusado con su ropaje y capucha ofreciendo un discurso explicando lo que era su organización y cómo estaban diseminados por todo el estado de Ohio, incluyendo simpatizantes pertenecientes a la asamblea legislativa del estado. Expresaban que no eran una organización vengativa aunque admitían que de ser necesario se “tornarían contra el Presidente, Congreso y el TSEU por continuar suprimiendo la raza caucásica”. Anunciaba que 400,000 de ellos marcharían hacia el Congreso el 4 de julio y de ahí se dividirían en dos grupos para marchar hacia los estados de Florida y Mississippi. Algunas de las personas que aparecían en la filmación portaban armas. En las imágenes, aparecían en los alrededores las armas que portaban, tales como pistolas, rifles, revólveres, municiones y una Biblia. En el segundo reportaje se mostraban seis encapuchados, incluyendo al

---

<sup>148</sup> *Brandenburg*, 395 U.S. 444, 446 en nota al calce 1 (1969).

luego acusado, repitiendo en esencia el discurso antes reseñado. Algunos de los participantes portaban armas, mas no así el individuo identificado en la acusación criminal.

La prueba ofrecida por el estado consistió en las dos filmaciones y un testigo que identificó al acusado como participante en las actividades. Fue convicto y se le impuso una sentencia indeterminada de 1 a 10 años de cárcel y una multa de \$1,000. Durante el proceso apelativo que culminó en el TSEU, los tribunales apelativos no fundamentaron bajo los hechos o el derecho la confirmación de la convicción. Por tanto, nunca se emitió una opinión formal de las acciones tomadas.

Ante el TSEU, los acusados alegan que la ley bajo la cual fueron acusados era inconstitucional por violar la libertad de expresión. El Tribunal revoca la convicción en una breve opinión “*per curiam*” suscrita por siete miembros del tribunal, dos opiniones concurrentes y sin disidentes.<sup>149</sup> Enumeramos a continuación los elementos esenciales de esta:

- a. Se revoca el caso de *Whitney v. California* de 1927 donde una ley similar había sido declarada constitucional. Esta decisión “había quedado desacreditada por decisiones

---

<sup>149</sup> En el derecho constitucional de Estados Unidos, una opinión judicial “*per curiam*” significa que la misma fue acordada a nombre de la Corte en vez de por jueces individuales. Véase, Black’s Law Dictionary, 11th ed., 2019.

posteriores del Tribunal” ofreciendo como ejemplo el caso de *Dennis v. United States* de 1951.

- b. Estas decisiones posteriores habían forjado un principio: las garantías de libertad de expresión y prensa impiden que el Estado prohíba o proscriba abogar por el uso de la fuerza o por violación de una ley excepto cuando ello vaya dirigido a incitar o producir una acción ilegal inminente y lo más probable es que se produzca esta acción. Aclara el Tribunal que este era el entendido de la Ley Smith establecido en *Dennis* y así aclarado en el caso de *Yates v. United States* de 1957.
- c. Tras citar jurisprudencia integrando decisiones de 1937, 1961, y 1966,<sup>150</sup> afirmó que “la enseñanza en el abstracto de la conveniencia moral o aun la necesidad moral de tener que recurrir a este tipo de fuerza y violencia, *no es lo mismo* que preparar a un grupo para la acción violenta y encaminarse firmemente para ello (“*steeling it*”).”
- d. La acusación de marras y las instrucciones al jurado fracasaron en distinguir “abogar” de “incitación a cometer una acción ilegal inminente”. Tanto el estatuto como la forma en que fue aplicado castigan solamente por meramente abogar o reunirse para ello. Leyes que afecten el derecho a la libre expresión o el derecho de

---

<sup>150</sup> *Boyd v. Floyd* 385 U.S. 116 (1966); *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961); *Herdon v. Lowry* 301 U.S. 241 (1937).

asociación deben cumplir con esta distinción.<sup>151</sup>

La opinión no hace alusión expresa a la doctrina de “peligro claro y presente” establecida en *Schenk* aunque se cita el caso de *Dennis* que sí la alude. De hecho, las opiniones concurrentes de los jueces Black y Douglas, enfatizan que esta doctrina no debe formar parte de interpretaciones o controversias relacionadas con la libertad de expresión. La citación de *Dennis* no debe conllevar el endoso de la doctrina pues, en dicho caso, la opinión de pluralidad justamente reflejó su “gran perversión y enredo”.<sup>152</sup> La opinión concurrente de Douglas en este caso, en concreto, resulta más extensa que la opinión *per curiam*. Se trata de un rechazo a esta doctrina por entender que desde su creación en *Schenck* ha sido manipulada y desfigurada, particularmente en tiempo de guerra. De hecho, afirma que aun su padre putativo, el Juez Holmes, aunque nunca la abandonó, se acercó mucho a ello en su disidencia en *Gitlow*. Para Douglas, la línea distintiva entre abogar una idea e incitar radica en la misma línea que separa la expresión de ideas y cometer un acto manifiesto u hostil (“*overt act*”). Por lo demás, no debe permitirse la intervención del

---

<sup>151</sup> *Brandenburg*, 395 U.S. 444, 447 en nota al calce 4 (1969).

<sup>152</sup> *Brandenburg*, 395 U.S. 444, 454 (1969).

Estado pues ello conllevaría intervenir con el “santuario de las creencias y la conciencia”.<sup>153</sup>

La doctrina establecida en *Branderburg* contiene elementos que merecen destacarse, ante todo si se considera que sigue vigente y es objeto de litigio bajo los términos que fue formulada, a pesar de ser invocada en escenarios fácticos diversos. Nótese que las leyes de “sindicalismo criminal” tienen como objetivo proteger la seguridad del Estado y preservar las estructuras que las sostienen. Asimismo están dirigida a proteger la seguridad en las relaciones obrero-patronales en tanto prohíbe abogar por acciones ilegales dirigidas a alterar una estructura industrial. En esta primera instancia, fueron utilizadas en tiempos de guerra para reprimir a aquellas personas o grupos que disentían o cuestionaban la decisión del Estado de involucrarse en determinados conflictos bélicos. De igual forma, fueron invocadas para perseguir a personas o grupos con ideas consideradas marxistas-leninistas o comunistas ante el temor a la prédica de la llamada revolución conducente a establecer la “dictadura del proletariado”. La doctrina que se establece de forma unánime en *Branderburg* se inserta en las concepciones que justifican la libertad de expresión como elementos esenciales y

---

<sup>153</sup> *Brandenburg*, 395 U.S. 444, 456 (1969).

deseables del “mercado de ideas” y la participación en democracia. Sin embargo, los acusados en *Brandenburg* eran miembros de una organización que tenía como postulado esencial, cuando menos, abogar por la supremacía de la raza blanca anglosajona discriminado de forma amplia contra los afroamericanos y los miembros de la raza judía. No se trataba propiamente de la expresión de ideas políticas sino de expresar odio racial y religioso mientras se criticaba al gobierno.

Como se aprecia, las expresiones de este grupo fueron protegidas por un Tribunal de composición progresista. Queda claro la “estrategia” seguida: en plena década de los 60, con un amplio movimiento a favor de los derechos civiles, incluyendo los derechos de las minorías afroamericanas y las protestas en tiempos de guerra, se preservaba la libertad de expresión de *todos* los sectores (mayoritarios o minoritarios) a través de la protección de la libertad de palabra de una minoría racista como el Ku Klux Klan. Una corte progresista no podría ser acusada de ser racista ante la opinión pública, sobre todo por los sectores más conservadores de la sociedad norteamericana. El Tribunal decide proteger la libertad de expresión de corte racista pero con ello protege las expresiones de comunistas y otros grupos políticos minoritarios.

El Tribunal no explicó ni aplicó en detalle su doctrina a los hechos del caso. Similar a *Schenck* presupuso su pertinencia y aplicación. En *Schenck* sirvió para confirmar las convicciones y en *Branderburg* para revocarlas. La línea entre “abogar” (permitido) e incitar (reprimible) puede trazarse dentro de los siguientes elementos esenciales: (1) hay que analizar las expresiones de forma objetiva y literal; (2) determinar si estas van dirigidas a que se cometa un acto ilegal; (3) si la acción o llamado es inminente, y (4) si la acción es probable o creíble. Como se observa no se trata propiamente de un “balance de intereses”. Es una doctrina especial muy protectora de la libertad de expresión cuyas normas-guías deben ser aplicadas por el juzgador de los hechos (juez o jurado). Es conveniente que expliquemos con mayor detalle el nuevo enunciado a la luz de los hechos del caso.

Las expresiones utilizadas contenían frases derogatorias contra afroamericanos y judíos tales como “niggers” sucios los cuales serían “enterrados”, quienes debían regresar “al jardín oscuro”. Anuncian una marcha vengativa si es necesario para ir contra el Presidente, Congreso y TSEU por “continuar suprimiendo la raza blanca”. Todas estas expresiones se hacían alrededor de la quema de una cruz, encapuchados, algunos armados (aunque no el acusado) y rodeado de ciertas armas. La grabación de estas acción tenían como propósito ser

difundidas más tarde por la televisión. ¿Eran frases que literalmente hacían un llamado a cometer acciones ilegales? ¿Quiénes escucharon o escucharían el reportaje? ¿Cuál era la situación de tensión racial en dicho estado durante ese día? Para el Tribunal, ¿cómo compara la situación de la nación norteamericana en esos años con una situación de guerra en el exterior? Asumiendo que fueron expresiones que abogaban por cometer un acto ilegal, ¿era inminente? Por ser uno grabado, a ser mostrado posteriormente y por televisión, ¿lo hacía inminente? Si lo fuera, ¿había probabilidad de que se cometiera la acción anunciada de antemano?

Si el acusado hubiese hecho estas expresiones o hubiese quemado una cruz con un grupo de encapuchados portando o exhibiendo armas, pero lo realizaba dirigiendo sus palabras o su acción directamente frente a una persona afroamericana o judía, ¿se considerarían estas frases inminentes? ¿Sería probable la comisión del acto ilegal anunciado? ¿Fue fundamental que las expresiones fueron televisadas? ¿O lo fundamental surte de que la transmisión no había sido en “vivo”, sino grabada? ¿Qué diferencia hace que las expresiones estaban dirigidas de forma genérica hacia afroamericanos y judíos en vez de ser expresiones dirigidas contra el gobierno o a favor del derrocamiento del gobierno por la fuerza? ¿Cuán determinante resultó que la controversia surge a raíz de un ley

penal? ¿Cuán determinante fue que la controversia giraba en torno a asunto doméstico y no uno vinculado a un conflicto internacional de guerra?

El TSEU no contestó expresamente estas interrogantes. Solo se surge que el TSEU revocó las convicciones tras exponer la doctrina.

Afirmando entonces que:

[E]stamos frente a un estatuto que, en sus propias palabras y según aplicado, pretende castigar meramente por abogar y prohibir, bajo amenaza de castigo penal, reunirse con otros solamente para abogar cierto tipo de acción.<sup>154</sup>

En ese momento es que, a renglón seguido, revoca la decisión de *Whitney*.

La doctrina de *Branderburg*, establecida ya hace casi 50 años, sigue vigente y continúa siendo aplicada en diversos contextos sin que las interrogantes aludidas hayan sido contestadas por el Tribunal de manera clara. Sí conocemos que, como regla general, expresiones que abogan por un acto ilegal que conlleve un daño a la integridad física de una persona o su muerte, de ser dirigidas a una persona en particular, podrían ser constitutivas del delito de “amenaza real” al margen de la protección constitucional. Digamos, serían expresiones que quedan fuera del “mercado de ideas” no solo por su escaso valor

---

<sup>154</sup> *Brandenburg*, 395 U.S. 444, 449 (1969).

social sino porque equivalen a “conducta” punible. De hecho, unos meses antes de la decisión de *Branderburg* el Tribunal resolvió una controversia relacionada con una ley de 1917 que prohíbe amenazar a sabiendas y de forma deliberada expresiones que abogaran por asesinar o causar daño a la integridad física del Presidente de los Estados Unidos, incluyendo el uso del correo o por medio de cualquier documento escrito para este propósito.<sup>155</sup> En *Watts v. United States*,<sup>156</sup> se revocó la condena de Robert Watts por realizar expresiones amenazantes en una actividad política contra el Presidente de Estados Unidos. En dicha actividad un funcionario del orden público escuchó a Watts decir: “Si me hacen cargar un rifle, el primero que quisiera tener en la mira es a LBJ”, refiriéndose por sus iniciales del Presidente de los Estados Unidos de entonces.<sup>157</sup> Las expresiones se llevaron a cabo durante una protesta por el reclutamiento obligatorio en el servicio militar. El Tribunal no definió explícitamente la amenaza o “threat” que requiere la ley aunque avaló que una verdadera amenaza no tenía protección

---

<sup>155</sup> *Threats Against President and Successors to the Presidency*, 18 U.S.C. § 871. Véase además, *Validity, Construction, and Application of 18 U.S.C.A. § 871*, 3 A.L.R. Fed. 2d 241 (2005); Mabe, K. A., *Long live the King: United States v. Bagdasarian and the Subjective-Intent Standard for Presidential “True-Threat” Jurisprudence*, 43 Golden Gate U. L. Rev. 51 (2013).

<sup>156</sup> *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969).

<sup>157</sup> *Watts*, 394 U.S. 705, 706 (1969).

constitucional. No obstante, sí resolvió que las expresiones hechas por *Watts* no eran una amenaza verdadera o real (“true threat”). En esa dirección, consideró los siguientes factores: (1) el contexto en que se hizo la amenaza; (2) la intención de quién hacía la expresión; (3) si la amenaza estuvo sujeta a alguna condición previa, y (4) la reacción de la audiencia a dichas amenazas. Luego de analizar los hechos del caso, concluyó que las expresiones más que una “amenaza” fueron una “hipérbole retórica” protegidas por la Primera Enmienda.<sup>158</sup>

Meses después, en *Branderburg*, la decisión de *Watts* no fue citada por lo cual podemos presumir que el Tribunal ha decidido mantener separadas ambas doctrinas. Parecería ser que cuando se trata de ciertas expresiones contra el Presidente o Vicepresidente de los Estados Unidos, el pensamiento liberal vuelve a encontrar su límite. Abogar por dicha acción puede ser penalizado en determinados contextos con independencia de si tales expresiones cumplen con los requisitos constitutivos de una incitación según definida en *Branderburg*. Se trata de doctrinas que aparentan ser mutuamente

---

<sup>158</sup> *Watts*, 394 U.S. 705, 708 (1969).

excluyentes o que pueden convivir para ser aplicadas dependiendo de los contextos fácticos particulares de cada controversia.<sup>159</sup>

La decisión también permite colocar a *Brandenburg* en su justa perspectiva. El TSEU de entonces quería analizar las expresiones utilizadas y su contexto al margen del daño que de por sí podían causar. ¿Se hubiesen podido reprimir estas expresiones al margen de si estaban dirigidas a unos sujetos vulnerables por razón de su raza o ideas religiosas? Para el TSEU, lo denigrante de las expresiones de por sí no resulta decisivo para determinar si tienen protección constitucional. Era impertinente probar el impacto o daño que pudiesen tener estas expresiones sobre la dignidad de los afectados por las mismas. Lo medular de la doctrina es determinar si las expresiones estaban al borde de causar una acción o conducta delictiva provocada por esas expresiones. El único interés gubernamental tutelado y reconocido por el TSEU consiste en evitar delitos de asesinato, daños a la propiedad o la comisión de otros. La idea de reprimir la divulgación de odio racial o religioso a través de expresiones quedaba totalmente protegida como parte del mercado de ideas que cobija la libertad de expresión. Las teorías instrumentalistas y utilitarias que justifican la libertad de expresión se tornan más

---

<sup>159</sup> Brown, C., *A True Threat to First Amendment Rights: United States v. Turner and the True Threats Doctrine*, 18 Tex. Wesleyan L. Rev. 281, 297 (2011).

individualistas que nunca: los miembros del Ku Klux Klan tenían derecho a lograr su autonomía individual y buscar su felicidad por medio de estas expresiones denigrantes. Como se deduce, el TSEU mantiene una concepción del liberalismo muy alejada de su concepción original. Para el Tribunal, la autonomía individual está divorciada, o al menos no depende ni impacta, la autodeterminación colectiva.

Como se discutirá más adelante, este enfoque y decisión consciente de evitar catalogar ciertas expresiones denigrantes como “hate speech” o discurso odioso, ha marcado el camino del TSEU hasta el presente. Basta recordar expresiones recientes del actual juez Presidente del TSEU, con aprobación de siete jueces y juezas de los nueve que componen ese tribunal:

Hablar es poderoso. Puede mover a las personas a actuar, llorar de alegría o pena o como aquí, causar gran dolor. Ante los hechos de este caso, no podemos reaccionar al dolor castigando a quiénes hablan. Como Nación, hemos escogido otro curso de acción: proteger aun el discurso más hiriente sobre temas públicos para asegurarnos que no paralicemos el debate público. El camino que hemos escogido requiere que escudemos a [los demandados] de cualquier responsabilidad por sus piquetes en este caso.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 460-461 (2011).

La esfera pública del debate y la legitimidad-naturaleza del debate público es muy amplia y protegida. El mercado de ideas merece la máxima protección pues constituye la médula del sistema democrático y liberal como lo interpreta esa institución. El individualismo se convierte en el valor a proteger. Hay que tolerar el daño.

### **2.2.5 Otros contextos problemáticos: “palabras con riñas” y “audiencias hostiles”**

La doctrina de “peligro claro y presente”, en cualquiera de los contextos ya discutidos, pone de manifiesto el interés del Estado por evitar el daño que puedan causar expresiones que incitan a cometer un acto ilegal incluyendo algunas que culminen en un derrocamiento del gobierno por la fuerza.<sup>161</sup>

Ahora bien, hay expresiones dirigidas directamente a otra persona o a una audiencia las cuales, por su naturaleza, podrían causar una reacción violenta contra quien realiza las expresiones. De esta manera, el Estado liberal siente la necesidad de armonizar el deber de proteger la integridad física de la persona que hace la expresión, la integridad y, en menor grado, la dignidad de quien la escucha. En

---

<sup>161</sup> Chemerinsky, E., *Constitutional Law, Principles and Policies*, p. 1001.

muchas ocasiones, estos intereses en conflicto resultan en la tipificación de los delitos catalogados como “alteración al orden público o a la paz” en la modalidad de expresiones verbales que afectan a una persona o grupo de forma particular. Igualmente han resultado en la tipificación del delito de “amenaza” cuando están dirigidas a una persona en particular.<sup>162</sup> A este tipo de expresiones el TSEU las ha caracterizado como “expresiones con riñas” o “*fighting words*”. En 1942, en *Chaplinsky v. New Hampshire*,<sup>163</sup> el Tribunal creó esta categoría. No obstante, desde entonces y sin revocar dicho caso, nunca ha confirmado de forma expresa una convicción bajo esta categorización.<sup>164</sup> Cuando el Tribunal ha analizado las expresiones dan base a una convicción por ser “expresiones de riña”, si resultan en expresiones particulares que excluyen de otras, las anula por estar fundamentadas en contenidos específicos activando un examen judicial muy riguroso. De otra parte, si son expresiones de riña castigadas por una ley sin que esta especifique con precisión el contenido prohibido, las anula por constituir prohibiciones vagas o

---

<sup>162</sup> En uno u otro caso, el medio de comunicación o la forma de efectuar la transmisión de la expresión podría ser un factor importante a considerarse. Véase Brown, C., *A True Threat to First Amendment Rights: United States v. Turner and the True Threats Doctrine*, 18 Tex. Wesleyan L. Rev. 281 (2011).

<sup>163</sup> *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)

<sup>164</sup> Chemerinsky, E., *Constitutional Law, Principles and Policies*, p. 1002.

por adolecer de amplitud excesiva.<sup>165</sup> Sin duda, para el TSEU son controversias constitucionalmente problemáticas.

Para entender la complicada dimensión del asunto, hay que retomar el análisis de ciertos elementos de la doctrina establecida en *Branderburg*. Al decir de Anabelle Rodríguez Rodríguez, juez asociada del Tribunal Supremo de Puerto Rico, las palabras nunca deben considerarse inherentemente peligrosas, pues sostener lo contrario “supondría que vivimos en una sociedad homogenizada sin espacio para la diversidad”.<sup>166</sup> Esta jurista interpreta que para el TSEU solo se puede reprimir una *expresión con riña* si la ley empleada por el estado, de su faz o en la aplicación, cumple los siguientes criterios derivados de la jurisprudencia del TSEU: (1) que la expresión esté dirigida de forma directa y personal al oyente quien debe encontrarse ante el locutor; (2) las expresiones están dirigidas de forma particular a una persona o grupo; (3) por su naturaleza, la expresión es capaz de

---

<sup>165</sup> La doctrina de “vaguedad” está muy relacionada con los “principios de legalidad” del derecho penal. Una ley se considera que adolece de “vaguedad” cuando de sus propios términos (“de su faz”) no hay claridad sobre aquella conducta o acción que reglamenta. Es decir, no notifica de forma adecuada a la persona de que se prohíbe. Como tal deja demasiada discreción a la entidad pública encargada de ejecutar la ley que regula la conducta o acción. La doctrina de “amplitud excesiva sustancial” (“substantial overbreadth”) se refiere a una ley que de sus propios términos es precisa y anuncia con certeza la expresión que regula. Sin embargo, en su precisión tiene el defecto de que reglamenta también expresiones constitucionalmente protegidas por la Enmienda Primera. Es una doctrina igualmente perteneciente al derecho constitucional. Véase, Farber, D., *The First Amendment*, pp. 48-51.

<sup>166</sup> *Pueblo v. García Colón*, 182 D.P.R. 129, 200 (2011) (J. A. Rodríguez Rodríguez, opinión concurrente y disidente).

causar una reacción violenta en una persona de sensibilidad común y (4) las expresiones proferidas deben crear una probabilidad real e inminente que por su empleo surtan el efecto que se pretende evitar. No obstante, nótese que podrían existir situaciones donde la reacción hostil de quién escucha puede determinar si las expresiones pueden proferirse o reprimirse.<sup>167</sup> En ese caso, so color de preservar el orden público, no se podrían reprimir expresiones legítimas, aunque muy desagradables para quien las escucha. Al contrario: el Estado debe tomar todas las medidas posibles para proteger las expresiones frente a manifestaciones de intolerancia en torno a ideas que produzcan malestar o evoquen la ira.<sup>168</sup>

### **2.2.6 Las expresiones obscenas**

Para el TSEU, hay expresiones sexualmente explícitas que pueden considerarse de escaso valor social y ser merecedoras de una categorización especial. Tras décadas de búsqueda, en 1973, cuatro años después del caso de *Brandenburg*, el Tribunal emitió la decisión de *Miller v. California* produciendo una doctrina que pudiese distinguir entre expresiones *sexualmente explícitas* de aquellas

---

<sup>167</sup> *García Colón*, 182 D.P.R., p. 201. (J. A. Rodríguez Rodríguez, opinión concurrente y disidente).

<sup>168</sup> Chemerinsky, E., *Constitutional Law, Principles and Policies*, p. 1009.

*obscenas*.<sup>169</sup> Al día de hoy, esta doctrina permanece vigente. Sin pretender problematizar sobre los contornos de esta doctrina, expondremos los parámetros de la misma. Una expresión se considera obscena, y con escasa protección bajo la libertad de expresión, si: (1) una persona promedio, aplicando normas guías contemporáneas de la comunidad, encontraría que la expresión en su conjunto apela a un interés lascivo; (2) la expresión muestra o describe de una forma patentemente ofensiva, la conducta sexual que la ley prohíbe; (3) si la expresión, en su conjunto, carece de serio valor literario, artístico, político o científico que amerite protección bajo la libertad de expresión.<sup>170</sup>

A pesar del interés del Tribunal de resolver de forma final estas controversias, lo cierto es que desde la creación de la doctrina ha sido muy difícil de aplicar en la variedad de escenarios fácticos donde han surgido controversias. De otra parte, tanto en Estados Unidos como en el resto del mundo han surgido poderosos conglomerados comerciales dedicados exclusivamente a producir este tipo de expresiones.<sup>171</sup> A su vez, grupos feministas han postulado con insistencia pero sin éxito que los tribunales consideren estas

---

<sup>169</sup> *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

<sup>170</sup> *Miller*, 413 U.S. 15, 24 (1973).

<sup>171</sup> Schlosser, E., *Reefer Madness: Sex, Drugs and Cheap labor in the American Black Market*, Houghton Mifflin Co., Boston, 2003.

expresiones obscenas como dañinas hacia la mujer por promover un estado de subordinación y explotación permanente. A su vez, han intentado que estas expresiones, y cualquier otra contra la mujer que envíe un mensaje de inequidad y explotación, sean incluidas como parte del grupo de expresiones que deben ser categorizadas por separado.<sup>172</sup> Sin embargo, como se mencionó, la cuestión no ha tenido éxito en los tribunales. La decisión en *American Booksellers Ass'n v. Hudnut*, de un tribunal apelativo del sistema judicial federal, es emblemático de este infructuoso intento.<sup>173</sup> El TSEU rehusó revisar su decisión.<sup>174</sup> Por su pertinencia, la discutiremos brevemente.

Una ordenanza municipal de la ciudad de Indianápolis en los Estados Unidos, prohíbe las expresiones “pornográficas” de una manera distinta a lo establecido en el caso de *Miller*. La ordenanza la define como “la representación sexual gráfica explícita y subordinada de una mujer” en seis modalidades que pasa a enumerar.<sup>175</sup> El tribunal apelativo determinó que se trataba de una ordenanza que discriminaba por un contenido específico, es decir, por estar el gobierno en

---

<sup>172</sup> Mackinnon, C.A., *Pornography, Civil Rights and Speech*, 20 Harv. Civ. Rts-Civ. Lib. L. Rev 1, 21 (1985).

<sup>173</sup> *American Booksellers Ass'n v. Hudnut*, 771 F.2d. 323 (1985).

<sup>174</sup> *Hudnut v. American Booksellers*, 405 U.S. 1001 (1986).

<sup>175</sup> *American Booksellers Ass'n v.*, 771 F.2d., p. 324 (1985). Para un interesante artículo en apoyo a esta posición, véase, Stone, G., *American Bookseller Association v. Hudnut, The Government Must Leave to the People the Evaluation of Others*, 79 Univ. of Chicago L. Rev. 1219 (2010).

desacuerdo con el mensaje sobre la representación sexual gráfica de la mujer como subordinada. Aún así esa misma expresión sexual sobre la mujer en estado de insubordinación o en igualdad con su pareja, estaba permitido. Por lo tanto, la municipalidad de Indianápolis está en desacuerdo por razón del contenido que, a su vez, discriminaba por un punto de vista particular.

El Tribunal rechazó la posibilidad de prohibir lo sexualmente explícito al margen de los parámetros de *Miller*. De esta manera, no quiso aplicar elementos propios de una doctrina de expresiones que tiene efectos dañinos sobre la mujer y con ello prevenir la posibilidad de perpetuar su posición subordinada en la sociedad. Para el Tribunal, las doctrinas existentes de *Miller* y *Brandenburg* podrían satisfacer las demandas de las mujeres reclamantes. Por lo demás, las expresiones sexualmente explícitas que denigran o subordinan a la mujer den permitirse el igualdad de espacio a las ideas perniciosas y ofensivas del Ku Klux Klan, o las de amenazar en el abstracto de asesinar al Presidente de los Estados Unidos, así como las ideas religiosas aberrantes.<sup>176</sup>

---

<sup>176</sup> *American Booksellers Ass'n*, 771 F.2d., p. 328.

## CAPÍTULO III

### ¿UNA CATEGORÍA NUEVA?: EXPRESIONES DE ODIIO O MENOSPRECIO DE CIERTAS PERSONAS O GRUPOS EN ESPECÍFICOS

#### 3.1 Antecedentes

La controversia de *Brandenburg* fue histórica en tanto convierte en realidad una doctrina que protege el discurso que distingue entre “abogar” e “incitar”, acercándose a las posiciones enunciadas décadas antes por el binomio Holmes-Brandeis. Con ello, se alejan del desacreditado “test” sobre la “mala tendencia” de las expresiones. Además, establece una doctrina renovada dentro de un trasfondo fáctico con un escenario de guerra internacional y de un discurso político dirigido a fomentar el derrocamiento del gobierno por la fuerza. El conflicto principal apunta a uno de índole racial-religioso (contra afroamericanos y judíos) y de naturaleza doméstica. Las expresiones utilizadas tenían un carácter simbólico (quema de una cruz) y de contenido violento mientras que en *Schenck* y su progenie surgen tras expresiones “puras” a través de documentos o de forma verbal hechas en reuniones. En ambas instancias, quedaba reiterado que una ley podría limitar y prohibir la libertad de expresión *lejos del carácter absolutista* que sugiere el texto de la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos.

¿Fomentaba o, de forma inarticulada, creaba el TSEU una categorización nueva dirigida a resolver controversias relacionadas con expresiones que hoy conocemos como “expresiones de odio”? Es decir, ¿se sentaban las bases para crear una categoría separada de las “palabras con riñas”, la “incitación a cometer una acción ilegal inminente” o la doctrina sobre “amenazas”? Al menos en la doctrina sobre “palabras con riñas”, ¿no estaba implícita la preocupación del Estado de evitar el daño emocional que su uso podía causar hacia la audiencia a quien estaba dirigida la expresión?<sup>177</sup> Como hemos analizado, *Brandenburg* no estaba dirigido a estos fines. Las “expresiones de odio” (“hate speech”) han sido definidas como “expresiones odiosas o con perspectivas discriminatorias hacia ciertos grupos que históricamente han sufrido discriminación (como los afroamericanos, judíos, mujeres o miembros de la comunidad LGBTI) o por ciertos rasgos personales que han sido motivo de discrimen (como la raza, religión, género, orientación sexual, enfermedades y minusvalía)”.<sup>178</sup> Obsérvese que esta definición dirige la atención hacia las personas o grupos afectados por la locución empleada y

---

<sup>177</sup> De hecho, esto se afirma en *Chaplinsky*, 315 U.S. 568, 572 (1942) (“[L]as palabras con riñas [...] incluyen [...] aquellas cuya mera manifestación causan daño.”)

<sup>178</sup> Strossen, N., *Hate: Why We Should Resist It with Work Free Speech, Not Censorship*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. xxiii.

mueve a un segundo plano el contenido específico de la expresión utilizada. Como se analiza más adelante y de forma extensa, el discurso odioso está reglamentado e incluso prohibido en acuerdos internacionales suscritos por la mayoría de la comunidad internacional, con excepción de Estados Unidos que ha expresado reservas a ello.

El TSEU se acercó a una resolución constitucional de esta controversia a través de la creación de una categoría nueva a finales de la década de 1970. En otras palabras, casi una década después de *Brandenburg*. Un grupo racista y neonazi intenta llevar su mensaje contra un poblado judío marchando directamente en la calle central donde residían un gran número de sobrevivientes directos del holocausto nazi. A tenor con el historial del grupo, y atendiendo una petición de unos residentes del sector, las autoridades gubernamentales del poblado de Skokie en el estado de Illinois aprobaron unas ordenanzas reglamentando específicamente manifestaciones cuyo mensaje fuera promovido por grupos neonazis y promotores de la supremacía de la raza blanca anglosajona. Ese poblado se caracterizaba por tener habitantes sobrevivientes o descendientes del Holocausto. En breve síntesis, las ordenanzas prohibían distribuir materiales impresos de diversos tipos, si estos intencionalmente estaban dirigidos a promover o incitar el odio hacia

personas por razón de su raza, origen nacional o religión. Además, prohibía manifestarse o reunirse con el propósito de representar como criminal o incitar la violencia, odio, abuso u hostilidad hacia personas por razón de raza, etnia y afiliación nacional o regional. Otra disposición pertinente prohibía manifestarse usando un uniforme militar que persiguiera estos propósitos. Las ordenanzas generaron litigio en los tribunales estatales así como en la jurisdicción federal.<sup>179</sup> En esta última, eventualmente, todas las ordenanzas fueron declaradas inconstitucionales por considerarse que eran discriminatorias por razón de contenido político específico y por adolecer de vaguedad y amplitud excesiva. Además, se determinó que no superaban la doctrina de *Branderburg* que protege abogar por estas ideas excepto cuando se conviertan en incitación a una acción ilegal inminente. A su vez, limitaron la doctrina de “palabras con riñas” a situaciones donde los agraviados por las expresiones estaban en un estado de “audiencia cautiva”.<sup>180</sup> El TSEU rehusó revisar estas decisiones.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> Véase, por ejemplo, *Skokie v. National Socialist Party of Am*, 69 Ill.2d. 605, 373 N.E. 2d. 21 (1978). En la jurisdicción federal, véase, *Collin v. Smith* 447 F Supp. 676, 686-87 (N.D. Ill. 1978).

<sup>180</sup> El Tribunal también cita las decisiones del TSEU en *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952) (sobre “libelo contra grupos”) y *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971) (sobre el uso de símbolos ofensivos o desagradables pueden estar protegido por las doctrina de expresión simbólica).

<sup>181</sup> *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977); *Smith v. Collins*, 436 U.S. 953 (1978).

Permitir este tipo de manifestaciones públicas generó un debate abierto en la comunidad jurídica norteamericana donde, por primera vez, era central un tema de libertad de expresión relacionado con las llamadas “expresiones odiosas” o “hate speech”. En 1982, el profesor Richard Delgado publicaba un importante trabajo fundamentado en la necesidad de reconocer una causa de acción en el “common law” en daños (“tort action”) por el uso de ciertas expresiones de índole racial que, para todos los efectos, causaban daño emocional<sup>182</sup>. El concepto utilizado en inglés para caracterizar estas expresiones se denominó, “*words that wound*”. Se trata de ciertas expresiones cuya naturaleza, de por sí, debían constituir ante la ley, “un abuso verbal” que no debía permitirse en el “mercado de ideas” por su efecto distorsionado y la estigmatización racial que causaban. Para Delgado, estas palabras racistas causaban un impacto y grave daño psicológico tanto en receptores como en las propias personas que proferían las palabras. Por su contenido racial, el daño principal lo sufrían las minorías raciales. Su repetición continua, sin ser reprimidas por el Estado, podía tener el efecto de que las minorías raciales denigradas llegasen a creérselas al punto que terminarían “odiándose a sí mismas”.<sup>183</sup> Estas

---

<sup>182</sup> Delgado, R., *Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harv. C. R.-C.L.L. Rev. 133 (1982).

<sup>183</sup> Delgado, R., *Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, p.137.

expresiones odiosas constituían una afrenta psicológica que podía tener consecuencias en la salud física y psicosomática de las personas, siendo más dramático aun el daño sobre los menores de edad. De igual forma, estas podrían afectar la forma de criar sus hijos. Peor aún, argumentaba que dichas expresiones afectaban la relación con los demás miembros de la comunidad pues señalaba a estas personas como entes morales inferiores, desiguales, rompiendo así con el principio de que todos los seres humanos fueron creados en igualdad. Con ello, se fomentaba el aislamiento, se evitaba su movilidad social y sus oportunidades de trabajo. Las personas que hacían uso de estas expresiones raciales derogatorias también se hacían daño a sí mismas al reforzar su visión rígida de la sociedad pudiendo desarrollar una mentalidad paranoica. En síntesis, estas expresiones se convertían en un arma dirigida que causaban un daño triple: contra el propio usuario, la audiencia hacia las que se dirigían y la sociedad en general.<sup>184</sup>

El trabajo del profesor Delgado fue criticado en la misma revista jurídica liberal y progresista donde fue publicado. Una abogada del American Civil Liberties Union, Marjorie Helms, escribió una respuesta explicando su gran frustración con lo articulado

---

<sup>184</sup> Delgado, R., *Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, p.180.

por el profesor Delgado.<sup>185</sup> A su juicio, hacía un llamado peligroso desde el frente liberal progresista a la represión por el solo uso de ciertas expresiones sin tomar en consideración la existencia de contextos de inminencia o intimidación que deberían acompañar estas expresiones para poder ser reprimidas. Argumentaba que, precisamente, la libertad de expresión se ejercía para causar un impacto cognoscitivo y emotivo en el receptor de las expresiones, razón por la cual el TSEU había decidido que solo las expresiones que “causaban riñas”, dirigidas directamente a otras personas o que fueran a causar una acción ilegal inminente, podrían ser reprimidas. Hacía un llamado a promover la igualdad, justicia, civilidad o la virtud pero fuera del ámbito de la represión de la libertad de expresión.<sup>186</sup> El debate sobre este asunto se intensificó durante la década de 1980.<sup>187</sup>

### **3.2 Aproximaciones contemporáneas al tema ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos**

En 1991, varias décadas después de *Branderburg* y los pleitos relativos al poblado de Skokie, Minnesota en el caso *R.A.V. v. City of*

---

<sup>185</sup> Helms, M., *Banning Words: A Comment on “Words that Wound”*, 18 Harv. C. R.-C.L. Rev. 585 (1983).

<sup>186</sup> El profesor Delgado ratificó su tesis mediante una respuesta dura que intensificó el debate. Véase, Delgado, R., “*Profesor Delgado Replies*”, 18 Harv. C. R.-C.L.L. Rev. 593 (1983).

<sup>187</sup> Matsuda, J., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story*, 87 Mich. L.R. 2320 (1989).

*St. Paul*,<sup>188</sup> al Tribunal se presentó abiertamente la oportunidad de crear esta categoría nueva en el derecho constitucional norteamericano. No obstante, el Tribunal tenía una composición de jueces y juezas muy distinta a aquella de la década anterior. En esta ocasión lo dominan jueces más conservadores bajo el liderazgo intelectual del juez Antonin Scalia.<sup>189</sup> Las expresiones del Ku Klux Klan regresaban al TSEU tras la protección articulada en 1969 en *Brandenburg*. Según se describe en la opinión del Tribunal, el acusado y un grupo de adolescentes se reunieron alrededor de una cruz que ellos habían construido artesanalmente utilizando partes de unas sillas en madera rotas. Se alega que, al atardecer, penetraron a un patio privado demarcado con verjas y habitado por una familia afroamericana. La propiedad estaba ubicada al cruzar la calle del lugar donde pernoctaba el acusado. Por esta acción, fue acusado por una ley del estado de Minnesota, que establecía lo siguiente:

Quien coloque en una propiedad pública o privada un símbolo, objeto, apele o caracterice mediante grafiti, una cruz ardiendo o la esvástica nazi, a sabiendas o que tenga fundamentos razonables para saber que ello despierta enfado, alarma o resentimiento en otros sobre las bases de raza, color, credo, religión o género,

---

<sup>188</sup> *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

<sup>189</sup> El reconocido magistrado conservador del TSEU designado en 1986 por el Presidente Ronald Reagan y quien falleció en 2016.

cometerá conducta desordenada y será culpable de delito menos grave.<sup>190</sup>

La opinión no elabora sobre los hechos particulares de la controversia. Tampoco lo hacen los jueces y juezas disidentes. La razón para ello podría ser que el Tribunal decretará que este estatuto era inconstitucional de su faz, es decir, con independencia de los hechos. Como cuestión procesal, la controversia llega al TSEU sin que se hubiese celebrado juicio alguno en los tribunales inferiores, ya que la acusación nunca pudo sobrevivir una moción de desestimación interpelada por el Estado antes de iniciarse el proceso oral. Para nuestro propósito, sin embargo, deben resaltarse algunos hechos obtenidos en el expediente del Tribunal provenientes de los alegatos de las partes.<sup>191</sup>

En particular, el acusado conocía que en esta residencia vivía una familia afroamericana, aunque existían razones para pensar que quemaron las cruces molestos por los ruidos que causaban a la vecindad ciertas prácticas de tiros con armas que solía hacer la familia afectada. Las denuncias señalan que el denunciante oyó voces y al asomarse a su ventana vio como cruces con flamas enormes se desprendían del patio de su casa.

---

<sup>190</sup>*R.A.V.*, 505 U.S. 377, 380 (1992) (traducción del autor).

<sup>191</sup> Alegatos de las partes peticionaria y recurrida el ante TSEU. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 1991 WL 530765 (U.S.); 1991 WL 530764 (U.S.).

En sus alegatos, ambas partes argumentaron la deseabilidad de crear una categoría nueva que diera paso a una categorización o doctrina especial para atender conflictos relacionados con las “expresiones odiosas”. Es decir, en *R.A.V. v. City of St. Paul*, el TSEU decidió la controversia, a sabiendas de que la municipalidad de St. Paul abogaba por reconocer y aplicar una doctrina especial o categoría nueva para resolver controversias sobre “expresiones de odio” y delitos afines. Esta categoría nueva propuesta se uniría a las ya aceptadas doctrinas especiales sobre “expresiones que incitan a la violencia”, “palabras con riñas”, “amenazas verdaderas” y otras como difamación y obscenidad.

Como hemos señalado, la expresión a través de la quema de una cruz por motivaciones raciales por parte de miembros del KKK, resultaba central a la controversia en cuestión. Esta forma de expresión, ha sido conocida en el derecho constitucional norteamericano como una “conducta expresiva” o “expresión simbólica”.<sup>192</sup> Distinto a los hechos en *Brandenburg*, los hechos en este caso ocurren en el patio privado residencial de familia afroamericana y no a través de un medio televisivo. Asimismo, la

---

<sup>192</sup> En el derecho constitucional norteamericano, se trata de conducta que debe considerarse como “expresión” o “conducta expresiva”. Como tal, estas ameritan algún grado de protección bajo al Enmienda Primera. Véase, Nowak, J. & Rotunda, R., *Principle of Constitutional Law*, Thompson West, 2007, pp. 727-729.

quema de la cruz no estuvo acompañada por frases o expresiones verbales; estamos ante una actuación silente. Los actos imputados además se podían castigar por otros delitos tipificados en las leyes penales del estado de Minnesota, a saber las amenazas terroristas, incendio agravado o daño a la propiedad.<sup>193</sup>

En su análisis, el TSEU acepta la interpretación sobre el delito imputado que había emitido el tribunal estatal del estado que a su vez determinó que solo le podría acusar por dicho delito si la denuncia alegaba el uso de expresiones en el contexto de “palabras con riñas”. Rechazó examinar si el estatuto adolecía de vaguedad y amplitud excesiva por entender que, aun si este no fuera su vicio constitucional, la ley de su faz era inconstitucional por crear un discrimen por razón de contenido específico. De otro modo, solo prohibía la quema de una cruz en el contexto de una conducta expresiva dirigida a, o fundamentada en intimidar, por razones particulares de raza, color, credo, religión o género y de ninguna otra. De esta forma, la ley permitía la conducta expresiva quemando cruces por medio de “palabras con riñas” si, por ejemplo, la hostilidad estuviera dirigida o motivada por razones políticas, sindicales o por preferencias sexuales. El TSEU resuelve que la ley no solo discrimina contra unas ideas o

---

<sup>193</sup> *R.A.V.*, 505 U.S. 377, 381 en nota al calce 1 (1992).

asuntos específicos sino que al mismo tiempo reprime solo ciertos “puntos de vista” o perspectivas de un asunto (“viewpoint”). Esto, en tanto que la ley permitía quemar una cruz simplemente para alabar o favorecer una perspectiva por razón de sexo, raza, credo u orientación sexual, entre otros. Añadió el Tribunal que el discrimen por contenido específico tiene que presumirse como inválido a menos que forme parte de aquellas áreas que se han descrito como pertenecientes a las expresiones denominadas de “escaso valor social” sujetos a represión por razones de orden y moralidad. Al explicar su decisión, así lo afirmaba el TSEU por voz del Juez Scalia:

[C]ualquier beneficio derivado al reprimirlas por razones de orden y moralidad no sobrepasa el interés de encontrar la verdad [al permitir las].<sup>194</sup>

Por ser catalogado como un discrimen por contenido, aplica el examen judicial o escrutinio más estricto. Reconoce que el Estado ostenta un interés apremiante en proteger los derechos humanos de los grupos que han sido históricamente discriminados pero determina que el discrimen de su faz no es necesario para lograr esta finalidad. Ofrece como ejemplo que una ley podría prohibir toda quema cruces que busque intimidar, sin necesidad de discriminar por razón de

---

<sup>194</sup> *R.A.V.*, 505 U.S. 377, 382-83 (1992) (citando a *Chaplinsky*, 315 U.S. 568, 572 (1942)) (traducción del autor).

hostilidad a ciertos grupos. Este supuesto podría ser válido, no así prohibir la quema contra todas las personas o grupos. Por no ser este el supuesto, el TSEU revocó la decisión y devolvió el caso al tribunal de primera instancia.

En concreto, el TSEU rehúsa crear una categorización nueva, según sugerido por el acusado en su alegato anclado en las sugerencias como las del profesor Richard Delgado. De hecho, la opinión mayoritaria en su análisis nunca incorpora ni hace referencia al concepto “hate speech” que había sido el eje central en los alegatos de las partes ante el Tribunal. De esta manera, se invisibilizaba la discusión del crucial y públicamente debatido asunto. Por el contrario, sin hacer referencia expresa a esta posible categoría nueva rechaza de plano su fundamento. Afirma que penalizar una expresión por el solo hecho de ser racista o antirreligiosa, crearía una categoría de protección privilegiada dejando fuera otras expresiones que también causan dolor, como podrían ser las denigrantes por apariencia física.

Trece años más tarde en el 2003, en *Virginia v. Black*,<sup>195</sup> el Tribunal permitió al estado de Virginia que tipificara como delito toda forma de quema de una cruz en una propiedad privada o pública cuando esta acción fuera hecha con intención de intimidar un grupo o

---

<sup>195</sup> *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

personas. El Tribunal reconoció y aceptó que la razón fundamental para esta prohibición estaba anclada en el significado oprobioso y denigrante de la quema de cruces representa en la historia del discrimin racial en los Estados Unidos. No obstante, contrario al estatuto declarado inconstitucional en *R.A.V.*, en este estatuto, de su texto no se desprendía discrimin por contenido o mensaje ni punto de vista específico alguno. Es decir, la ley prohibía toda quema cruces que tuviese la intención de discriminar contra cualquier grupo o persona con independencia de la naturaleza o particularidades de estos. La ley parecería calcar las sugerencias que el propio TSEU explicó en *R.A.V.* Aunque la ley prohíbe toda quema cruces con el propósito de intimidar, y no la quema de otros objetos o formas de intimidación parecidas, la libertad de expresión no impide que se prohíba llevar un mensaje de esta forma sin que ello se asemeje a un discrimin por un contenido verbal inconstitucional. Sin crear una categoría nueva (de forma implícita resistiéndose a ello) recuerda que dentro de las categorías que ya se han creado (por ejemplo, las palabras con riñas o empleadas de forma intimidatoria) pueden establecerse normas distintas para ciertas subcategorías dentro de estas. Así, por ejemplo, puede existir dentro del delito de amenazas, una disposición *particular* con relación a las amenazas dirigidas únicamente al Presidente de los Estados Unidos. De igual forma,

dentro de la doctrina de palabras con riñas, amenazas o usadas para intimidar, el estado puede seleccionar diversas modalidades de intimidación (como quemar cruces y no otras). Aclara lo siguiente de la decisión en *R.A.V.*:

No decidimos en *R.A.V.* que la Enmienda Primera prohíbe toda forma de discrimen por contenido dentro de una misma área de la libertad de expresión. En su lugar, específicamente afirmamos que algunos tipos de discrimen por contenido no violaban la libertad de expresión.<sup>196</sup>

Antes de crear una categoría nueva, el TSEU prefería utilizar algunas de las categorías o discrimen por contenido existentes. En su defecto, si estas leyes no pueden encuadrarse con dichas categorías especiales, se presumirán inconstitucionales por establecer discrímenes basados por razón de su contenido o punto de vista.

La resistencia del TSEU en reconocer y visibilizar la categorización de “expresiones de odio” en parte obedece a una resistencia en general a crear doctrinas nuevas que permitan discrímenes por contenido, es decir, para evitar que su contenido llegue al oyente. Son expresiones que al menos en *R.A.V.* y *Virginia*, el Tribunal ha decidido que merecen menos protección. Se debe reconocer que en el derecho constitucional norteamericano su

---

<sup>196</sup> *Black*, 538 U.S. 343, 363 (2003).

creación suscita retos interesantes. ¿Cuáles criterios utiliza el Tribunal para identificar estas categorías de menor valor social? ¿No es una forma judicial de censura seguir creando una lista de temas y contenidos que impliquen que el Estado selecciona unas ideas sobre otras? Armonizar esta metodología de “categorización” con la doctrina que establece la presunción de inconstitucionalidad de toda ley que discrimine por contenidos específicos, constituye un reto incluso para el desarrollo de una metodología sistemática de adjudicación en controversias sobre libertad de expresión.

No es de extrañar entonces, que en el año 2010, en *United States v. Stevens*,<sup>197</sup> el Tribunal se vio obligado a aclarar lo afirmado en *R.A.V.*, esta vez en una opinión escrita por el Juez Presidente John Roberts con el voto a favor del Juez Scalia y siete otros jueces y juezas. Ante la consideración del TSEU estaba una ley federal que protegía el maltrato hacia los animales e incluía una disposición criminalizando la creación, venta y posesión interestatal con fines de lucro de ciertas representaciones gráficas de actos dañinos contra los animales, exceptuando la representación de estos que tenga algún valor serio artístico, religioso, político, científico, educacional y otros de similar naturaleza. El Estado argumentó que el Tribunal debería

---

<sup>197</sup> *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010).

permitir al Congreso, conforme su interpretación de *R.A.V.*, el discrimen por contenido de expresiones de escaso valor social como las aquí impugnadas. Estas excepciones o categorías dependían para su creación del balance que debe hacerse entre el valor de ese contenido que se quiere reprimir frente al costo que ello tiene para la sociedad. A su vez, este “balance” era una consecuencia lógica de crear estas “categorías” bajo el fundamento de que eran de escaso “valor social” para el mercado de ideas.

El Tribunal rechazó con vehemencia esta pretensión de facilitar en su día el reconocimiento de una categorización aplicable a las “expresiones de odio”. Al reiterar su resistencia a crear una categoría nueva por su valor social disminuido como sería “expresiones con fines comerciales que representen el maltrato hacia los animales”, aclara lo afirmado en *R.A.V.* Afirma que las llamadas categorías y doctrinas especiales no reflejan un juicio del Tribunal abriendo las puertas para seleccionar ciertos contenidos sobre otros mediante el balance del valor social de una expresión sobre otra. En el pasado, incluyendo en *R.A.V.*, Tribunal solo había decidido *describir* ciertas categorías que históricamente han recibido menor protección. En esas decisiones afirman que estas tienen escaso valor social al compararse con los beneficios sociales que aportan su discusión. No obstante, el TSEU enfatiza que:

[Estas] descripciones son solo eso, descriptivas. No formulan una nueva doctrina que en su aplicación general permiten al Gobierno aprisionar al que se expresa si considera que su expresión es de escaso valor o innecesaria o que permita un cálculo ad hoc para determinar si los costos/beneficios de la expresión se inclinan a favorecer la [constitucionalidad] de una ley.<sup>198</sup>

De forma aún más directa concluyó con la siguiente afirmación:

*Nuestras decisiones [anteriores] no pueden interpretarse como una autorización libre para crear nuevas categorías de expresiones fuera del ámbito de la Enmienda Primera. Quizás quedan algunas categorías de expresión que por razones históricas debemos dejar sin proteger, pero estas aún no han sido identificadas o discutidas en nuestra jurisprudencia. Pero, por si acaso, no hay prueba de que la representación de crueldad de animales sea una de ellas. No es necesario cerrarnos al reconocimiento futuro de categorías adicionales pero un test (examen judicial) altamente manipulable de “balance de intereses” (“balancing test”) no será el que utilizaremos para identificarlas.<sup>199</sup>*

En consecuencia, el discrimen por contenido en el contexto de prohibir estas representaciones gráficas de crueldad hacia los animales, debía ser analizado bajo un examen judicial estricto y no un

---

<sup>198</sup> *Stevens*, 559 U.S. 460, 471 (2010) (traducción del autor).

<sup>199</sup> *Stevens*, 559 U.S. 460, 472 (2010) (traducción del autor).

mero balance de intereses. En este caso, el Tribunal analiza y determina que el discrimen por contenido no superaba dicho escrutinio judicial, declarando así inconstitucional parte de la ley.

En marzo de 2011, el Tribunal se enfrentó a una controversia relacionada a una manifestación pública de un grupo que alegaba que ciertas expresiones proferidas habían causado serios daños emocionales a una de las personas que las había escuchado. Las expresiones de los demandados no estaban dirigidas a personas específicas en particular. En decisión 8-1, un Tribunal casi unánime protegió las expresiones impugnadas. Así lo hizo sin discutir explícitamente la categoría o término “expresiones odiosas” a pesar de haber sido una controversia idónea para hacerlo. Se trata de la decisión en *Snyder v. Phelps*.<sup>200</sup> Se interpela una demanda civil en la jurisdicción federal fundamentada en cinco causas de acción por daños “torticosos” (“tort actions”; acciones exigiendo responsabilidad extracontractual) incluyendo una por causar angustia emocional de forma intencional (“intentional intention of emotional distress”). Los protagonistas eran un grupo religioso, fundado en 1955 y denominado “Iglesia Bautista de Westboro”, que había decidido protestar través de toda la nación norteamericana en forma de piquetes contra el

---

<sup>200</sup> *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

gobierno. La razón que los motivaba era llevar el mensaje de que Dios castigaba esa nación cada vez que un soldado norteamericano moría en una actividad bélica. Una de las razones para ese castigo era la intolerancia divina hacia la homosexualidad, particularmente en la milicia. Este mensaje lo llevaba en sus piquetes con pancartas que exhibían frases como: “*Gracias Dios por los soldados muertos*”, “*Dios odia a los maricones*”, “*Dios te odia*”, “*Dios odia USA/Gracias Dios por 9/11*” “*El Papa al infierno*” y “*Los sacerdotes violan a los niños*”.<sup>201</sup> Los manifestantes realizaron sus piquetes en tres calles públicas cerca de dos edificios gubernamentales vinculados a la fuerzas militares o ayuntamientos y de una funeraria donde al momento del piquete se celebraban las honras fúnebres de un militar caído en combate. Todas las actividades fueron avisadas de antemano a la policía, se ubicaron cerca de los edificios públicos y se siguió toda directriz o control solicitado por la policía. En el caso del piquete de la funeraria, la manifestación ocurrió a unos 1000 pies del local y, en un momento dado, la procesión fúnebre pasó a unos 200-300 pies de su localización. Los manifestantes comenzaron su actividad 30 minutos antes de las ceremonias, cantaban himnos religiosos y recitaban frases bíblicas. No hubo gritos o “malas palabras”

---

<sup>201</sup> *Snyder*, 562 U.S. 443, 448 (2011) (traducción del autor).

(“profanity”) así como tampoco hubo incidente violento alguno vinculado al evento. El demandante pudo ver los piquetes, aunque no pudo leer su contenido. Se enteró de ello al ver las noticias por televisión esa misma noche. En el juicio, presentó prueba sobre los daños sufridos a través de su propio testimonio y prueba pericial de las angustias mentales causadas y como estas exacerbaron sus condiciones médicas preexistentes. Eventualmente, el juez y el jurado fallaron a su favor y le concedieron cerca de \$5,000,000.00 en daños que debían pagar los demandados, que incluía a la Iglesia y al principal funcionario de la misma. Una corte apelativa federal revoca la decisión por entender que las expresiones estaban protegidas por la libertad de expresión, por tratarse de asuntos de interés o preocupación pública que no podían ser probadas como falsas y por constituir una hipérbole retórica.

El TSEU, a través de una opinión del Juez Presidente John Roberts, confirma la determinación del tribunal apelativo y con ello revoca la decisión del tribunal de primera instancia. En una decisión que el propio Tribunal cataloga como ceñida a los hechos particulares del caso, decide aplicar una doctrina establecida para resolver controversias relacionadas el castigo potencial por parte del Estado-patrono en relación a expresiones o críticas hechas por un funcionario público sobre asuntos vinculados a su empleo. Esta doctrina se conoce

en el derecho constitucional norteamericano como “libertad de expresión de los empleados públicos”.<sup>202</sup> Curiosamente, esta doctrina no había sido argumentado con vehemencia por las partes en sus alegatos ante el Tribunal, aunque sí discutida por el tribunal apelativo federal. De hecho, al igual que en *R.V.A.*, los alegatos de las partes giraban en torno a la conveniencia de crear una nueva categoría excepcional de protección disminuida por ser “expresiones odiosas”. El Tribunal encontró una salida novel e inesperada en tanto los reclamantes no eran empleados públicos. A mi juicio, con ello evitaba una vez más discutir de forma expresa y visible las doctrinas noveles sobre las “expresiones de odio”.

La doctrina sobre la libertad de expresión de los empleados públicos y su posibilidad de reprimirlas, establece que lo esencial es determinar si, como cuestión de derecho, eran expresiones que estaban vinculadas de alguna forma a una preocupación pública, social o comunitaria o de interés noticioso legítimo entendido como de valor al público general. Bajo la doctrina, no están protegidas las expresiones que fueran de mera preocupación privada del empleado.

---

<sup>202</sup> Véase, *Pickering v. Board of Education*, 381 U.S. 653 (1968); Farber, D., *The First Amendment*, pp.193-199.

Para decidir, había que analizar el “contenido, forma y contexto” de las expresiones según el conjunto de hechos de cada controversia.<sup>203</sup>

Usando esta doctrina, y sin ser los manifestantes empleados públicos, el Tribunal concluye que las expresiones de los manifestantes eran depreciables pero que manifestaban una preocupación pública, vociferadas en una propiedad pública, que buscaban ser escuchados por la audiencia más amplia y no solo los asistentes al funeral, quiénes nunca fueron una audiencia cautiva en cuanto no vieron interrumpida ni alterada su actividad como grupo. No fueron expresiones que puedan catalogarse como “palabras con riñas” pues no fueron dirigidas a una persona particular ni en circunstancias que permitan activar esta categoría.<sup>204</sup> La forma hiriente en que se expresaron causó angustia en el demandante y en muchos de los asistentes pero este contenido, analizado en su forma y contexto, eran expresiones protegidas bajo la Enmienda Primera. El mensaje y punto de vista proferidos causaron efectos directos pero sin interferencia material con el funeral. Afirma que las manifestaciones no eran escuchadas ni vistas desde la funeraria ya que los afectados se enteraron de lo sucedido luego de los hechos. El desasosiego causado o la contumacia demostrada y que provocaron estas expresiones no

---

<sup>203</sup> *Snyder*, 562 U.S. 443, 451 en la nota al calce 3 (2011).

<sup>204</sup> *Snyder*, 562 U.S. 443, 459 (2011).

constituyen razones válidas para reprimirlas pues justamente lo ofensivo, desagradable o lo indignante (“outrageous”) tiene protección constitucional. Para el Tribunal, si una expresión es “indignante” no puede dejarse al arbitrio de juez o un jurado por ser este un concepto muy maleable. Esta determinación representa una “inherentemente subjetiva [...] que está fundamentada en los gustos o perspectivas o disgustos [personales] por ciertas expresiones”.<sup>205</sup> En el debate público, debe tolerarse el insulto y aun lo indignante para así crear un “espacio adecuado de respiro” a las libertades protegidas por la Enmienda Primera.<sup>206</sup>

El TSEU concluye con una opinión compartida por ocho de los nueve jueces que componen el foro con una afirmación que antes hemos citado y repetimos:

Hablar es poderoso. Puede mover a las personas a actuar, llorar de alegría o pena o como aquí, causar gran dolor. Ante los hechos de este caso, no podemos reaccionar al dolor castigando a quiénes hablan. Como Nación, hemos escogido otro curso de acción: proteger aun el discurso más hiriente sobre temas públicos para asegurarnos que no paralicemos el debate público. El camino que hemos escogido requiere que escudemos a [los demandados] de

---

<sup>205</sup> *Snyder*, 562 U.S. 443, 458 (2011).

<sup>206</sup> *Snyder*, 562 U.S. 443, 458 (2011).

cualquier responsabilidad por sus piquetes en este caso.<sup>207</sup>

En el único voto disidente, el Juez Samuel Alito, curiosamente uno de los jueces más conservadores de la plantilla del entonces y actual del Tribunal, expresa que las expresiones fueron utilizadas como “armas” para agredir verbalmente al demandante. A su juicio, al tratarse de un funeral, el acercamiento del Tribunal debió ser distinto. Este evento particular debió contextualizar las expresiones de preocupación pública utilizadas, hacer impertinente si estaban dirigidas por alguna consideración de pugna personal entre las partes o si fueron hechas en una propiedad o sitio público.<sup>208</sup>

En junio del 2011, en *Brown v. Entertainment*, el Tribunal volvió atender el tema de la creación de una categoría nueva de represión por el impacto comunicativo de ciertas expresiones. En esa ocasión se trataba de expresiones gráficas y violentas contenidas en videojuegos accesibles o dirigidas a menores de edad. Es decir, la creación de una categoría nueva para resolver controversias sobre expresiones dirigidas hacia los menores por medio de métodos tecnológicos de comunicación visuales. En esta ocasión, la mayoría del Tribunal rechazó tal pretensión tanto en lo sustantivo como en la

---

<sup>207</sup> *Snyder*, 562 U.S. 443, 460-61 (2011) (traducción del autor).

<sup>208</sup> *Snyder*, 562 U.S. 443, 463(2011) (J. S. Alito, opinión disidente).

metodología sugerida. Citando la decisión ya analizada de *Stevens*, el Tribunal reitera esa determinación y rechaza la postura del Estado, que buscaba equiparar la resolución de estas controversias con lo decidido, por ejemplo, con las expresiones obscenas. A su vez, reitera que la creación de categorías noveles de represión por el contenido de una expresión, si alguna fuera identificada, requeriría que el Estado cumpla varios requisitos, incluyendo que la expresión había estado largamente proscrita en la tradición norteamericana. Esta vez, curiosamente, resta importancia a que estas fueran o no de escaso valor social.<sup>209</sup> El Tribunal además menciona que sería indispensable demostrar la relación causal directa entre el daño que se alega y la expresión que se pretende reglamentar.<sup>210</sup> Al no ser así, resuelve en contra de tal pretensión. Resulta evidente que el TSEU reclamaba la presentación de algún tipo de prueba científica social que evidencie dicha relación causa-efecto. El jurista Frederick Schauer se ha referido a esta necesidad como el “empiricismo del daño”:

Ante el TSEU, esta dimensión empírica en el proceso de adjudicación es cada vez más aparente y de reclamo generalizado. No es de extrañar por cuanto los esfuerzos de investigación más genuinos de las ciencias sociales van en esta dirección. En gran parte, en el contexto de la Enmienda Primera, esta dimensión

---

<sup>209</sup> *Brown v. Entertainment Merchants Ass’n*, 564 U.S. 786, 789 (2011).

<sup>210</sup> *Brown v. Entertainment Merchants Ass’n*, 564 U.S. 786, 799 (2011).

empírica está vinculada en gran parte al avalúo e investigación de los “daños” que pueda causar una expresión. Aunque es imposible cuantificar con precisión estos alegados daños o incluso identificar con precisión su naturaleza, se necesita algún tipo de prueba que apunte hacia su existencia.<sup>211</sup>

En el 2012, el Tribunal tampoco pudo lograr una mayoría de votos para decidir si aplicaba este razonamiento doctrinal creando una categoría nueva ante una ley que criminalizaba la representación falsa en el recibo de ciertas medallas o reconocimientos de índole militar. En *United States v. Álvarez*, la ley prohibía la representación falsa solo si se trataba de medallas o reconocimientos otorgados por el Congreso o las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos donde la penalidad era mayor si se trataba de la llamada “Medalla de Honor” que otorga el Congreso de los Estados Unidos.<sup>212</sup> El Estado argumentó sobre la necesidad de crear una categoría nueva represiva y aplicable a este tipo de mensajes que conllevan una representación legal falsa. La ley fue declarada inconstitucional por una mayoría de seis jueces. Cuatro de los jueces lo hicieron aplicando un razonamiento similar al empleado en el caso de *Brown* del 2011, es decir, rehúsan crear una categoría novel represiva. A su vez, lo hacen sin crearla y así declarar

---

<sup>211</sup> Schauer, F., *Harm(s) and the First Amendment*, 21011 Sup.Ct. Rev. 81, 107 (2011)

<sup>212</sup> *United States v. Álvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

la constitucionalidad de la ley. Dos jueces (Stephen Breyer y Elena Kagan) se unieron al dictamen, pero proponían una doctrina nueva para llegar a esta conclusión: un examen judicial menos riguroso al utilizado en las controversias sobre discrímenes por contenido. Tres jueces disintieron (Alito, Scalia y Clarence Thomas): sin crear de forma explícita una categoría nueva, concluyen que la ley es constitucional por entender que solo prohíbe una forma de expresión por su falsedad y falta de valor o mérito intrínseco. A su vez, esta falsedad intencional no debía estar permitida cuando causa un daño real y tampoco está dirigida a lograr ni tan siquiera un interés legítimo discernible.

A modo de conclusión, la metodología de categorizar ciertas expresiones persigue establecer una excepción a la doctrina general que prohíbe o hace muy difícil reprimir por contenidos o mensajes específicos. A su vez, el derecho constitucional federal de los Estados Unidos reconoce que hay ciertas expresiones excepcionales de contenidos específicos que han de mantenerse como reprimibles o que pueden reglamentarse. A pesar del texto de la Enmienda Primera, reiteramos que el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión no es absoluto. Por ejemplo, pueden reprimirse las expresiones que incitan a cometer un acto ilegal, las expresiones difamatorias o falsas, las amenazas, las expresiones comerciales, las

“palabras con riñas” o las obscenas. La justificación teórica para esta represión o, al menos, para la creación de categorías nuevas, si alguna, debe encontrarse en otro ámbito aún por definirse. Su intolerancia en la historia de los Estados Unidos podría ser una de ellas. Las expresiones de odio como categoría separada no parecen estar en esta historia. Al contrario: el Tribunal quiere mantener su espacio y protección de algunas ideas que hieren por entender que ofrecen un respiro esencial al debate público. Es decir, jueces y juezas progresistas o conservadores han encontrado consenso en ese ambivalente modelo justificativo de la libertad de expresión. Como se contextualizará con mayor precisión más adelante, en el debate continuo sobre la represión de las “expresiones de odio”, el Tribunal toma una posición. Por el contrario, sin especificar de forma expresa el concepto ya reconocido por la comunidad internacional como “expresiones de odio” o “hate speech”, el Tribunal acepta que hay ciertas expresiones que causan dolor e hieren a otras personas e incluso a la sociedad. *No obstante, concluye que este sufrimiento o daño ocasionado es menor que el que causaría a la sociedad la censura de estas.* Parece que estamos ante lo que Revenga Sánchez llama la “democracia tolerante al estilo norteamericano”.<sup>213</sup>

---

<sup>213</sup> Revenga Sánchez, M., *La libertad de expresión y discursos de odio*, Universidad de Alcalá, Universidad de Alcalá, 2015, pp. 19-24.

### 3.2.1. El debate

Como hemos señalado, el Bill of Rights de la Constitución de los Estados Unidos aparece dos años después de aprobarse el documento original en 1789. Siendo la constitución una republicana no era necesaria incluir garantías fundamentales para protegerse del mismo pueblo pues la estructura misma de la nueva forma de gobernanza lo hacía innecesario. Ya para 1791 esta visión había cambiado y aparece la concepción negativa que hace imperioso limitar el poder del Congreso. Aflora la desconfianza: solo cada persona humana es el guardia de su propio pensamiento en la búsqueda de la verdad sin la intervención o imposición del gobierno. No obstante, como bien señala Helena Rosenblatt, el “pensamiento liberal” sobre el cual se cimentaba esta concepción, no era necesariamente egoísta o individualista carente de responsabilidad y deberes hacia la sociedad.<sup>214</sup> Para la nueva nación, era urgente todo el rechazo a la imposición estatal o monárquica o del pensamiento único. Rosenblatt sostiene que los forjadores europeos del liberalismo del siglo 19 reclamaban los derechos como “individuales” pero solo en

---

<sup>214</sup> Rosenblatt, H. *The Lost History of Liberalism*, p. 267.

función de su individualidad y no de un “individualismo” carente de deberes, valores sociales, responsabilidad social o algún grado de civilidad. La “americanización” del liberalismo unido a los efectos de las guerras mundiales del siglo 20 son responsables de la concepción predominante del significado del pensamiento liberal prevaeciente en nuestros tiempos. Ahí puede radicar la aparente antinomia y ambivalencias norteamericanas cuando los operadores del derecho tratan de dar una respuesta para solucionar problemas vinculados a las expresiones de odio. Rosenblatt afirma lo siguiente:

Los primeros “liberales” [...] evadían la expresión “individualismo” por sus connotaciones negativas. *Constant* y muchos otros después de él, endosaban la expresión “individualidad”, otros hablaban de “personalidad” [*personhood*] o carácter. Eran palabras que sugerían la habilidad y necesidad de que los individuos cultivaran al máximo su moral e intelecto para así entender su interconectividad con otros y su deber cívico.<sup>215</sup>

Como filosofía judicial, el pensamiento liberal (jueces Holmes, Douglas) postula la defensa más férrea del ejercicio de la libertad de expresión con la más mínima intervención del gobierno. Sus detractores, desde la óptica llamada “conservadora”, inclinaban la balanza hacia el reconocimiento de los intereses estatales como la

---

<sup>215</sup> Rosenblatt, H. *The Lost History of Liberalism*, p. 267 (traducción del autor).

seguridad, civilidad o moralidad para justificar la intervención en el ejercicio de esa libertad. No obstante, cuando se trata de conflictos sobre expresiones que pueden catalogarse como odiosas, la más reciente jurisprudencia discutida, demuestra un Tribunal casi unánime en su enfoque.

A pesar de este aparente consenso, en los Estados Unidos, los defensores de la represión de las ideas odiosas, continúan promulgando la necesidad de que el Tribunal cree una categoría nueva que permita limitar la divulgación de este tipo de pensamiento. Sus argumentos pueden resumirse de la siguiente forma:

1. A pesar de la doctrina tradicional que impide discriminar por contenido y/o puntos de vista por considerarse una modalidad de censura previa, lo cierto es que el Tribunal ha permitido la creación de ciertas categorías de expresión para dar paso a doctrinas o escrutinios judiciales especiales que trascienden el mero balance de intereses (“balancing test”), incluyendo el escrutinio judicial estricto. Así lo ha establecido el Tribunal al reconocer que hay ciertas expresiones que causan daño a otras personas o a la sociedad en general. Entre ellas se encuentra las expresiones comerciales (anuncios engañosos o ilegales), las expresiones que incitan a cometer una acción ilegal, las expresiones con riñas, las expresiones que constituyen amenazas verdaderas, las expresiones obscenas y la

difamación. El Tribunal ha determinado que estas expresiones pueden ser usadas como “armas”. Son excepciones a la doctrina tradicional que impide reprimir expresiones solo por el impacto comunicativo que puedan tener. Parafraseando al Juez Holmes: toda expresión es una incitación al pensamiento.<sup>216</sup> Sin embargo, algunas incitaciones expresivas pueden prohibirse o reglamentarse sin que se active un examen judicial riguroso.

2. Las expresiones usadas como armas son particularmente dañinas cuando están dirigidas hacia personas o grupos desventajados o pertenecientes a ciertas minorías particularmente vulnerables. La dignidad de estas personas o grupos resulta lacerada con estas expresiones por lo cual el Estado debe intervenir para su protección o para nivelar su valía disminuida. Es decir, el Estado es responsable de promover la igualdad en el trato y de esta manera promover o garantizar su participación en la toma de decisiones públicas que le afectan. Permitir la diseminación de estas expresiones es promover una especie de difamación, pues la idea de su inferioridad es falsa y dañina. Pueden constituir además una alteración a la paz pública e incluso convertirse en verdaderas amenazas. La historia demuestra que la proliferación de estas ideas ha permitido el desarrollo de la

---

<sup>216</sup> *Gitlow*, 268 U.S. 652, 666, 673 (1925) (J. Holmes, opinión disidente).

infraestructura organizacional que a su vez les reconoce llegar al poder público y controlar el Estado. Estos daños a la dignidad personal, a la integridad emocional y sicosomática de la persona o grupos sobrepasan cualquier beneficio al debate público que pueda tener permitir su divulgación. La aportación a este debate es minúsculo o inexistente. Cualquier caracterización o connotación positiva de estas expresiones odiosas como “discurso público” o “político” no puede derrotar el valor de la igualdad que representa el carácter democrático de un gobierno. Estas expresiones solo buscan disminuir la importancia del carácter deliberativo o valía del discurso de estas personas o grupos afectados. Es decir, permitir las distorsionan la operación del “mercado de ideas” de Mills en tanto quienes reciben o son víctimas de estas expresiones no pueden ser a la vez partícipes por igual en este mercado.

3. Para identificar estos grupos y daños que se ocasionan, el Tribunal debe ser más sensible a los resultados del empirismo que ofrecen las ciencias sociales. Estos estudios pueden demostrar que la verdadera intención del Estado al reprimirlas está divorciada de todo interés por reprimir una idea por censura o desacuerdo oficial con la misma. Su único propósito recae en evitar los “efectos secundarios” de estas al causar un daño que el Estado está llamado a evitar. Este acercamiento ya ha sido utilizado por el propio Tribunal en

controversias relacionadas con las expresiones sexualmente explícitas. Se han permitido normas de zonificación urbanas aplicables solamente a negocios o locales donde aparecen dichas expresiones en sus formas más diversas. El Tribunal las ha reconocido por razón de los efectos secundarios que producen y no por el contenido particular de la expresión. Es decir, su represión obedece a la preocupación por el impacto no comunicativo perjudicial que estas ocasionan. En particular, su represión constitucional no constituye una violación a la libertad de expresión dado que la intervención en estos locales o negocios surge a raíz de la actividad criminal que generan en sus alrededores, creando un ambiente dañino al vecindario o por que disminuyen el valor de las propiedades en su entorno. El Tribunal también podría hacer uso de otra doctrina establecida en 1952 aunque nunca más invocada o respaldada desde entonces. Se trata de la llamada “difamación de grupos” adoptada en *Beauharnis v. Illinois*.<sup>217</sup> En esa ocasión, en votación 5-4, el TSEU sostuvo la constitucionalidad de una ley estatal que prohibía la publicación o exhibición de cualquier escrito o representación gráfica que retrate

---

<sup>217</sup> *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952). El TSEU no ha vuelto a recurrir a esta decisión para resolver controversias sobre libertad de expresión. Algunos juristas norteamericanos piensan que ha perdido vigencia. Véase, Feldman, N. & Sullivan, K., *Constitutional Law*, pp. 1005-1005. No obstante, mientras no sea revocado siempre existe la posibilidad de que sea revivido. Podría decirse, como se mencionó anteriormente, que el TSEU “rara vez entierra sus muertos”.

como falta de virtud, depravados o criminales a un grupo de personas por razón de su color, raza, credo o religión exponiendo a estos grupos a ser sujetos de la alteración de su paz o motines.

En síntesis: se trata de un intento de reconciliar elementos fundamentales del pensamiento liberal con la democracia, es decir, individualidad con la igualdad y solidaridad.

Este acercamiento ha sido muy criticado por facilitar y validar la creación de “códigos” estatales de expresiones o discursos que pueden prohibirse o reprimirse.<sup>218</sup> Como tal, constituyen formas de censura oficial a aquellas ideas que el gobierno no favorece bien por su contenido o por su punto de vista/perspectiva. Esta autorización es contraria a todos los modelos o enfoques que justifican la libertad de expresión como un derecho fundamental: atentan contra la autonomía individual, el mercado de ideas y la democracia. De esta manera olvidan que la libertad de expresión no solo representa sangre para la democracia pero también garantía de la sociedad civil y civilizada.

Permitir la represión pero sobretodo la criminalización de las expresiones de odio fracasa en reconocer el concepto de “odio” siempre estará sujeto al ataque por ser uno que adolece de vaguedad e

---

<sup>218</sup> Una síntesis muy coherente de esta crítica aparece en Strossen, N., *Hate: Why We Should Resist It with Work Free Speech, Not Censorship*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

incluso de “amplitud excesiva”. Es decir, por tratarse de un concepto subjetivo, inevitablemente su aplicación siempre quedará a discreción de los agentes de orden público o de los operadores del derecho que ejecutan la ley. Como tal, es una invitación a la censura por temores de que causan daños o prejuicios personales.

En su intento por evitar que una mera expresión cause un daño a otra persona o a la sociedad en general se busca establecer un remedio que puede ser peor que el mal que interesan evitar. Una vez se crea este camino para proteger a personas o grupos vulnerables, en su momento este camino podría revertir contra las mismas víctimas. Un gobierno autoritario podría utilizarlo para perseguir disidentes, ideas minoritarias o que amenazan el poder con tan solo calificar ciertas ideas bajo el amplio parámetro de “odiosas”.<sup>219</sup> De esta manera, en vez de permitir la represión en el abstracto de expresiones odiosas, solo debe admitirse un enfoque que reprima ciertas expresiones odiosas por razón de que causan un daño *específico* que el Estado quisiera evitar, como la violencia inminente o la comisión de un delito. Este enfoque mueve el foco de atención principal de las expresiones a sus *efectos* graves, concretos e inminentes.

---

<sup>219</sup> Esta admonición se conoce en la literatura jurídica norteamericana como el peligro de la “pendiente resbaladiza” o “slippery slope”. Véase, Schauer, F., “*Slippery Slope*”, 99 Harv. L. Rev. 361 (1985).

Tampoco se resuelve el dilema de la represión solo autorizando estas expresiones cuando están dirigidas a grupos tradicionalmente discriminados por razón de su raza, sexo, orientación sexual, discapacitado o cualquier otra condición de vulnerabilidad. Una vez establecido ese camino, el poder estatal podría cambiar su definición o apreciación de grupo discriminado o argumentar que los que antes fueron minoría hoy tienen más acceso al poder. De esta manera, un grupo supremacista anglosajón o estudiantes racistas en los campus universitarios podrían reclamar que se castigue como expresiones odiosas aquellas que intentan rechazar los reclamos de supremacía.

En lo esencial, el llamado “mercado de ideas”, no puede presumir de la existencia de una igualdad de acceso a todas las ideas pues dentro del derecho constitucional norteamericano la libertad de expresión no es un derecho absoluto. La existencia del método de “categorización”, prueba lo anterior. La exigencia más bien es que el Estado se mantenga neutral en vez de dictar códigos de verdades absolutas. Solo deberá intervenir cuando identifique las razones divorciadas de suprimir contenido específicos o puntos de vista, es decir, cuando está preocupado por el impacto no comunicativo de ciertas ideas como pueden ser la violencia, la comisión de una acción ilegal o intereses de intimidación claramente identificados y reconocidos.

### 3.2.2 Reflexiones preliminares sobre el debate

El pensamiento liberal, según entendido por el TSEU, encuentra cauce muy fértil cuando afloran conflictos sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Cualquiera que sea el modelo utilizado (mercado de ideas, autonomía personal o democracia) para explicar la variada metodología de adjudicación, justamente demuestra la admonición de Rousseau y Caballero Harriet: la democracia y el liberalismo “no siempre andan de la misma mano”. Al decir, de Rosenblatt al narrar los orígenes del pensamiento liberal:

[S]er liberal no equivale a ser demócrata. Hoy día, cuando hablamos de “democracia liberal” es fácil fundir ambos conceptos. Durante este período inicial, cuando apenas había “liberalismo”, los principios liberales y democráticos eran muchas veces antagónicos [...] El Terror (*Revolución francesa*) solo confirmaba la perspectiva de que la mayoría de los franceses no estaba preparada en lo más mínimo para los derechos políticos. Las muchedumbres políticas muchas veces eran irracionales, indisciplinados y dados a la violencia [...] el llamado al mejor de los gobiernos no se puede confundir con democracia.<sup>220</sup>

La necesidad de establecer “categorizaciones” que permita reglamentar ciertos contenidos específicos mientras rehúsan reconocer la categoría de “expresiones de odio”, ponen de manifiesto

---

<sup>220</sup> Rosenblatt, H., *The Lost History of Liberalism*, p. 52 (traducción del autor).

las contradicciones de ese pensamiento liberal cuando se intenta armonizar, reconocer o solidificar la esencia misma de la democracia. En ese momento, se desvanecen las contradicciones entre jueces liberales o progresistas y jueces más conservadores. La categorización es una excepción a la doctrina liberal que presupone que todo discrimen por contenido se presuma inconstitucional. Aun las expresiones que aboguen contra los cimientos mismos de la democracia, es decir, la existencia misma del orden constitucional, su forma republicana de gobierno, el federalismo o la Carta de Derechos, *tienen* lugar en el discurso público. Hay que recordar la afirmación del Juez Holmes en su disidencia conjunta con el Juez Brandeis en *Abrams*: toda idea es una incitación al pensamiento. Como tal afirman lo siguiente:

Si a largo plazo estas creencias en la dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de una comunidad, el único sentido de la libertad de palabra es darles su cauce y la oportunidad de prevalecer.<sup>221</sup>

Por lo tanto, las expresiones odiosas que aboguen contra la dignidad de las personas, por perpetuar su estado de inferioridad política, proclamen su inferioridad racial, sexual o de cualquier tipo,

---

<sup>221</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 632 (1925) (traducción del autor).

deben tener algún lugar en la esfera espacio público. Como regla general, el dolor o sufrimiento causado por estas expresiones es menor al que causaría a la sociedad su censura. Esta perspectiva unitaria de progresistas y conservadores ha abierto el camino para que estos últimos hayan protegido, con el voto en contra de los progresistas o liberales, las expresiones que realicen “personas” con personalidad jurídica no naturales, como son las corporaciones, asociaciones o sindicatos. Sus expresiones poderosas en un proceso electoral, por ejemplo, aunque causen distorsión o desigualdad en el “mercado de ideas”, se deben permitir por el daño que causaría para la sociedad censurarlas.<sup>222</sup> Por no constituir una categorización especial, las limitaciones a este conjunto de expresiones son sometidas a un examen judicial muy riguroso donde se presume su inconstitucionalidad.

Uno de los estudiosos más agudos del derecho constitucional comparado en los Estados Unidos, Michael Rosenfeld, ha descrito este complejo y contradictorio desarrollo jurisprudencial de la siguiente manera al aludir a la historia de la libertad de expresión:

La libertad de expresión no es solo el derecho constitucional más apreciado, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de los Estados Unidos [...] Además la preminencia de la

---

<sup>222</sup> *Citizens United v. Fed. Election Commn.*, 558 U.S. 310 (2010).

libertad de expresión en Estados Unidos, se debe a muchos factores variados, incluyendo la fuerte preferencia por la libertad por encima de la igualdad, el compromiso con el individualismo y una tradición de derechos naturales que proviene de Locke, que prima la libertad del estado -o libertad negativa- sobre la libertad a través del estado -o libertad positiva- [...] En esencia, los derechos de libertad de expresión en los Estados Unidos se conciben como pertenecientes al individuo en contraposición al estado y están consagrados en la Enmienda Primera de la Constitución como una prohibición contra la interferencia gubernamental, más que como la imposición al gobierno de la obligación positiva de garantizar la recepción y transmisión de ideas entre sus ciudadanos.<sup>223</sup>

A través de su historia, el TSEU ha abordado las expresiones odiosas de forma muy distinta a la utilizada en otros estados de derecho y sus otros tribunales. Al menos en sus formas jurídicas, estas diferencias afloran. Como hemos analizado, el TSEU no reconoce el concepto “expresiones odiosas” en tanto estas pretendan crear una metodología de adjudicación que establezca diferencias sobre el contenido de ciertas expresiones. No pueden reprimirse las expresiones de odio contra grupos o personas solo por su contenido religioso, por su raza, sexo, orientación sexual en tanto se pretenda

---

<sup>223</sup> Rosenfeld, M., *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1529 (traducción del autor) (citas omitidas).

establecer una categoría diferente entre estos contenidos y aquellas, como por ejemplo, de contenido político. Si son expresiones que causan daño, estos conflictos tienen que resolverse dentro de las categorías doctrinales existentes: incitación a causar un daño real, inminente y con probabilidad de que ocurra; expresiones que provoquen riñas; expresiones obscenas; expresiones difamatorias o expresiones comerciales.

Nos dirigiremos ahora a establecer una perspectiva comparada que nos permita profundizar sobre este enfoque, anclada en controversias sobre expresiones de naturaleza política subversivas o dirigidas a cometer una acción ilegal y su confluencia con las expresiones de odio en el ámbito europeo.

## CAPÍTULO IV

### LA ADJUDICACIÓN DE CONFLICTOS SOBRE “EXPRESIONES ODIOSAS” ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

#### 4.1 Antecedentes

El Derecho constitucional comparado como disciplina académica no nace hasta la segunda mitad del siglo 20.<sup>224</sup> El asunto no debe sorprender, pues el derecho constitucional como disciplina autónoma y sistemática no se ubica hasta entrado el siglo 19. Nos dice García Pelayo:

Entonces se produce una especie de unificación de la imagen jurídica del mundo, pues el sistema constitucional, no solo se afirma en los Estados europeos, sino que se extiende fuera de ellos. A esta expansión cualitativa se une una creencia de que tal sistema representaba la fórmula definitiva de la convivencia política, de que era una de las grandes y definitivas invenciones de la humanidad, efectiva y radicalmente vinculada al progreso y a la prosperidad de los pueblos, de manera que para todo Estado atrasado que pretendiera entrar en la esfera de la civilización, era inexcusable la implantación del régimen constitucional [...] Ciertamente que no en todos los sitios se funcionaba de modo perfecto, pero se entendía que se trataba de crisis de desarrollo y no de sistema. Esta unidad y afirmación del objeto tuvo importantes

---

<sup>224</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Constitutional Law*, p. 6.

consecuencias para su tratamiento científico.<sup>225</sup>

Sin embargo, los autoritarismos y totalitarismos en Europa pronto retaron esta creencia. El constitucionalismo liberal necesitaba un empuje para hacer frente a las diversas formas de totalitarismo. De ahí, la necesidad de afirmar el estudio del derecho constitucional comparado como disciplina académica y las diversas formas de colaboración internacional. Gradualmente, aparecerán entre los sistemas nacionales áreas de convergencia y diferencias. También incrementará la reflexión sobre la necesidad de interactuar entre las instituciones constitucionales nacionales y las de orden supranacional que se fueron estableciendo.<sup>226</sup> La falta de unidad en la imagen y en la estructura jurídico-constitucional del mundo, mueve a García Pelayo afirmar hace décadas lo siguiente:

Todavía en 1926 escribía Thoma que el bolchevismo ruso, el fascismo italiano y las dictaduras de Hungría y de España eran casos excepcionales, “anormalidades”, en el desarrollo del derecho constitucional. La tesis de Thoma no era excepcional, sino, hasta cierto punto, la opinión *standard* [...] Hoy, en cambio, parece difícil encontrar a alguien que sostenga la unidad fundamental de la estructura jurídica-política de los Estados civilizados: todo un pluralismo de

---

<sup>225</sup> García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 9 (citas omitidas).

<sup>226</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Constitutional Law*, pp. 8-9.

situaciones reales, de relaciones de poder y de concepciones ideológicas, hacen radicalmente imposible tal unidad, con lo que queda anulado el contenido de un derecho constitucional común o general.<sup>227</sup>

Lo anterior resulta fundamental para comprender la difícil tarea de aquilatar cómo las decisiones pertinentes a la libertad de expresión del TSEU han impactado, si de alguna forma, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relacionadas a un mismo tema. Esta última comparación constituye un reto aún mayor dado que conlleva comparar decisiones interpretando una constitución nacional con decisiones emitidas por un organismo supranacional, interpretando el contenido de una convención que impacta el derecho doméstico de la nación europea implicada.<sup>228</sup> Es además, en cierto sentido, analizar dos sistemas de gobierno muy diferentes, uno presidencial y otro parlamentario, uno fundamentado en un liberalismo americanizado con sociedades más homogéneas y otros en el que los derechos de las minorías provienen de sociedades multiculturales en contraste.<sup>229</sup> En cualquier caso, el análisis anterior en torno al derecho constitucional norteamericano era imprescindible

---

<sup>227</sup> García Pelayo, M., *Derecho Constitucional Comparado*, pp. 30-31 (citas omitidas).

<sup>228</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Constitutional Law*, p. 2.

<sup>229</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Constitutional Law*, p. 2.

no por un excepcionalismo o imperialismo jurídico, sino por haber sido el primero en elaborar un “judicialismo constitucional” fundamentado en controversias alrededor de la primera constitución racional normativa. Como veremos, en lo que nos atañe, en términos funcionales el TEDH adjudica controversias sobre un tratado como si esta fuera una constitución. En el proceso, también será evidente que en su metodología de adjudicación está muy presente el objetivo del proceso: más que crear un precedente, el TEDH busca resolver cada controversia para beneficio de las partes en pugna, según los méritos particulares de cada situación de hechos. En muchos de los conflictos se tratará de personas naturales de un estado particular que se han visto afectados por una acción de ese mismo estado. Entender estas diferencias es esencial, particularmente, para comprender decisiones sobre las controversias frecuentes sobre expresiones de odio. Al decir de la ex jueza del TEDH, F. Tulkens:

La Corte prefiere resolver en sus propios méritos cada caso ante su consideración [...] para así asegurarse que su razonamiento y casuística no amarre su campo de acción futuro. Además, la Corte prefiere el desarrollo de conceptos.<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> Tulkens, F., *When to say is to do: Freedom of Expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*, European Court of Human Rights-European Judicial Training Network. Seminar on Human Rights, disponible en <http://bit.ly/2H9d3gz>. Véase además, Rosenfeld, M., *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, disponible en <http://academic.oup.com/article-abstract/4/4618/640269>.

Considérese además que se trata de un organismo creado desde hace varias décadas pero cuyas decisiones realmente impactan una narrativa europea de derechos humanos a mitad de la década de los noventa.<sup>231</sup> Como entidad supranacional, la comunidad europea fue creada inicialmente para enfrentar de forma comunitaria retos de naturaleza económica y financiera.<sup>232</sup> Es en esos años que el TEDH toma decisiones que incluso fuerzan un “diálogo judicial” con la Corte Europea de Justicia de manera que las controversias sobre derechos humanos comienzan a impactar todo el quehacer comunitario.<sup>233</sup> Unos años más tarde, para el 2002, se concretiza un entendimiento que busca armonizar lo concerniente a controversias sobre expresiones de odio.<sup>234</sup> En 2008, es decir, muy cercano al terror ocasionado por el ataque a las Torres Gemelas de Nueva York se aprueba una normativa uniforme.<sup>235</sup> Quizás por ello el foco de esta normativa parece estar pensado en enfrentar las expresiones de odio de sectores de ultraderecha con posturas antiinmigrantes, incluyendo

---

<sup>231</sup> Belavusau, U., *Fighting Hate Speech Through EU Law*, 4 Amsterdam L. F. 20, nota 7 (2012), disponible en: [ssrn.com/abstract=2005377](http://ssrn.com/abstract=2005377).

<sup>232</sup> Belavusau, U., *Fighting Hate Speech Through EU Law*, p. 22.

<sup>233</sup> Belavusau, U., *Fighting Hate Speech Through EU Law* p. 23. Véase también, Owens, T.J., *25 Years of the European Commission Against Racism and Intolerance: Impact in the Field of Inequality* (2019), disponible en: <http://25-years-ecri-impact-1a-the-field-of-inequality/1580972j8c>.

<sup>234</sup> Belavusau, U., *Fighting Hate Speech Through EU Law*, p. 23.

<sup>235</sup> Belavusau, U., *Fighting Hate Speech Through EU Law*, p. 23.

un desdén hacia la religión musulmana o sectores políticos que hacen expresiones que se considera podrían amenazar la seguridad e integridad nacional o la existencia de la democracia misma.<sup>236</sup> Dado que uno de nuestros objetivos es comparativista, nos centraremos en aquellas controversias sobre expresiones hechas principalmente por ciertos sectores políticos y dirigidas contra el estado mismo. Vamos a seleccionar un número limitado de sentencias que nos permita lograr este cometido.

## **4.2 El TEDH y la normativa aplicable**

### **4.2.1 Discusión general**

Corresponde al TEDH resolver controversias en torno a la Convención Europea de Derechos Humanos (“Convención”) aprobada en 1950. Dicha Convención parte de la premisa, anclada en la declaración Universal de Derechos Humanos, de que el ejercicio de la libertad de expresión no es absoluto. En su manifestación externa (distinto a la libertad de pensamiento) este ejercicio conlleva ciertos deberes y responsabilidades.<sup>237</sup> Distinto a la Constitución de Estados Unidos, estas limitaciones están contenidas en el propio Tratado. Las

---

<sup>236</sup> Belavusau, U., *Fighting Hate Speech Through EU Law*, p. 29.

<sup>237</sup> Weber, A., *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, Publishing Editions, 2009, Part I (Introduction).

mismas reflejan que la dignidad humana y la tolerancia son imperativos de una sociedad democrática y pluralista. La libertad de expresión debe verse en función de estos valores. En un sentido, este acercamiento europeo contiene elementos del pensamiento liberal más originario pero intenta que vaya de la mano con la democracia. En su raíz etimológica latina, el concepto deriva de ser “libre” (*liber*) y nacer libre.<sup>238</sup> No obstante, se nace libre para ser noble y generoso con los demás miembros de la *polis*. Contiene elementos de la antes aludida “parresia” griega la cual ordena un dominio en la forma de expresarse para no perjudicar la deliberación de la asamblea y el debate público saludable para lograr el bien común. De esta manera, el Artículo 10 de la Convención establece lo siguiente:

#### Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideraciones de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan debe ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones,

---

<sup>238</sup> Rosenblatt, H., *The Lost History of Liberalism*, p. 12.

o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.<sup>239</sup>

En su primer inciso, el derecho a la libertad de expresión sin la intervención del estado incluye la libertad de opinión y el derecho de recibir y diseminar información. Mientras que el segundo inciso limita el ejercicio de este derecho, convirtiéndolo en un derecho cualificado. Esta limitación significa que deja de ser un derecho como un fin en sí mismo para ser una consecuencia de una forma de organización política: la democracia.<sup>240</sup> Más aún su ejercicio es raíz de la democracia, alimenta su desarrollo y por ende permite su existencia.

Este segundo inciso contiene los siguientes elementos: (1) la limitación debe existir por una ley que establezca la limitación; (2) tener un objetivo legítimo; (3) ser necesaria para una sociedad democrática y proporcional al objetivo perseguido.<sup>241</sup> Este último

---

<sup>239</sup> Artículo 10, Convención Europea de Derechos Humanos (1950).

<sup>240</sup> Weber, A., *Manual on Hate Speech*, Part I (Introduction).

<sup>241</sup> Tarluch McGonagle, T., *The Council of Europe Against On-line Hate Speech: Conundrums and Challenges*, p. 8, disponible en: <http://www.ivir.nl/staff/mcgonagle.html>.

(“proporcional”) se recoge de forma explícita dado que debe ser *necesario* para una democracia. Se reconocen también, como fines legítimos aceptables, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Este artículo no contiene referencia expresa a la expresión “odiosa”. Como se ha mencionado, a finales de la década de los noventa correspondió al Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptar una recomendación ofreciendo su propia definición autónoma y condenando las expresiones que incitan al odio racial, xenofóbico, antisemita y otras formas de intolerancia.<sup>242</sup> Esta recomendación y otras acciones del Comité y de otros organismos del Consejo Europeo han ayudado a desarrollar una normativa que facilita la resolución de conflictos sobre esta materia ante el TEDH.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> Consejo de Europa, Recomendación (97) (30 de octubre de 1997).

<sup>243</sup> Véase la enumeración del extenso grupo de enmiendas a esta normativa en Weber, A., *Manual on Hate Speech*, Part II, Applicable Instruments, (A-B).

En términos generales, McGonagle aprecia cuatro doctrinas reflejadas en el conjunto de decisiones sobre este tema.<sup>244</sup> La primera doctrina sobre “margen de apreciación” deriva directamente de la naturaleza misma del TEDH: los estados tienen cierta discreción para reglamentar las expresiones. Esta discreción varía con el contenido o tema de la expresión. Su margen es muy limitado cuando reprime expresiones políticas y más amplio cuando reprime expresiones relativas a la moral pública, decencia y la religión. Las demás doctrinas las titula “doctrina práctica y efectiva”; “la doctrina del instrumento vivo” y “la doctrina de obligaciones positivas”. Estas consideran, en su orden respectivo, lo siguiente: (1) los derechos deben interpretarse de manera real y no meramente teórica o ilusoria, (2) los derechos deben interpretarse acorde a los tiempos presentes en que vivimos y (3) los estados deben tomar medidas para que todas las personas puedan ejercer sus derechos trascendiendo la obligación de no interferir con su ejercicio.

Analizar controversias sobre expresiones odiosas solo bajo el marco del Artículo 10 antes citado, ha resultado problemático.<sup>245</sup> Es

---

<sup>244</sup> Tarluch McGonagle, T., *The Council of Europe Against On-line Hate Speech: Conundrums and Challenges*, p. 8.

<sup>245</sup> Véase *Guide on Article 10 of the European Convention of Human Rights*, TEDH, Consejo de Europa, 31 de agosto de 2020. Véase además, Muñoz Machado, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, p. 169, nota 25.

cierto que este articulado permite resolver conflictos sobre limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión cuando se trata de proteger, por ejemplo, la reputación o los derechos ajenos. No obstante, el TEDH en ocasiones resuelve estas controversias invocando también el Artículo 17 de la Convención, el cual se titula “Prohibición del abuso del derecho” y dispone lo siguiente:

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.<sup>246</sup>

Cuando las controversias se resuelven bajo el Artículo 10, la comparación con las decisiones del TSEU se facilita. Sin embargo, cuando controversias de índole similar se adjudican bajo el Artículo 17, se desvanece y dificulta esta comparación en tanto el TSEU no reconoce como categoría separada las expresiones odiosas que atentan contra la seguridad del estado. Fuera del ámbito de las expresiones de odio, hay unas coincidencias de criterios judiciales en otros asuntos pertinentes a la libertad de expresión como son, por ejemplo, los

---

<sup>246</sup> Artículo 17, Convención Europea de Derechos Humanos (1950).

conflictos sobre expresiones difamatorias y la responsabilidad de los medios de comunicación.

Tras analizar decisiones del TEDH y su uso del Artículo 10, Santiago Muñoz Machado afirma que:

El comportamiento de los informadores y de los medios de comunicación es objeto de evaluación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizando criterios muy parecidos a los aplicados por la jurisprudencia del TSEU norteamericano [...] [Las distinciones] para evaluar las informaciones u opiniones que afectan al honor de las personas [...] no solo ha delimitado el contenido de la libertad de palabra en términos parecidos a los que ha utilizado el TSEU norteamericano desde la segunda mitad del siglo xx, sino que también ha armonizado la significación y los límites de aquella libertad en todos los Estados europeos, que partía de tradiciones distintas y presentaba notables disparidades en cuanto la posición constitucional reconocida a las libertades de expresión y comunicación.<sup>247</sup>

Sin embargo, en el proceso de adjudicación, aun utilizando solo el Artículo 10, el TEDH no ha sido consistente, particularmente al resolver conflictos sobre expresiones odiosas. La situación toma un giro especial cuando se trata de controversias generadas alrededor del estado de Turquía. De hecho, esta es la nación que tiene mayor

---

<sup>247</sup> Muñoz Machado S., *Los itinerarios de la palabra*, pp. 170-171.

número de controversias ante el TEDH.<sup>248</sup> Cerca de un 20% de su población es de origen kurdo, la cual se extiende por una parte importante de su territorio nacional. A su vez, este grupo étnico mantiene una lucha armada en defensa y afirmación de su propia identidad nacional en un territorio político propio. El “Partido de los Trabajadores Kurdos”, conocido en el idioma turco por las siglas “PKK”, dirige la lucha. Entre la variedad de controversias que han llevado al TEDH encontramos varias cardinales sobre la libertad de expresión y las expresiones que incitan a la violencia.

Las decisiones y sentencias publicadas por el TEDH pueden ser el resultado de acciones tomadas por una de las varias salas (“S”) de dicho tribunal o por una acción de la Gran Sala (“GS”). A esta última se puede recurrir para revisión a discreción de un grupo de 17 jueces y juezas. Esta podría dilucidar el asunto si la controversia conlleva una cuestión grave, relativa a la interpretación del Convenio o si existe riesgo de contradicción con una sentencia previa del TEDH.<sup>249</sup> No obstante, la decisión de cualquiera de las salas, si no es recurrida, se considera final y vinculante entre las partes. Analizaremos varias de estas decisiones.

---

<sup>248</sup> Ozbudun, E. & Turkmen, F., *Impact of the ECtHR Rulings on Turkey’s Democratization: An Evolution*, 35 *Human Rights Quarterly* 985, 986 (2013).

<sup>249</sup> Artículo 26, Convenio Europeo de Derechos Humanos (1953).

#### 4.2.2 El genocidio armenio y el Holocausto ante el TEDH

Ilustremos lo afirmado comenzando con una decisión considerada como emblemática de esta cuestión: *Sürek & Ozdemir v. Turkey* adjudicado en 1999.<sup>250</sup> El principal accionista de una revista de comentarios sociales y políticos de Turquía y su editor fueron acusados de publicar una entrevista con dos líderes del grupo PKK que mantenía un conflicto armado con el gobierno, relacionado con el pueblo kurdo en la región del Kurdistán de Turquía. Tras ser acusado por el contenido de uno de los artículos de dicha publicación y conforme con las leyes del país, fueron condenados a pagar multa (el dueño) y cárcel por seis meses (el editor). El artículo consistía de una entrevista extensa donde los entrevistados hacían un llamado a los trabajadores y jóvenes del pueblo turco a unirse a las acciones contra el “terrorismo de Estado”, las cuales incluían masacres y otras atrocidades ejercidas en contra de la población kurda y causadas por el gobierno. Se exigía una serie de medidas concretas que debían ser tomadas por el gobierno a favor de esa población: ayudas económicas, detener los despidos de los trabajadores, levantar las prohibiciones de huelga, garantizar el derecho organizarse sindicalmente, autonomía

---

<sup>250</sup> TEDH, *Sürek & Ozdemir v. Turkey* (GC), Nos. 23927/94, 24277/94 (8 de julio de 1999).

escolar y prohibir el discrimen por razón de sexo, entre otros reclamos. Exigían el control político sobre su territorio el cual nunca han abandonado a pesar de la represión dirigida para sacarlos de su tierra e incluso exterminarlos. Además, alegaban que el gobierno actuaba con la ayuda de los Estados Unidos. De igual forma, se explicaban algunas de las acciones armadas que habían tomado para defenderse y se comunicaba que la guerra continuaría hasta el último combatiente. Las expresiones reflejaban, sin duda, un ánimo combativo.

No estaba en controversia que varias leyes de Turquía prohibían con castigos de multa y cárcel la “propaganda escrita o hablada, reuniones, asambleas y demostraciones dirigidas a subvertir la integridad territorial de la República de Turquía o su unidad indivisible irrespectivo de los métodos usados”.<sup>251</sup> Asimismo, el Código Penal prohibía la incitación, defensa o exaltación a cometer delitos por cualquier medio de comunicación.<sup>252</sup> Los convictos alegaban que la acusación y convicción bajo esa ley violaba el Artículo 10 de la Convención. Las partes aceptaban que dicha acusación interfería con la primera parte de este articulado. Es decir,

---

<sup>251</sup> Ley Núm. 3713 del 12 de abril de 1991, § 8 (Ley para la prevención del terrorismo).

<sup>252</sup> Artículos 311(2) y 312 del Código Penal de Turquía, Ley Núm. 765 del 1926, según enmendada.

había ocurrido una interferencia con su libertad de expresión y de prensa. Sin embargo, el gobierno turco alegaba que el inciso segundo de este artículo permitía dicha interferencia en tanto era “necesaria para la protección de la democracia” y la integridad territorial de Turquía. Los convictos reclamaban no ser partes de este conflicto o del PKK; sino que alegaban cumplir con funciones inherentes a su oficio periodístico.

El Tribunal reafirma que el Artículo 10 incorpora tres imperativos de la libertad de expresión las cuales constituyen fundamentos esenciales para justificar su reconocimiento como un derecho humano. Los primeros dos persiguen un valor instrumental y utilitarista: ser indispensable para una sociedad democrática y necesaria como condición para el progreso humano. A su vez, la libertad de expresión tiene un valor intrínseco: ayudar a la realización individual. Ello incluye el derecho ofrecer información e ideas incluyendo aquellas que puedan ofender, sacudir o perturbar, en tanto, sin tolerancia, el pluralismo o apertura mental a otras ideas no puede existir una sociedad democrática. Estos imperativos se asemejan a las justificaciones ofrecidas por el derecho constitucional norteamericano.

El TEDH procede a exponer la metodología de adjudicación aplicable. El articulado permite excepciones al derecho que se

establece en su inciso segundo e incluye ciertas limitaciones. No obstante, explica que estas deben interpretarse de forma restrictiva y justificarse de forma convincente. Solo deben permitirse si son “necesarias” frente a una necesidad social apremiante. Aunque se respeta el margen de apreciación de la decisión del estado impugnado, esbozan que hay que determinar si la interferencia con la libertad de expresión era *proporcional* a la necesidad social apremiante identificada. De estar involucrada la prensa, además había que analizar el contexto de la función que esta tiene en una sociedad democrática. Esto debía ser así en tanto la función de la prensa era impartir y divulgar información de ideas políticas, incluyendo las más divisivas. Para el TEDH, dicho análisis era uno de umbral para poder analizar principalmente las palabras publicadas y el contexto en que se produjeron. La mera publicación de una entrevista con una organización prohibida por ley no justificaba la interferencia con la libertad de expresión del medio de comunicación.

Tras este estudio, concluye que lo publicado solo refleja un objetivo periodístico de exponer un punto de vista de un conflicto, no importa cuan desagradable haya sido esta perspectiva para el gobierno. La entrevista publicada no incitaba directamente a la violencia. Solo reflejaban el interés del medio de comunicar una información al público para que este pudiera ejercer su derecho a estar

informado sobre un parecer distinto del gobierno. Por tal razón, concluye que la convicción y penas impuestas eran desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática. Se determina que hubo violación al Artículo 10 e impone una sanción monetaria al gobierno turco a ser pagadera a los peticionarios. En efecto, de acuerdo a la primera oración del inciso segundo de este artículo, todas las partes aceptan que la limitación (“la acusación”) estaba prescrita en varias leyes; de igual forma aceptan que estas leyes perseguían un fin apremiante (“integridad territorial, unidad nacional y la prevención del crimen”). Sin embargo, no cumplían con una parte o condición esencial de una parte del Artículo 10: el gobierno debía probar que la ley y su aplicación eran “necesarias para la democracia”. Eso implicaba hacer un balance entre los intereses en conflicto a través de una metodología y análisis de *proporcionalidad*. Esto conlleva sopesar los ya identificados intereses apremiantes del gobierno turco y comparar los medios empleados para lograrlos. Ello, a su vez, implica analizar la situación de hechos específicos de la controversia. Aquí se trata de una información ofrecida por un medio de comunicación impreso; el contexto es vital: la prensa tiene un rol esencial en asegurar que funcione la democracia. Eso involucra difundir información de asuntos políticos, incluyendo los más divisivos de la sociedad. La mera publicación de la opinión del

liderato del PPK entrevistado no puede ser interpretado como una *incitación* a cometer un acto de violencia.

Por todo lo cual, la convicción y sentencia del dueño y editor del periódico, es considerada *desproporcional* a los fines que perseguía y por lo tanto no era “necesaria para una sociedad democrática”. *Obsérvese como la decisión no centra su análisis en efecto o impacto, si alguno, que tuvo la publicación reprimida.* Cinco jueces concurren con la opinión en cuanto a la conclusión de absolver a los acusados. No obstante, sus fundamentos eran distintos. A su juicio, la opinión mayoritaria debió concentrarse más en el contexto de la publicación y menos en la naturaleza de las palabras publicadas o empleadas por los entrevistados. ¿Cuál era el impacto o grado de influencia que tenía sobre la sociedad turca el entrevistado líder del PPK? ¿Cuál fue el grado de diseminación que tuvo la entrevista? Es decir, ese contexto hubiese permitido separar el lenguaje chocante y ofensivo empleado de aquello que debe tolerarse en democracia. Otro de lo jueces concurrentes (Juez Bonello) empleó un razonamiento pertinente a nuestro interés comparativista. Este argumenta apoyado expresamente en elementos de la jurisprudencia del TSEU de la segunda década del siglo veinte, en las expresiones del Juez Holmes y su doctrina de “peligro claro y presente” así como la interpretación

más contemporánea adoptada en 1969 en *Brandenburg v. Ohio*.<sup>253</sup> Esboza que debe permitirse “abogar” por el uso de la violencia pues ello es esencial para la democracia. Solo puede reprimirse una expresión si estas son hechas para “incitar” de forma directa. En otras palabras, correspondía al gobierno probar que lo publicado constituía una incitación a producir una acción ilegal inminente la cual tenía una probabilidad de que ocurriese. Como hemos discutido, esta es la doctrina vigente bajo el derecho constitucional federal de los Estados Unidos.<sup>254</sup>

Cuatro jueces parcialmente disidentes concluyeron que este tipo de controversias sobre libertad de expresión política debía dejarse en manos del Estado represor por ser parte del “margen de apreciación” que ordena la doctrina. Ese margen debe reforzarse si se interesa que sobrevivan los postulados fundacionales de cualquier tratado europeo de derechos humanos.

Sin embargo, el mismo día de la decisión de *Sürek*, el Tribunal emitió otra decisión contra este dueño de periódico y sus editores. En

---

<sup>253</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

<sup>254</sup> Para Tulkens, quien formó parte como juez de la opinión mayoritaria del caso, esta interpretación de la opinión concurrente marcó efectivamente el inicio de la incorporación doctrinal de *Brandenburg v. Ohio* a la jurisprudencia del TEDH en controversias vinculadas a la expresión política glorificando la violencia. Tulkens, F., *When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*, p. 10.

*Sürek v Turquía (No. 1)*, se negaba la protección del Artículo 10 al pasar juicio sobre la publicación de *unas cartas de lectores* cuyo lenguaje promovía la violencia y provocaba con ello emociones que el gobierno tenía un interés apremiante en evitar.<sup>255</sup> En esta ocasión el TEDH aprecia el interés del periódico en promover el debate de un conflicto político desagradable, pues encontraba que las palabras o lenguaje empleado en las cartas al lector tenían la intención de estigmatizar un lado del conflicto con imputaciones de apoyar a un ejército fascista. Este ejército había cometido masacres, brutalidades y asesinatos. El lenguaje usado identificaba personas específicas y los exponía al odio público, glorificando así la violencia. No existía lenguaje que tuviera la intención de meramente exponer una perspectiva del conflicto para que la sociedad turca formara su propia opinión. Con ello, el Tribunal aparentemente intentaba distinguir lo decidido en la decisión antes comentada. Concluyó que la publicación de estas cartas contribuía a agravar el conflicto con el PKK que aun continuaba activo. Por lo tanto, la convicción y sentencias impuestas eran “necesarias para una sociedad democrática, según contempla la sección segunda del Artículo 10.

---

<sup>255</sup> TEDH, *Sürek v. Turquía (No. 1)* (GC), No. 26682/95 (8 de julio de 1999).

La determinación judicial tiene varias opiniones disidentes expresadas en términos similares a la reseñada en la controversia sobre la entrevista a líderes del PKK. En particular, hay seis jueces disidentes de los diecisiete que participaron en la decisión. En lo que nos concierne, estos jueces (ahora en disidencia y no en concurrencia) concluyen que el TEDH no debió concentrar su atención en el lenguaje empleado, salvo para analizar si la prueba demostraba algún contexto en el que los acusados habían incitado directamente a cometer algún acto de violencia tras dar paso a la publicación de una opinión de sus lectores. Había que dirigir la mirada al impacto comunicativo o efectos causados por las expresiones. ¿Coincidió esta publicación con algún acto de violencia específico sufrido por el estado turco? ¿Cuánta circulación tenía el periódico de los acusados? ¿Qué poder de influenciar las acciones públicas tenían los lectores cuyas cartas fueron publicadas? Al igual que en su opinión concurrente anterior, el Juez Bonello repetía *ad verbatim* la necesidad de usar la doctrina del TSEU emitida en *Brandenburg v. Ohio*. Es decir, correspondía al gobierno probar la existencia de una especie de “peligro claro y presente” de que las expresiones publicadas podrían producir una acción ilegal inminente y con probabilidad de que sucedieran.

No son fáciles de armonizar las dos decisiones anteriores producidas un mismo día y sobre la represión ejercitada por un mismo

Estado sobre el ejercicio de la libertad de expresión. De hecho, el conflicto con el PKK, las desavenencias históricas con el pueblo Armenio y las controversias sobre la libertad religiosa vinculadas al ejercicio de la religión islámica, han producido un gran número de otras decisiones del TEDH.<sup>256</sup> Como se ha mencionado, en algunas, el TEDH ha adjudicado las controversias solo al amparo del Artículo 10, en otras solo utilizando el Artículo 17 y, en ocasiones, ambas. Desde una perspectiva metodológica, la adjudicación de conflictos sobre la libertad de expresión bajo el Artículo 10 únicamente ha creado inconsistencias y retos magnificando las dificultades ya reseñadas. Vamos a dirigirnos a ese debate.

#### **4.2.3. Adjudicación de controversias bajo el Artículo 10 y su interrelación con el Artículo 17**

Las controversias que giran en torno a las expresiones de odio parecerían que deben ser adjudicadas exclusivamente bajo el Artículo 10. Debe recordarse que este articulado tiene dos partes: en la primera se protege ampliamente la libertad de expresión en todas sus manifestaciones, sin excluir de por sí las que podrían catalogarse de odio. Es decir, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de

---

<sup>256</sup> Véase, *Fact Sheet- Hate Speech*, *European Court of Human Rights*, Press Unit, Febrero, 2020.

expresión. La segunda parte establece que el ejercicio de este derecho puede limitarse por ley siempre que “constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.<sup>257</sup> Como se desprende de su texto, está incluido el poder limitar la libertad de expresión para proteger “derechos ajenos”. No es, por lo tanto, necesario ni indispensable recurrir al Artículo 17 para lograr este fin.

La Comisión Europea de Derechos Humanos decidió que en determinadas instancias excepcionales el derecho a la libertad de expresión protegido por el Artículo 10 podría ser limitado también bajo el principio de “abuso del derecho” establecido en el Artículo 17.<sup>258</sup> Se trata de situaciones donde se puede deducir que afinca y enclava la protección que ofrece al Artículo 10 para en el fondo

---

<sup>257</sup> Artículo 10, Convención Europea de Derechos Humanos (1950). Esta norma también aparece en el Artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2009); Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), Artículo 19 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y en el Artículo 9 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y del Pueblo (2004).

<sup>258</sup> En la década del 1970 esta Comisión, en unión al TEDH, además ejercía el control jurisdiccional para entender en controversias relacionadas con presuntas violaciones a los derechos reconocidos en el Convenio. Eventualmente, estos asuntos solo serían atendidos por el TEDH, conforme dispuso el Artículo 19 del Convenio cuya revisión a estos fines entró en vigor en 1998.

inocularse o escudarse de lo que constituye un abuso del derecho prohibido por el Artículo 17. En la decisión emitida en *Glimmerveen v. the Netherlands*, las autoridades del gobierno holandés encausaron a unas personas por diseminar ideas supremacistas blancas de origen holandés.<sup>259</sup> La decisión concluye que se había invocado la protección del Artículo 10 con el fin de destruir su amparo y ello constituía un abuso del derecho se ha debido examinar también bajo el Artículo 17:

El propósito del Artículo 17 es prevenir que grupos totalitarios exploten sus propios intereses a través de los principios enunciados en la Convención. [Este]Artículo existe precisamente para incluir derechos...que si se invocan facilitan actividades dirigidas a destruir esos mismos derechos y libertades.<sup>260</sup>

En esencia, tipifica como abuso de derecho el ejercicio de un derecho con el propósito de destruir los cimientos mismos de la democracia.

Ahora bien, contrario al Artículo 10, diseñado para ser invocada por una persona natural o jurídica agraviada, el Artículo 17 el Estado mismo puedo invocarlo, bien para justificar la intervención o represión de la libertad de expresión. Así, en concreto, el TEDH ha permitido que sea acogido para validar la intervención estatal que

---

<sup>259</sup> TEDH, *Glimmerveen and Hageen v. the Netherlands*, (Com.) Octubre 1979, Nos. 8348/78 y 8406/78 (11 de octubre de 1978).

<sup>260</sup> TEDH, *Glimmerveen and Hageen v. the Netherlands*, (Com.) Octubre 1979, Nos. 8348/78 y 8406/78 (11 de octubre de 1978).

reprime por la mera enunciación de ideas con cierta abstracción del contexto en que se enuncian. Así sucedió cuando no quiso proteger expresiones de ideas que nieguen el hecho histórico del Holocausto.<sup>261</sup> No obstante, en otra decisión protegió la negación del genocidio del pueblo armenio.<sup>262</sup> Ambas decisiones levantan interrogantes que deben dilucidarse. Veamos.

En el 2015, *M'Bala M'Bala v. Francia*, un conocido negacionista del Holocausto hacía un espectáculo (“sketch”) donde negaba el hecho histórico del uso de cámaras de gas en los campos de concentración nazis. El acusado era a su vez un conocido comediante y político. Tras ser juzgado por las autoridades del gobierno de Francia, fue encontrado culpable de violar la ley francesa. Ante el TEDH, invocó la protección del Artículo 10 y con ello forzó la aplicabilidad de alguna de las limitaciones establecidas en el inciso segundo. Como hemos mencionado, la segunda parte de este articulado obliga al tribunal a realizar un balance de intereses entre ambas secciones del artículo: considerar la legalidad de la interferencia, su legitimidad y su necesidad para una sociedad democrática. El estado francés rechazó las protecciones del Artículo 10 e invocó la aplicabilidad del Artículo 17 arguyendo que las

---

<sup>261</sup> TEDH, *M'Bala M'Bala v. France*, (S), No. 25329/13 (20 de octubre de 2015).

<sup>262</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza* (GS), No. 27519/08 (15 de octubre de 2015).

expresiones del acusado debían considerarse un “abuso del derecho a la libertad de expresión”.

En su decisión, el TEDH optó por resolver bajo ambos artículos. Fundamentó su acercamiento ante la naturaleza de las expresiones, su contexto, expresiones anteriores reiteradas del acusado y por ser la negación de un hecho de comprobada existencia histórica. Culmina su análisis, reconociendo también la aplicación del Artículo 17 por constituir estas expresiones, de por sí, un “peligroso despliegue de odio y antisemitismo disfrazo de producción artística” que no ameritaba protección del Artículo 10.<sup>263</sup>

Ese mismo año, la “Gránd Chambre” (Gran Sala) del TEDH, a *contrario sensu*, reconocía y validaba la protección que establecía el Artículo 10 frente a unas expresiones negacionistas sobre el genocidio armenio. Por la importancia de una decisión de la Cámara Alta del TEDH, esta merece ser analizada con mayor extensión y rigor.<sup>264</sup> En *Perincek v. Suiza*, el líder de un partido político turco es acusado de hacer unas expresiones en Suiza sobre las muertes masivas de armenios en 1915.<sup>265</sup> En tres ocasiones y contextos distintos, este líder

---

<sup>263</sup> TEDH, *M’Bala M’Bala v. France*, (S), No. 25329/13 (20 de octubre de 2015), parr. 40.

<sup>264</sup> Sobre la importancia y jurisdicción limitada de la Gran Sala, véase, Artículos 26, 31 y 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1953).

<sup>265</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza* (GS), No. 27519/08 (15 de octubre de 2015).

(Perincek) negó en territorio suizo que lo ocurrido pudiese ser catalogado de “genocidio”. Las primeras expresiones fueron realizadas en una conferencia de prensa en mayo del 2005 en las que catalogaba el genocidio armenio como una mentira internacional promovida por el “imperialismo”, entendido este último como Estados Unidos, Inglaterra y Francia, entre otros países. Calificaba estas muertes como el resultado de una guerra de liberación nacional que efectuó Turquía en defensa de sus ciudadanos y los kurdos. Las expresiones fueron empleadas en su idioma turco. Expresiones similares fueron repetidas en una conferencia conmemorativa de la firma de un tratado internacional dos meses más tarde. Estas se expresaron en el idioma turco y alemán y se afirmaba que nunca existió un problema turco-armenio. En esa misma conferencia, Perincek repartió copias de un escrito suyo donde negaba la existencia de un genocidio del 1915 o años posteriores. Finalmente, en septiembre de 2005, en un mitin de su partido en Suiza, reiteró que las muertes y masacres ocurridas en 1915 no constituyeron genocidio alguno sino más bien fueron el resultado de la defensa de Turquía en los intereses nacionales de este país. Alegaba que ello estaba demostrado por información encontrada en unos archivos secretos en

posesión del gobierno ruso.<sup>266</sup> Tras recibir una denuncia criminal instada por una organización civil suiza-armenia, el sistema judicial suizo encontró culpable a *Perincek* de violar el derecho penal suizo. En particular, Suiza prohibía violar la dignidad humana mediante discursos públicos que nieguen y justifiquen el genocidio. El sistema judicial no consideraba que esta tipificación violaba el derecho a la libertad de expresión cobijada por la Constitución suiza por lo cual esto no fue impedimento para encontrarlo culpable. El asunto finalmente llegó a ser considerado por el TEDH y adjudicado en última instancia por la Cámara Alta de dicho foro.

Distinto a la decisión de la primera Cámara del TEDH, se decide que el Artículo 17 no estaba implicado directamente y por tanto no era necesario resolver el asunto bajo sus disposiciones. Recordemos que esta decisión es del 2016: parece evidente que el TEDH se aleja del empleo directo y único de la criticada “guillotina”, cuyo resultado final suele ser en contra del ejercicio de la libertad de expresión. El tribunal llegaría a un mismo resultado a través del Artículo 10 donde consideraría el alegado abuso de derechos contemplado en el Artículo 17.<sup>267</sup> La Cámara Alta recuerda que este

---

<sup>266</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015) parr. 13-16.

<sup>267</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015)

artículo es excepcional y solo debe ser utilizado en casos extremos: si se determina que la invocación de las protecciones del Artículo 10 constituyen un subterfugio (“deflection”) para minar y subvertir los valores democráticos que animan la Convención. Por no apreciar claramente esta intención en los hechos del caso, inicialmente discute este asunto solo bajo el Artículo 10: ¿son necesarias para mantener una sociedad democrática la represión de estas expresiones? Reitera los tres elementos básicos que conlleva adjudicar una controversia bajo este articulado y que antes hemos comentado: (1) lo imputado ¿constituye una expresión que active el artículo?; (2) lo expresado, ¿está proscrito por la ley penal cumpliendo con los requisitos de legalidad, es decir, es previsible lo que se prohíbe incluyendo las consecuencias de incumplir? Si el TEDH ha de intervenir, ¿se cumple con el margen de apreciación que el propio TEDH debe al país que aplica su derecho doméstico penal?; (3) lo imputado, ¿persigue un fin legítimo? y (4) la forma de lograr este fin, ¿es necesaria para evitar que se socaven los elementos constitutivos de la democracia según contemplados en la Convención?<sup>268</sup>

---

parr. 113-115

<sup>268</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015) pp. 61-71; parr 124-158.

Al aplicar estos criterios, la Cámara Alta determina sin dificultad que se cumplen los primeros dos criterios los cuales, de hecho, ni tan siquiera parecen estar en controversia por las partes. En cuanto al tercero, la persecución de un fin legítimo, el tribunal analiza los fines alegados por el gobierno suizo: prevenir una alteración al orden público y proteger los derechos de los demás. Concluye que ninguno cumple con el criterio de legitimidad conforme la jurisprudencia del TEDH. El significado de “defender o prevenir un problema de orden público” (“disorder”) amerita una interpretación restrictiva en contra de quien lo argumenta, que a su vez tiene el peso de la prueba de establecer la existencia del problema de orden público. En este caso, en ningún momento durante el proceso penal llevado por el gobierno suizo, la parte interventora presentó prueba de que estas expresiones públicas causaran o hubiesen podido causar un problema de orden público en Suiza. Ello a pesar de que en este país conviven tanto comunidades armenias como turcas. En cuanto a la violación de los derechos de otras personas, el tribunal reconoce que el pueblo armenio construye su identidad en el exilio, fundamentado “en la percepción” de que fueron víctimas de un genocidio en 1915. No obstante, considera que las expresiones negacionistas del Perincek fueron dirigidas a los causantes de la alegada mentira: los imperialismos de ese momento y no al pueblo armenio en el exilio.

Aún así, reconoce que el gobierno suizo legítimamente intervino para proteger el derecho a la dignidad humana de los descendientes de lo acontecido en 1915.<sup>269</sup>

Sin embargo, el Tribunal considera que Suiza no cumplió con probar el último elemento del examen judicial empleado: establecer que la intervención con la libertad de expresión era necesaria para preservar la democracia. Discute ampliamente los principios generales sobre este elemento establecidos por las decisiones anteriores del TEDH las cuales sintetiza en tres:

(1) [L]a libertad de expresión es un elemento fundacional de la sociedad democrática y uno de las condiciones básicas para el progreso y la autorrealización individuo. Sujeto a las limitaciones del Artículo 2(2) aplica no solo a ‘información o ideas’ que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes sino también aquellas que ofenden, sacuden (‘shock’) o perturban. Así lo demanda el pluralismo, tolerancia y amplitud mental sin las cuales no hay una sociedad democrática. Puede ser restringida [...] pueden existir excepciones, pero estas se interpretarán de forma restrictiva y su necesidad debe ser probada de forma convincente.

2) El adjetivo ‘necesaria’ que contiene el Artículo 10(2) implica la existencia de una necesidad social apremiante (‘pressing social need’). Las partes [en la Convención] tienen un

---

<sup>269</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015) parr. 155-157. pp. 69-70.

margen de apreciación para determinar esta necesidad [...] pero sujeto a la supervisión europea [...] El tribunal está apoderado para emitir una determinación final sobre este asunto [...]

3) La función del tribunal no es sustituir el criterio de las autoridades nacionales sino revisar las decisiones al amparo del Artículo 10 [...] El tribunal debe examinar si la interferencia bajo los hechos como un todo y determinar si fue proporcional a los fines perseguidos y si las razones aducidas fueron pertinentes y suficientes.<sup>270</sup>

En el contexto de la controversia que adjudica, el TEDH considera necesario resolver que el sentido de identidad personal de un grupo forma parte de la vida privada de sus integrantes. Esta vida privada está protegida por el Artículo 8 de la Convención.<sup>271</sup> De esta manera, el tribunal sopesa el conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y la vida privada sin abierta necesidad de considerarlos bajo el prisma único de abuso de derechos que prohíbe el Artículo 17, aunque lo tomara en consideración.<sup>272</sup>

La represión de un llamado a la violencia, odio o intolerancia en el ejercicio a la libertad de expresión lo entiende en el contexto de

---

<sup>270</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015), parr. 196-197.

<sup>271</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015), parr. 196.

<sup>272</sup> Este acuerdo fue en votación de 14-3: Decide aplicar el Artículo 17 de la Convención en los méritos de la querrela bajo el Artículo 10 y 13-4 al decidir que no podía aplicarse directamente el Artículo 17.

su necesidad inevitable para defender una sociedad democrática. Ello obliga al tribunal a recapitular su reiterada doctrina. Hay que considerar: (1) el trasfondo político y social de estas expresiones (por ejemplo, conflictos armados al momento en el territorio donde se hacen expresiones, procesos electorales, conflictos sociales presentes como integración de musulmanes a sociedad francesa); (2) si fueron expresiones en un contexto inmediato o más amplio haciendo un llamado directo o indirecto a la violencia, odio o intolerancia particularmente si son dirigidos a grupos étnicos, religiosos u otros grupos, como los homosexuales; y (3) debe considerarse también la forma (“manner”) de las expresiones, es decir si fueron hechas con la capacidad, directa o indirecta, de ocasionar consecuencias dañinas (por ejemplo, uso de la literatura, publicaciones electorales, debates televisivos, despliegue de una bandera).<sup>273</sup>

Como se deduce de lo anterior, el TEDH indirectamente analiza si la libertad de expresión fue ejercitada de forma abusiva contra la vida privada e identidad del pueblo armenio en la diáspora suiza. La dificultad principal del análisis y de la decisión tomada giraba en diferenciar estas expresiones negacionistas de aquellas donde se había condenado la negación del Holocausto. De hecho,

---

<sup>273</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015) Parr. 200-207.

como se discutirá más adelante, esto fue la causa de la discordia principal de las opiniones disidentes de varios magistrados. Perincek nunca había sido acusado de justificar el genocidio armenio o de hacer expresiones de odio contra aquellos causantes de este. Solo negaba su tipificación como “genocidio” hablando como político y no como historiador sobre un asunto de interés público. El TEDH cita con aprobación al Tribunal Constitucional de España y su apreciación diferenciando “justificar un genocidio” como diferente a “negar su ocurrencia”.<sup>274</sup> Apoyado en el contexto de las expresiones, se destaca que las expresiones fueron hechas en Suiza y dirigidas a los países involucrados en la alegada “mentira del genocidio”.<sup>275</sup> Concluye que no hubo incitación a conducta delictiva alguna y no existía contexto histórico alguno en Suiza que hiciera de estas expresiones unas particularmente ofensivas a la dignidad de la comunidad armenia residente de ese país. En contraposición a esta realidad, las controversias sobre la negativa del Holocausto han provenido de países que fueron víctimas directas de este evento. Para el Tribunal, el requisito de *proporcionalidad*, inherente a la frase “necesario en

---

<sup>274</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015). parr. 241 (citando al Tribunal Constitucional de España, (7 noviembre 2002, No. 235/2007)).

<sup>275</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015). parr. 252.

una sociedad democrática” que contempla el Artículo 10, obliga concluir que una convicción en Suiza no puede permitirse por una situación ocurrida en Turquía hace más de 90 años.<sup>276</sup> Para la mayoría de los jueces de la Alta Cámara, el negacionismo del Holocausto, distinto al genocidio armenio, está “ligado a la ideología nazi, que es antidemocrática y hostil por sí mismo (“inimical”) a los derechos humanos [...] que a veces ha obligado al tribunal a invocar el Artículo 17 como suplemento del Artículo 10”.<sup>277</sup>

Para siete jueces disidentes hubo violación al Artículo 10. Incluso, cuatro de estos jueces piensan que las expresiones de Perincek fueron tan odiosas y denigrantes que debió aplicarse el Artículo 17 en sus méritos, sin ser necesario aplicar el Artículo 10. Para los siete disidentes, las masacres y deportaciones del pueblo armenio constituyen un evidente genocidio (“self evident”) claramente establecido como un hecho histórico y no sujeto de rectificación. Afirman que debió respetarse la decisión del poder judicial suizo en ese sentido. El balance que requiere el Artículo 10 fue hecho adecuadamente por estas autoridades. Además, como

---

<sup>276</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015) parr. 244-245.

<sup>277</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, No. 27519/08 (15 de octubre de 2015) parr. 209.

cuestión metodológica, el tribunal minimiza y hace agua los efectos del ámbito universal de los derechos humanos. Esto es así por la forma de aplicar en su decisión los factores “históricos y geográficos”, los cuales contrastan con decisiones anteriores concernientes al genocidio en Ruanda o el acometido por el Khmer Rouge en Camboya.<sup>278</sup>

#### **4.2.4 El Artículo 17 y la “democracia militante”**

A mitad de década de 1930, el jurista alemán Karl Loewenstein advertía a la democracia norteamericana sobre el peligro que corrían las democracias si no enfrentaban adecuadamente al fascismo. Hacía un llamado a tomar conciencia y aprobar legislación que ayudase a la democracia a defenderse de sí mismas a través de lo que acuñó como exigencias de la “democracia militante”.<sup>279</sup> Dichas acciones no implicarían pérdida de legitimidad democrática, por el contrario, la fortalecería pues obligaba a prohibir partidos políticos extremistas y discursos de odio.<sup>280</sup> Se trataba de “combatir el fuego con el fuego”.<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> TEDH, *Perincek v. Suiza (GS)*, no. 27519/08 (15 de octubre de 2015), parr. 7 (J. Spielman y otros, opinión disidente).

<sup>279</sup> Loewenstein K., *Militant Democracy and Fundamental Rights II*, 31 *Am. Pol. Sci. Rev.* 417 (1937).

<sup>280</sup> Kahn, R., *Why Europeans Ban Hate Speech? A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post*, 41 *Hofstra L. Rev.* 545, 557-563 (2013).

<sup>281</sup> Loewenstein K., *Militant Democracy and Fundamental Rights II*, pp. 638, 774.

Hoy día este concepto está reflejado en la Ley Fundamental de la República Alemana de 1949. El Artículo 21.2 de esta carta magna establece la inconstitucionalidad de los partidos políticos, o el comportamiento de sus militantes, que tengan como objetivo proponer menoscabar o eliminar el orden básico neoliberal o poner en peligro la existencia de la República Alemana.<sup>282</sup>

A mi juicio, el Artículo 17 de la Convención tiene reminiscencia de este principio. De hecho, su invocación se fundamenta en esas premisas. El “abuso de derechos” puede invocarse cuando se pretende utilizar un derecho fundamental reconocido para violentar otro derecho igualmente reconocido. Recordemos lo afirmado por el TEDH:

El propósito del Artículo 17 es prevenir que grupos totalitarios exploten sus propios intereses a través de los principios enunciados en la Convención [...] [Este]Artículo existe precisamente para incluir derechos [...] que si se invocan facilitan actividades dirigidas a destruir esos mismos derechos y libertades.<sup>283</sup>

Es decir, cuando se determina que la invocación de las protecciones del Artículo 10 constituyen un subterfugio (“deflection”) para minar y subvertir los valores democráticos que animan la

---

<sup>282</sup> Artículo 21.2, GRUNDGESETZ [GG] [Ley Fundamental de Alemania].

<sup>283</sup> *Glimmerveen and Hageen v. the Netherlands*, (Com.) Octubre 1979, Nos. 8348/78 y 8406/78 (11 de octubre de 1978).

Convención. No obstante, el TEDH no ha incorporado este concepto en sus decisiones. Lo ha citado en un ejercicio de derecho comparado al discutir decisiones del Tribunal Constitucional de España que expresamente ha rechazado incorporar el concepto en su acervo doctrinal.<sup>284</sup>

Tras analizar el contenido de varias decisiones sobre conflictos en el ejercicio de la libertad de expresión que puede causar daños es menester profundizar en las semejanzas y contrastes entre el TEDH y el TSEU. En particular, deben contrastarse con precisión sus métodos de adjudicar conflictos.

---

<sup>284</sup> Véase, por ejemplo, TEDH, *Herri Batasuna y Herri Batasuna v. Spain*, (S) 25803/04, 25817/04 (3 de junio de 2009).

## **CAPÍTULO V**

### **VALORACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO EN PERSPECTIVA COMPARADA: EL TEDH Y EL TSEU**

#### **5.1 Antecedentes**

Sopesar intereses en conflictos es la razón de ser de cualquier tribunal en cualquier estado de derecho. Como se ha indicado previamente, comparar las decisiones resultantes entre sistemas judiciales constituye un reto, sobretodo, entre organismos judiciales nacionales y organismos judiciales supranacionales. Para el jurista, el reto es aun mayor si la comparación es entre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primero deriva su poder de la primera constitución normativa racional escrita que conoce Occidente nacida en el siglo 18. El segundo tiene una razón histórica fundacional nacida de la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y la hecatombe creada por el nazismo coronada por el Holocausto. No hay forma de entender ambos sistemas judiciales sin comprender el impacto de este último en Europa y el redescubrimiento de la “dignidad humana” como valor y como principal derecho humano universal. Ampliemos esta reflexión.

Al comparar las decisiones de ambos organismos, enfatizamos lo que ha señalado con gran acierto y meridiana claridad el jurista norteamericano Michel Rosenfeld. El aparato represivo nazi, que

sirve de trasfondo a la creación del TEDH, era impulsado por el propio Estado que promovía el discurso de odio y el exterminio por razones raciales y religiosas. Esto marca un contraste patente con el contexto de muchas de las controversias más modernas que tienen su génesis en otra realidad:

[L]as confrontaciones actuales con el discurso de odio guardan en su mayor parte, enorme distancia del caso nazi. Mientras que el discurso del odio de la Alemania nazi fue perpetrado por el gobierno como parte de su ideología y política oficial, en las democracias contemporáneas, en términos generales, son los oponentes del gobierno y, en una gran mayoría de los casos, los miembros de los grupos marginados sin esperanzas razonables de alcanzar el poder político quiénes emprenden el discurso de odio. Por otra parte, en algunos casos, las personas castigadas por emprender el discurso del odio han sido miembros de grupos durante mucho tiempo discriminados por las políticas y la retórica racistas.<sup>285</sup>

Además, hemos señalado que la Constitución llamada a ser interpretada por el TSEU es una concisa, con una escasa enumeración de derechos al compararla con las constituciones modernas, y no contiene cláusulas expresas que limiten los derechos que enumera. Cuando el TSEU interpreta una disposición constitucional, tiene que

---

<sup>285</sup> Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Constitutional Law*, p. 2 (traducción suplida).

recurrir a la jurisprudencia previa que el propio Tribunal ha desarrollado. Algunas de estas limitaciones jurisprudenciales son de fechas anteriores a las atrocidades del nazismo.<sup>286</sup> A su vez, son derechos esencialmente negativos que fueron incorporados para prevenir la interferencia del gobierno y no son vistos como obligaciones positivas que el gobierno debe asumir para propiciar que afloren estos derechos.<sup>287</sup> Tampoco son decisiones judiciales sujetas a ser revisadas por autoridad judicial superior alguna, contrario a las decisiones de los tribunales nacionales europeos que pueden ser sometidas al control de un tribunal supranacional, el TEDH.<sup>288</sup> Cuando el TSEU toma una decisión, se siente estructuralmente limitado por los valores que animan las doctrinas de separación de poderes y el federalismo norteamericano pero no así por limitaciones supranacionales. De hecho, al presente, existe debate en su seno sobre el rol, si alguno, que debe ocupar el derecho comparado en sus procesos decisionales. Una mayoría parece inclinarse por una visión muy escéptica de este rol, limitando al máximo su valor y reconocimiento. Al resolver una controversia constitucional, el derecho constitucional comparado es considerado “inapropiado” al

---

<sup>286</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 124 Yale L. J., 3094, 3122 (2015).

<sup>287</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, p. 3123.

<sup>288</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, p. 3123.

entender que ello solo es pertinente al momento de redactar una constitución.<sup>289</sup>

Sin embargo, cuando de derechos humanos se trata, el enfoque comparado no solo es importante sino necesario. Los retos que enfrenta el Estado democrático y las dificultades del ciudadano cuando se reprime, por ejemplo, la libertad de expresión, obliga a introducir elementos jurídicos en común. Es frecuente que tribunales de diferentes naciones enfrenten problemas similares ligados por principios compartidos tan comunes que crean un trasfondo normativo que apunta hacia soluciones similares.<sup>290</sup> El jurista norteamericano Rex Glensy utiliza un símil muy pertinente:

Estos principios comunes forman una familia de ideas que se inter-relacionan como un tapiz de manera tal que la fortaleza del hilo no radica en el hecho de que una fibra corra a través del largo sino la superposición de una fibra con otra. Las referencias provenientes del derecho internacional o comparado tienen la función que hace una aguja conectando los hilos. En ese proceso, hace accesible las soluciones de cuestiones similares ofrecidas por otras jurisdicciones.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 932 (1997).

<sup>290</sup> Glensy, R., *The Use of International Law in U.S. Constitutional Adjudication*, 25 *Emory Int'l L. Rev.* 197, 216 (2011).

<sup>291</sup> Glensy, R., *The Use of International Law in U.S. Constitutional Adjudication*, pp. 216-217 (traducción del autor).

Enfrentar este contraste o comparación metodológica permite comprender mejor las formas de resolver los conflictos relacionados con las expresiones de odio y el dilema que ello plantea a la democracia.

## 5.2 Metodología

### 5.2.1 “Balance” v. “proporcionalidad” como referentes metodológicos

La referencia a “balance de intereses” o “balancing” en inglés, como metodología de adjudicación constitucional, suele referirse a simplemente “sopesar intereses en conflicto”. Conceptualmente, “balancing”, utilizando la metáfora de una balanza, implica comparar de salida dos objetos sin tener preferencia inicial por ninguno de ellos.<sup>292</sup> No debe entrañar apreciación subjetiva ni normativa de quien observa la balanza. Por supuesto, en un proceso decisional judicial esto no sucede. Mucho menos si sopesar intereses conlleva medir valores en conflicto que son considerados derechos fundamentales o balancear un derecho fundamental con intereses que el Estado está obligado a proteger.<sup>293</sup> ¿Podría disminuirse esa apreciación subjetiva

---

<sup>292</sup> Curtis, D.E. & Resnik, J., *Images of Justice*, 96 Yale L. J. 1727, 1741 nota al calce 32 (1978) citado en Cohen-Eliya, M. & Porat, I., *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 San Diego L. Rev. 367, 385, notal al calce 76 (2009).

<sup>293</sup> Peterson, N., *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, 14 German L. J. 1387, 1392 (2013).

del juzgador con un proceso o balance estructurado de razonamiento jurídico? Esta discusión teórica-filosófica-judicial trasciende la discusión de esta investigación.<sup>294</sup> Al menos en el derecho constitucional de los Estados Unidos, el método tradicional de “balancing” se contrasta con la metodología de escrutinios judiciales y la creación de categorías o doctrinas especiales de adjudicación a las que hemos aludido anteriormente en este escrito. En el “balancing” no existen reglas o criterios preexistente que guíen la discreción del juez al sopesar los intereses en conflicto los cuales entran en la balanza con idéntico peso y son igualmente comparables. De ahí que cada valoración de los intereses se sopesa según los hechos particulares de cada controversia.<sup>295</sup>

Para el juez Antonin Scalia, por ejemplo, esta metodología de “balancing” puro puede atentar contra la protección de derechos fundamentales contenidos en el Bill of Rights en tanto empodera en demasía a funcionarios (jueces y juezas) no electos, y por lo tanto puede ser profundamente antidemocrática.<sup>296</sup> Para este juez, la

---

<sup>294</sup> Peterson, N., *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, nota al calce 2.

<sup>295</sup> Peterson, N., *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, p. 1391.

<sup>296</sup> *District of Colombia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). Tushnet, M., Cohen, A. & Blocher, J., *Free Speech Beyond Words*, New York University Press, New York, 2017.

enumeración de derechos contenida en la Constitución peligra por este balance. Su efecto neto es “sacar de las manos del gobierno -y colocar en la tercera rama de gobierno- el poder de decidir caso a caso si vale la pena insistir en su validez [de un derecho enumerado]”.<sup>297</sup> En cierto sentido, ante el TSEU, “balancing” se asocia con una perspectiva que limita los derechos en vez de reconocerlos y expandirlos. Como se discutirá más adelante, evoca decisiones de comienzos del siglo 20 cuando el TSEU invalidó cientos de leyes de protección social por estar en contra de su conveniencia en el sistema económico de libre empresa. El poder judicial se tornó en uno profundamente antidemocrático cimentado en un alegado “balance de intereses”.<sup>298</sup> La posición del fenecido Juez Scalia también es asumida por el Juez Clarence Thomas quien todavía integra la plantilla del TSEU. Este radicalismo en defensa de los derechos enumerados permite defender con vehemencia el derecho a portar armas como un derecho individual cuyas limitaciones deben estar sujetas al escrutinio más riguroso y alejado del “balancing test”. Esto se traduce muchas veces en una defensa a ultranza del escrutinio riguroso o estricto en controversias sobre la libertad de expresión. Esta defensa, asumida como “punta de

---

Tushnet, M, Cohen, & A. Blocher, J., *Free Speech Beyond Words*, New York University Press, New York, 2017.

<sup>297</sup> *Heller*, 554 U.S. 570, 635 (2008) (traducción del autor).

<sup>298</sup> Véase *Lochner v. New York*, 249 U.S. 45 (1905).

lanza” de los sectores más conservadores en los Estados Unidos, los obliga a pagar un precio: también tienen que ser férreos defensores de otros derechos que a veces son contrario a su ideología. No solo me refiero a la libertad de expresión sino también a la libertad de asociación o a la prohibición contra registros y allanamientos irrazonables.<sup>299</sup>

En contraste con “balance de intereses”, el concepto conocido por “proporcionalidad” es empleado en diversos sistemas de derecho en el resto del mundo incluyendo, como hemos discutido, el TEDH. El mismo se utiliza como principio, meta y método de adjudicación. Su origen como concepto jurídico hay que trazarlo al derecho alemán donde incluso desde 1949 se encuentra constitucionalizado.<sup>300</sup> Este origen es muy distinto a la forma en como nace el “balancing” del TSEU, es decir, no nace para limitar derechos. Por el contrario, está pensado como escudo de protección de los derechos fundamentales masacrados durante la Segunda Guerra Mundial y atrocidades como

---

<sup>299</sup> Puede consultarse las posiciones del Juez Scalia en determinadas controversias penales como *Kyllo v. United States* 533 U.S. 27 (2001) (sobre luces infrarrojas termales para registrar residencias) o las del Juez Thomas sobre limitaciones a la libertad de asociación en controversias sobre leyes que obligan a la divulgación de donantes de dinero a entidades sin fines de lucro o la obligación de partidos políticos a rendir cuentas sobre sus finanzas en *Americans for Prosperity Foundation v. Bonta*, 141 S.Ct. 2373 (1 de julio de 2021) (J.C. Thomas, opinión concurrente).

<sup>300</sup> Stone Sweet, A. & Jud Mathews J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 Colum. J. Transnat'l L. 72, 104-112 (2008).

el Holocausto.<sup>301</sup> El jurista alemán Berhard Schlink afirma que se trata de un principio aristotélico: lo justo es lo proporcional y lo injusto lo desproporcional.<sup>302</sup>

De entrada, en general, un análisis de “proporcionalidad” en general observa un objeto (fin o meta); luego, se coloca al lado o se compara con otro. La atención se fija en ese segundo objeto para analizar si es proporcional al primer objeto, es decir a la meta o fin.<sup>303</sup> Esta comparación necesariamente conlleva limitar la discreción del observador: el primer objeto es dado y el segundo se ofrece con instrucciones de comparar. Como metodología judicial, un análisis de proporcionalidad estricta guía al adjudicador del conflicto a seguir unos pasos. Como trasfondo, el peso inicial de la prueba corresponde al gobierno o a la parte que alega el ejercicio de un derecho que afecta al suyo (en el caso de conflicto entre dos derechos fundamentales). El *primer* paso, uno esencial, conlleva analizar el fin legítimo (meta o bien que se persigue o mal que se quiere erradicar) que procura la medida o acción impugnada (“fin legítimo”); el *segundo*, si la medida

---

<sup>301</sup> Cohen-Eliya, M. & Porat, I., *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 San Diego L. Rev. 367, 387 (2009).

<sup>302</sup> Schlink, B., *Proportionality (1)*, en Rosenfeld, M. & Sajó, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, pp. 719, 720.

<sup>303</sup> Curtis, D.E. & Resnik, J., *Images of Justice*, 96 Yale L. J. 1727, 1741 nota al calce 32 (1978) citado en Cohen-Eliya, M. & Porat, I., *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 San Diego L. Rev. 367, 385, nota al calce 76.

guarda relación con el fin perseguido (“adecuada”) y el *tercero*, si es necesaria para lograr el fin que persigue (“necesidad”). Existe un *cuarto paso*: si el gobierno supera los pasos anteriores, sopesar si en verdad los beneficios que se derivan de la medida sobrepasan (“outweight”) los costos que conlleva la interferencia con el derecho violentado. Cuando se utiliza este cuarto paso, el método de proporcionalidad adquiere una nueva etiqueta: proporcionalidad *stricto sensu*. Es decir, este cuarto y último paso, más que un ejercicio de balance estructurado llama al Tribunal a considerar tanto el derecho interferido como el fin de la medida,

[N]o como gravedad teórica, sino en términos del peso relativo o el rumbo que lleva el Estado para justificar el daño al derecho implicado en el contexto particular del caso a luz de los valores constitucionales existentes. De esta manera se evita que los tribunales sustituyan su criterio por aquél del legislador. Es el llamado a la rama judicial a cumplir su rol valioso -asegurar que se preste atención apropiada a los derechos dentro del esquema de la justicia constitucional.<sup>304</sup>

Por lo tanto, la modalidad *stricto sensu* es utilizar los esquemas y los valores de la proporcionalidad además del mero balance de intereses o aplicación mecánica o rígida del balance estructurado o

---

<sup>304</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in Age of Proportionality*, pp. 3100-3101 (2015) (traducción del autor).

dirigido. Con ello, también se promueve la individualidad e igualdad humana esencial ya que la proporcionalidad como método exige al tribunal sopesar “una justificación razonada que explique la imposición de una carga o interferencia con sus derechos” en contrapeso con los intereses del Estado sin asumir de antemano que la acción gubernamental impugnada esté sujeta a una presunción de inconstitucionalidad.<sup>305</sup> Aun así, requiere de una explicación razonada para que aflore esa individualidad e igualdad humana pues obliga al Tribunal a ser más transparente en sus decisiones. Considérese lo siguiente: como método, el tercer paso de la *proporcionalidad* exige que el Estado (representando los intereses sociales) establezca que es necesario violentar un derecho fundamental al no tener ninguna otra alternativa.<sup>306</sup> No obstante, el no tener alternativas menos invasivas, no finaliza el análisis de contrapeso de intereses. Al final, debe hacer un balance *independiente* donde fundamente su conformidad como poder judicial a la luz del interés o fin que persigue la medida impugnada.<sup>307</sup> Como se discutirá más adelante, este elemento es problemático en la concepción del llamado escrutinio estricto y la

---

<sup>305</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in Age of Proportionality*, p. 3109.

<sup>306</sup> Como se analizará más adelante, este tercer paso se asemeja al escrutinio estricto desarrollado por el TSEU.

<sup>307</sup> Stone Sweet, A. & Jud Mathews J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 Colum. J. Transnat'l L. 72, p. 109.

forma de aplicar un análisis de “least restrictive means” (medio menos restrictivo) en el derecho constitucional de los Estados Unidos. Este escrutinio desarrollado por el TSEU presume la inconstitucionalidad de la ley, una vez se demuestre la carga que ha creado en la persona afectada. A su vez, en cuanto a los elementos constitutivos de la democracia en dicha jurisdicción, ello tiene importantes implicaciones en la forma de resolver controversias potenciales sobre expresiones de odio.

### **5.2.2 Tribunal Supremo de los Estados Unidos**

El TSEU no ha aceptado oficialmente como metodología la “proporcionalidad estricta” al resolver ciertos conflictos sobre derechos constitucionales. De hecho, dos de los jueces que actualmente componen la plantilla del Tribunal han abogado explícitamente por su incorporación al menos como principio de adjudicación en controversias sobre libertad de expresión.<sup>308</sup> Como hemos mencionado, el rechazo explícito de la proporcionalidad como método viene de parte del fenecido Juez Scalia por entender que al final del proceso (al menos en su cuarto paso) este método es otra forma de balance sin estructura o guía al juez que no supera la

---

<sup>308</sup> *Álvarez*, 567 U.S. 709, 730-31 (2012) (J.S. Breyer & J. E. Kagan, opinión concurrente).

protección constitucional del llamado “escrutinio estricto”. A su vez, su uso en controversias sobre libertad de expresión tampoco supera las diferentes reglas establecidas en las llamadas categorizaciones que el TSEU ha reconocido.

Sin embargo, en otras áreas del derecho constitucional, el TSEU ha hecho uso del concepto “proporcional” en su forma más simple para resolver conflictos constitucionales. Ello incluye asuntos relacionados con la pena de muerte, derecho electoral, expropiación forzosa y el debido proceso de ley. En todos ellos la “proporcionalidad” forma parte de alguna regla o doctrina de adjudicación aunque permea de forma implícita todo el análisis del problema. Es decir, la “proporcionalidad” como concepto se ha incorporado expresamente como parte de algunas doctrinas no vinculadas a la libertad de expresión pero sin seguir los cuatro pasos ya discutidos o, cuando menos, dejando afuera cualquier apariencia de ser proporcional en “*stricto sensu*”.<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup> Véase opinión disidente del juez Breyer en *District of Columbia v Heller*, 554 U.S. 570, 681 (2008) (J.S. Breyer, opinión disidente) y su opinión concurrente en *United States v. Álvarez*, 567 U.S. 709, 730 (2012) (J.S. Breyer, opinión concurrente). El asunto también es analizado en el libro Breyer, S., “*The Court and the World: American Law and New Global Realities*”, pp. 254-262.

### **5.2.2.1 El método norteamericano de “escrutinios” o reglas que guíen el “balance” para sopesar intereses en conflicto**

Ahora nos referiremos, en general, a la forma de adjudicar un conflicto relacionado con derechos constitucionales y, en particular, a aquellos relativos a la libertad de expresión. Como hemos discutido, en Estados Unidos la fuente principal es la Enmienda Primera de su Constitución. Reiteramos que su texto está redactado en términos absolutos: el Congreso no aprobará ley alguna que limite la libertad de expresión. Por ser la institución responsable de controlar la constitucionalidad de los actos del gobierno, corresponderá al TSEU decidir cuáles intereses del Estado justifican la interferencia en el ejercicio de este derecho tal como ha sido limitado su ejercicio en otras partes del mundo democrático.<sup>310</sup> No obstante, recordemos que aunque este derecho está contenido de forma expresa en la Constitución desde 1791, no fue hasta 1919 que el TSEU adjudicó un conflicto sobre una ley del Congreso que se alegaba era ejecutada de forma contraria a la libertad de expresión.<sup>311</sup> La Constitución no proveía, como todavía no provee de forma expresa, las instancias en que el gobierno podía limitar este derecho. Eso obligó al TSEU a embarcarse en un viaje judicial continuo que le permita identificar

---

<sup>310</sup> *Mardbury v. Madison* 5 (1 Cranch) U.S. 137 (1803)

<sup>311</sup> *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

estas limitaciones y la metodología a emplearse para resolver las controversias. De hecho, cuando se redacta la Declaración Universal de Humanos de 1949 se hizo con el trasfondo de esta experiencia norteamericana, pero en el contexto de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Lo mismo sucedió cuando se redacta la Convención de los Derechos Humanos y el TEDH. Contrario a la Carta de Derechos de la Constitución de Estados Unidos, la redacción de estos instrumentos reconoce la existencia de ciertos derechos fundamentales pero a su vez incorpora limitaciones expresas a estos derechos como es el caso de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, el Artículo 10, Sección 1 reconoce la libertad de expresión pero la sección segunda reconoce que la ley pueda limitarle, a la vez, que enumera las instancias específicas en que ello puede hacerse.<sup>312</sup>

La autoridad judicial norteamericana va a determinar la forma de controlar la constitucionalidad de los actos del gobierno sin otra limitación que no sea aquella que la propia institución haya desarrollado por medio de decisiones judiciales previas a lo largo de los años. En muchas instancias, no encuentra decisiones anteriores

---

<sup>312</sup> Los Artículos 8-11 y el Artículo 14 crean derechos y limitaciones expresas a su ejercicio. No obstante, el TEDH sopesa el ejercicio de derechos fundamentales con otros intereses afectados aun cuando no aparezcan estas limitaciones de forma expresa en la Convención. Véase, Rivers J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 Cambridge L. J. 174, 182 (2006) citado en Stone Sweet, A. & Jud Mathews J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, p. 46, nota al calce 283.

que ayuden en esta búsqueda para resolver controversias noveles (tanto por los hechos particulares, como por el derecho aplicable). Estas limitaciones, que cobran forma de “doctrinas”, “escrutinios” o “exámenes judiciales” son creadas por jueces y juezas con nombramientos de por vida cuyas decisiones no están sujetas a revisión superior. En la sociedad norteamericana existen, por lo tanto, unos temores muy norteamericanos al proceso judicial y el rol de los jueces. Además, la naturaleza misma del federalismo norteamericano (con sus limitaciones que se imponen al gobierno federal), la “separación de poderes” y principios del “common law” han llevado al Tribunal a autoimponerse la máxima doctrinal de “*stare decisis*” u obligación de adherirse a decisiones previas del Tribunal, es decir a sus “precedentes”. El TSEU ha descrito esta norma de autolimitación como una que “promueve el desarrollo de principios jurídicos imparciales, predecibles y consistentes aplicables a la toma de decisiones contribuyendo así a la integridad real y percibida del proceso judicial”, aun cuando pueda concluirse que se trata de un precedente mal decidido.<sup>313</sup> La certeza de un precedente es más importante que su corrección. Más aun, el principio se debe respetar,

---

<sup>313</sup> *Kimble v. Marvel Enterprises*, 576 U.S. 446, 455 (2015).

aunque estos hayan surgido de controversias donde el TSEU los ha creado sin que procedan propiamente de una ley.<sup>314</sup>

El TSEU y el pueblo norteamericano también encuentran refugio en su historia para explicar su aprensión a ciertas decisiones emitidas.<sup>315</sup> Por ejemplo, al analizar la historia de la libertad de expresión a través de las decisiones tomadas entre 1917-1965, vimos como estas limitaron la libertad de expresión al punto de convertir la “palabra” en delito. No obstante, fue durante los albores del siglo 20, entre 1905 hasta 1934, cuando se pudo apreciar la injerencia de este foro en asuntos que no correspondían a tenor con sus principios de separación de poderes. En 1903, en *Lochner v. New York* se inicia una época que se extendería por 26 años en la que el TSEU se entregó a los grandes intereses del capital y el mercado a pesar de que en un momento determinado ese mismo capital necesitaba de la intervención del Estado para salir de la primera gran depresión mundial.<sup>316</sup> Durante esos años, el TSEU llegó incluso a cuestionar la sabiduría de leyes aprobadas por los estados y el Congreso, dirigidas a mejorar las condiciones de vida de los trabajadores para con ello elevar la calidad de la oferta de trabajo en un mercado en crisis

---

<sup>314</sup> *Kimble*, 576 U.S. 446, 455 (2015).

<sup>315</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, p. 3125.

<sup>316</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1903).

mundial. El Juez Holmes, en su opinión disidente en *Lochner*, critica el enfoque utilizado:

[U]na constitución no está diseñada para encarnar una teoría económica particular, bien sea esta paternalista [...] o *laissez faire*. Fue hecha para un pueblo con diferentes perspectivas. Si accidentalmente nos encontramos con opiniones naturales y familiares o que son noveles e incluso chocantes, ello no debe guiar nuestro juicio al decidir si una ley viola o no la Constitución.<sup>317</sup>

Durante este período el Tribunal llegó a declarar inconstitucional más de 200 leyes de reglamentación económica, federales y estatales.<sup>318</sup> Estas experiencias históricas han alimentado esa desconfianza en la alegada pureza e imparcialidad de las decisiones del TSEU. De esta manera, cualquier método creado para resolver controversias constitucionales, que dependa casi exclusivamente de la subjetividad del juez o jueza, es visto con gran suspicacia.<sup>319</sup> Ello marca un contraste con cierto optimismo en jurisdicciones de derecho civil donde la función del legislador y la

---

<sup>317</sup> *Lochner*, 198 U.S. 45, 65 (1903) (J. W. Holmes, opinión disidente) (traducción del autor).

<sup>318</sup> Serrano Geyls R., *II Derecho Constitucional de Puerto Rico y los Estados Unidos*, p. 925; Breyer, S., *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, p. 255.

<sup>319</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, pp. 3126-3129

obligatoriedad de la ley hace que el juez sea percibido más despolitizado que en el *common law* norteamericano.<sup>320</sup>

En su momento, esa desconfianza histórica en el TSEU incluyó la deferencia extrema demostrada al legislador en tiempos de guerra aun cuando se impugnaban leyes que claramente violaban la libertad de expresión. Esa deferencia tuvo su máxima expresión en el ya discutido caso de *Dennis v. United States* decidido en 1951. La mera pertenencia al Partido Comunista constituía suficiente “peligro claro y presente”. Esta conclusión se fundamentaba en un *balance* entre la gravedad del mal que el legislador quiere evitar y la improbabilidad de su ocurrencia. Este balance, considerando los fines de los partidos comunistas, justificaba la interferencia con el derecho a la libertad de expresión. Peor aun, dicho balance puro *sin* reglas o estructura resultaba necesario en tanto correspondía al legislador aquilatar en primera instancia los intereses en conflicto. De esta manera, la deferencia del TSEU obligaba aun cuando estuviera involucrado un derecho como la libertad de expresión. Para todos los efectos prácticos, una pluralidad del Tribunal aplicó lo que se conoce como un “escrutinio racional” o “deferencial” al permitir al legislador

---

<sup>320</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, pp. 3125-26.

(Congreso) definir la libertad de expresión.<sup>321</sup> El TSEU daba paso a doctrinas represivas como limitar la libertad de expresión política por la “mala tendencia” que llevaban estas expresiones, es decir, al temor e incluso los efectos indirectos que podrían ocasionar y que el gobierno debía evitar.

Aun dentro de la deferencia demostrada, en 1938 fue una famosa nota al calce en una decisión la que inició lo que eventualmente sería una bifurcación en este análisis. En esta se aludía a la posibilidad de utilizar un “escrutinio judicial más preciso o exigente” (“*a more exacting judicial scrutiny*”) si una ley, aun con finalidades económicas o sociales, violentaba algunos de los derechos contenidos en las primeras diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>322</sup> Con esta afirmación, nació lo que eventualmente se conocería como el escrutinio o examen judicial estricto o riguroso en el derecho constitucional federal. En su esencia, significa menos deferencia al criterio del legislador al estar involucrados derechos que el TSEU está llamado a tutelar. De hecho, tenemos que ubicar el desarrollo de este escrutinio principalmente en la década de los años

---

<sup>321</sup> Este escrutinio guarda relación con la llamada “razonabilidad de *Wednesbury*” en el derecho constitucional británico y la deferencia judicial casi absoluta al Parlamento inglés. Peterson, N., *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, 14 *German L. J.* 1387, 1397.

<sup>322</sup> *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 152 nota al calce 4 (1938).

sesenta cuando la nación norteamericana se involucra en la guerra de Vietnam y en las calles de los Estados Unidos se reclaman con fuerza los derechos civiles recogidos en la Constitución de 1791. Esa década marca el segundo momento de mayor trascendencia constitucional en Estados Unidos, superada quizás solo por las enmiendas constitucionales aprobadas después de la guerra civil ocurrida justamente 100 años antes.<sup>323</sup> Este escrutinio cobrará forma de metodología de adjudicación, o reglas doctrinales que deben ser aplicadas por los tribunales, cuando está involucrado un reclamo de violación de derechos contenidos en el Bill of Rights. El mismo se ha suscitado principalmente en controversias relacionadas con el trato desigual ante las leyes, discrimen por contenido en controversias sobre libertad de expresión, violación a la libertad de culto y, en una forma muy peculiar, en libertad de asociación.<sup>324</sup>

En cuanto a la libertad de expresión, hemos discutido que este escrutinio no se utiliza de idéntica forma en controversias sobre ciertas expresiones que el TSEU considera desprotegidas o devaluadas históricamente de valor social. A esas expresiones, que incluye las expresiones que incitan a la comisión de un delito, el Tribunal las ha “categorizado” según su contenido y creado un

---

<sup>323</sup> Farber, D., *The First Amendment*, p. 67.

<sup>324</sup> Fallon, R., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 *UCLA L. Rev.* 1267, 1268-1269 (2007).

método de adjudicación particular. No obstante, tanto las doctrinas derivadas de estas categorías, como aquellas de un escrutinio más riguroso o estricto conllevan dirigir la discreción del TSEU estableciendo de antemano la proporción o peso que tendrán ciertos intereses en las escalas de la balanza judicial. Es por ello, que no es preciso calificar este escrutinio estricto ni a las categorías especiales creadas en ciertas controversias bajo la libertad de expresión como un mero “balance de intereses” (“balancing test”) puro. En todo caso, se trata de un balance “estructurado” donde el escrutinio riguroso tiene unas claras reglas de adjudicación pero en las categorías se convierten en una especie de “escrutinio estricto pre empacado”.<sup>325</sup>

No deja de llamar la atención que esta forma de adjudicación de crear categorías fue inicialmente desarrollada en 1969 en el caso de *Brandenburg v. Ohio*, discutido previamente. Como hemos señalado, la fuerte protección que ofrece esta decisión a dichas expresiones es una de las razones que ha impedido que el TSEU reconozca la necesidad de crear una categoría nueva dirigidas a las expresiones de odio. Para el jurista Daniel Farber, la doctrina desarrollada en *Brandenburg* es una sumamente protectora de la libertad de expresión con reminiscencia de elementos del escrutinio

---

<sup>325</sup> Farber, D., *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, 84 Ind. L. J. 917, 930 (2009).

riguroso.<sup>326</sup> A su vez, es una “fórmula” que desde 1969 *obliga* al TSEU evitando así que la discreción o politiquería se apodere de la historia pública del momento.<sup>327</sup> Por tanto, este examen judicial o categoría única,

puede ser o no una formulación ideal. Pero nace de un esfuerzo judicial de 60 años en desarrollar una guía manejable. *Brandenburg* ha funcionado razonablemente bien y es poco probable que cualquier otra formulación pueda superarlo.<sup>328</sup>

De hecho, algunos comentaristas alegan que esta categoría se asemeja a un escrutinio estricto sobretodo si lo comparamos con el escrutinio deferencial o racional.<sup>329</sup> Sin embargo, a su vez, evita aquilatar ciertos intereses necesarios para la democracia y la dignidad humana. La insurrección suscitada en el edificio y sobre los trabajos en el Congreso de los Estados Unidos, apoyada por expresiones del Presidente de los Estados Unidos el 6 de enero de 2021, quizás crea una nueva situación política y jurídica que permita reconsiderar los contornos de esta jurisprudencia histórica.<sup>330</sup>

---

<sup>326</sup> Farber, D., *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, p. 930.

<sup>327</sup> Farber, D., *The First Amendment*, p. 71.

<sup>328</sup> Farber, D., *The First Amendment*, p. 71 (traducción del autor).

<sup>329</sup> Farber, D., *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, p. 930.

<sup>330</sup> Fryre, A., *Incitement: Modernizing the Standard*, disponible en <https://thehill.com/opinion/judiciary/547053-inctement-modernizing-tht->

Regresemos al esquema básico de escrutinios. El escrutinio estricto, es la respuesta a la deferencia absoluta que reflejaba el caso de *Lochner* en las primeras tres décadas del siglo pasado. Esta deferencia “lockeriana”, aun en casos que implicaran violación a derechos constitucionales, es conocida como la aplicación de un escrutinio racional. La ley impugnada sobrevivía todo ataque constitucional después de que el TSEU pudiese identificar cualquier interés legítimo invocado por el Estado para justificar tal violación.<sup>331</sup> Esto presuponía que la parte que impugnaba la ley tenía el peso de probar que no existía vinculación alguna entre el interés que perseguía el Estado y el medio empleado para lograrlo. Es decir, entre ambos existía una perfecta incongruencia. La gravedad de los hechos o el impacto de acción del gobierno sobre la persona afectada no podría superar el derecho del gobierno de corregir un mal social identificado. El poder judicial no era la propia para reivindicar los derechos constitucionales. La ley se presumía constitucional de manera prácticamente incontrovertible aun cuando hubiese una violación a un derecho fundamental. El asunto correspondía a las ramas políticas.

---

standard; Reiferson B., *Making the Case for Trump's January 6th Speech as Incitement*, disponible en, <https://legaljournal.princeton.edu/making-the-case-for-trumps-january-6th-speech-as-incitement/>

<sup>331</sup> Fallon, J., *Strict Judicial Scrutiny* p. 1270.

Hoy día, en el derecho constitucional federal de Estados Unidos, previo a activar el escrutinio correspondiente, se requiere que se determine si la ley o intervención del Estado ha violentado algunos derechos constitucionales como lo es la libertad de expresión. El escrutinio que se active auxiliará al TSEU en determinar si tal violación es en efecto inconstitucional o no. Si la violación alegada es solo incidental o de poco impacto, se activará el escrutinio racional o deferencial lo cual significa que con gran posibilidad la ley es constitucional. Considero que es más apropiado precisar que la activación del escrutinio correspondiente no dependerá de si se ha violentado un derecho fundamental. Un calificativo más apropiado posiblemente sería analizar la *magnitud* de la interferencia alegada para así determinar si ha ocurrida una *violación* que active el escrutinio riguroso o uno menos riguroso; por el contrario, si no hay tal violación se activará el escrutinio racional. Tales precisiones quizás más propias de nuestro vernáculo no han ocurrido en las decisiones del TSEU. Aun así, existe consistencia doctrinal para identificar con facilidad cuando una ley activa un escrutinio u otro, es decir cuando existe una violación o cuando solo es una afectación incidental al derecho reclamado.<sup>332</sup> Este enfoque que ordena analizar

---

<sup>332</sup> Fallon, J., *Strict Judicial Scrutiny*, p. 1321.

de entrada la naturaleza o magnitud de la carga creada por la ley impugnada, obliga a asumir como ciertos los hechos alegados. Sin embargo, el asunto se torna constitucionalmente más problemático si se alega que la ley es inconstitucional de su faz, es decir, inconstitucional no importa los hechos alegados presentes o futuros.<sup>333</sup>

Previo incluso a considerar si se activa escrutinio alguno, es necesario considerar una importante norma de hermenéutica desarrollada por el TSEU que le obliga a evadir o soslayar las cuestiones constitucionales si puede resolver el asunto sin entrar en esta valoración. Razones de prudencia judicial, federalismo y separación de poderes constituyen el sustrato que explican estas normas. Así, por ejemplo, en lo posible se deben resolver las controversias mediante una interpretación estatutaria o de ley que resuelva el conflicto a satisfacción de las partes pero sin entrar en su constitucionalidad.<sup>334</sup>

Una segunda consideración se relaciona con la posibilidad de que la ley viole la libertad de expresión por no cumplir con el principio de legalidad o de notificación adecuada al alegado infractor por

---

<sup>333</sup> Véase la reciente decisión en *Americans for Prosperity Foundation v. Bonta*, 141 S.Ct. 2373 (1 de julio de 2021), Parte IIIb. En particular se observará que esta interpretación radical ya tiene una mayoría de votos .

<sup>334</sup> *Aswander v. Tennessee*, 297 U.S. 288, 346 (1935).

adolecer de “vaguedad”.<sup>335</sup> Asimismo puede ser que una ley sea precisa y clara en lo que legítimamente interesa reglamentar pero al así hacerlo incluye instancias expresivas donde un número sustancial de ellas se entienden protegidas por la libertad de expresión. Esta doctrina se conoce como “excessive overbreadth” o amplitud excesiva.<sup>336</sup> Ambas instancias constituyen defectos de redacción del legislador que pueden llevar al TSEU a declarar una ley inconstitucional de su faz, lo cual implicaría su anulación para uso posterior o limitaría grandemente su utilización. Por las implicaciones que tiene en la doctrina de separación de poderes, no son doctrinas que se emplean con frecuencia.

Por su simetría con elementos del examen judicial de “proporcionalidad” utilizado por el TEDH, profundizaremos a continuación elementos particulares del examen judicial estricto utilizado por el TSEU en variedad de controversias constitucionales sobre libertad de expresión. En esta exposición, téngase presente la cuestión democrática. Los escrutinios desarrollados por el TSEU, ¿reflejan de alguna forma los imperativos de la democracia según entendida y contenida por el derecho constitucional de los Estados Unidos? ¿Cuál es el grado de confianza que reflejan en el gobierno el

---

<sup>335</sup> Farber, D., *The First Amendment*, pp. 48-52.

<sup>336</sup> Farber, D., *The First Amendment*. pp. 48-52.

individualismo y la autodeterminación individual? ¿Cómo comparan estas consideraciones con el esquema o doctrinas de “proporcionalidad”?

#### 5.2.2.2. Escrutinio estricto

Bajo este examen judicial riguroso, la ley impugnada debe satisfacer dos requisitos básicos: el primero, perseguir un interés no solo legítimo sino apremiante (“compelling”). El segundo, el medio diseñado por la ley debe estar ajustado estrechamente (“narrowly tailored”) al interés que se persigue.<sup>337</sup>

Comencemos con este segundo criterio. Esta parte del escrutinio ha sido utilizado por el TSEU de formas variadas.<sup>338</sup> En ocasiones, ha sido muy rígido interpretando que ello implica que el Estado ha utilizado los medios menos restrictivos (“*less* restrictive means”) para lograr su interés; otras veces da a entender que se trata del medio o alternativa absolutamente menos restrictiva u onerosa al derecho lesionado (“*least* restrictive means”). Es decir, que el Estado debe probar que no tiene ninguna otra alternativa para lograr la finalidad apremiante que persigue la ley impugnada que no sea sacrificar la Constitución.

---

<sup>337</sup> *Boos v Barry*, 485 U.S. 312 (1988).

<sup>338</sup> *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

En su sentido más estricto, se supone que entre el objetivo perseguido y las medidas para lograrlo debe existir la más perfecta congruencia. Ante las inconsistencias o imprecisiones, el Tribunal ha señalado que lo medular es distinguir este examen judicial del escrutinio deferencial o racional, de modo que el Estado sienta que tiene el peso de justificar la constitucionalidad de la ley. Sin embargo, si el Estado logra establecer que en efecto el medio propuesto por la ley es la única manera de lograr lo que se persigue, *ahí concluye el análisis*. La ley es constitucional. De igual forma, si la parte que impugna la ley apunta hacia la existencia de alternativas menos gravosas que pudo haber empleado el Estado, la ley es declarada inconstitucional. No se hará análisis ulterior que considere si esta alternativa menos onerosa o restrictiva es igual de efectiva a los fines que persigue el gobierno. El grado de efectividad de la ley hacia este fin no derrota el deber del Estado de utilizar el medio que menos lesiona el derecho invadido. Por lo tanto, llegada esta tercera etapa, la función del juez es casi ministerial, con muy poca discreción: declarar la ley inconstitucional. Es decir, la función del tribunal es casi automática. Es un examen judicial “estricto en teoría pero fatal en los

hechos”.<sup>339</sup> El legislador o la autoridad pública encargada de ejecutar le ley, actuaron contrario a la Constitución. Repito, es impertinente escudriñar si la medida impugnada es la más eficiente para lograrlo. Lo determinante es si es la única disponible para lograrlo. El análisis del interés del Estado se torna secundario. Es lo más cercano a interpretar que la libertad de expresión en efecto es absoluta tal como refleja el texto de la Enmienda Primera (“El Congreso no aprobará ley alguna [...]”). De ahí que en muchas instancias, los llamados jueces liberales o progresistas y jueces conservadores del TSEU, se unen en una perspectiva absolutista en defensa del derecho fundamental interferido, particularmente si se trata de la libertad de expresión. Ello incluye su repudio a reprimir las expresiones de odio como excepción o categoría especial a la doctrina general sobre las limitaciones por el mensaje específico (“content based”) de ciertas expresiones.<sup>340</sup>

Los litigantes en una controversia sobre libertad de expresión conocen que la médula del resultado deseado está en lograr convencer al TSEU si debe aplicar el escrutinio riguroso ya que ello anticipa quién ganará el caso. Repitamos: este escrutinio crea una presunción

---

<sup>339</sup> Fallon, J., *Strict Judicial Scrutiny*, p. 1304 (citando Gunther, G., *The Supreme Court, 1971 Term--Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972)).

<sup>340</sup> Como se ha discutido, el ejemplo paradigmático de esta situación es *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

de inconstitucionalidad casi irrefutable. En este escrutinio, el juez tiene su discreción limitada; el balance de intereses que realizará está guiado o estructurado. Este escrutinio, tan protector hacia los derechos fundamentales en general y hacia la libertad de expresión en particular, fue una de las razones por las cuales el TSEU estableció ciertas “categorías” particulares para resolver controversias sobre determinados “contenidos” donde la valía de lo expresado debe estar menos protegido que otros “contenidos.” Ha sido también una de las razones para darle un nuevo significado al concepto “more exacting scrutiny” (escrutinio exigente) el cual es distinto al “estricto”. A veces, a este escrutinio exigente se le conoce como “escrutinio intermedio”. En el fondo se trata de una manera de apartarse de la rigurosidad del escrutinio estricto y la deferencia casi absoluta del escrutinio racional.

#### **5.2.2.2.1 La naturaleza del interés u objetivo que persigue la ley y la metodología de los escrutinios**

Toda ley u acción del gobierno debe perseguir un interés legítimo, es decir, promover un bien o combatir un mal social. La situación podría complicarse dado que debe presumirse que toda ley es legítima. No es nuestro interés analizar la posible tautología de esta afirmación. No obstante, el TSEU ha intentado distinguir tres tipos de

intereses del Estado a los fines de alinearlos con su metodología de escrutinios. Me refiero al interés legítimo, interés importante o sustancial e interés apremiante. Todos tienen en común que se fundamentan en su legitimidad. La diferencia parece radicar en la *magnitud* o *urgencia* del interés que promueve el Estado. Cuando intenta identificar y calificar el interés del Estado como apremiante y distinguirlo de los demás, la distinción conceptual ha generado decisiones muy confusas en el TSEU. Como ha explicado el jurista norteamericano Richard Fallon, “[n]o importa cómo caractericemos este interés, el Tribunal ha adoptado un abordaje muy casual al identificar los intereses que son apremiantes”.<sup>341</sup>

Para mayor confusión, en el uso de este escrutinio en controversias sobre libertad de expresión, las decisiones más recientes incorporan una peculiaridad. En el 2015, la decisión en *Reed v. Town of Gilbert*, el Juez Thomas, en una opinión con seis votos a favor, afirma que si se ataca la constitucionalidad de una ley que en sus propios términos (o “de su faz”) discrimina por su contenido comunicativo, es decir, por el tema discutido, la idea o mensaje

---

<sup>341</sup> Fallon, R., *Strict Judicial Scrutiny*, p. 319-1320 (traducción del autor). En la presente investigación utilizamos los siguientes términos de forma similar al referirnos a lo que mueve al Estado a actuar: interés, fin, objetivo, “mal a corregirse” y “bien que se persigue”. En estricta hermenéutica jurídica, estos términos podrían no ser idénticos. Véase, Farinacci Fernós, J., *Hermenéutica puertorriqueña: cánones de interpretación jurídica*, InterJuris, 2019, pp. 181-191.

enviado, no es necesario analizar de entrada si el interés del Estado es benigno, “neutral al contenido” en su justificación o analizar si refleja un ánimo prevenido contra la idea expresada.<sup>342</sup> Por tanto, no es pertinente analizar si este interés es legítimo, importante o apremiante. Resolver una controversia de libertad de expresión sin necesidad de escudriñar la magnitud del interés u objetivo del Estado, lleva al límite la aplicación del escrutinio estricto. La controversia de *Reed* giraba en torno al contenido diferenciado de normas de señalización en las calles de una comunidad. Las normas de señalización establecían diferencias con muy poca lógica, por ejemplo, entre tamaño de rotulación en rótulos temporeros y rótulos permanentes o rótulos ideológicos y rótulos políticos.<sup>343</sup> Aunque la opinión del TSEU tuvo el apoyo de todos los jueces, el Juez Stephen Breyer y la Jueza Elena Kagan aprovecharon la ocasión para expresar, en una opinión concurrente, su crítica al uso rígido de la metodología de escrutinios. En particular, rechazan que toda ley que discrimine por contenido implique la activación automática del escrutinio estricto. Para el Juez Breyer, la metodología de escrutinios no puede resolver todas las

---

<sup>342</sup> *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 163 (2015). Está pendiente ante el TSEU una controversia que podría alterar o aclarar esta afirmación. Véase *Reagan Nat’l Advert. of Austin, Inc. v. City of Austin*, 972 F.2d. 696 (5th.Cir. 2020), cert. expedido el 28 de junio de 2021.

<sup>343</sup> *Reed v. Town of Gilbert, Ariz.*, 576 U.S. 155 (2015).

controversias sobre libertad de expresión. Al inicio de su opinión concurrente, afirma lo siguiente:

La Enmienda Primera requiere una gran sensibilidad judicial hacia tanto los objetivos de la Enmienda como hacia las necesidades legítimas del público. Son asuntos que ameritan ser reglamentados sin estar expuestos [a ataques constitucionales] con la mera simple invocación de categorías como ‘escrutinio estricto’ o ‘discrimen por contenido’. Desde mi perspectiva, la categoría de ‘discrimen por contenido’ se analiza mejor dependiendo de sus variados contextos en lugar de ser sometidos a reglas de oro (‘rules of thumb’) que conllevan la activación automática del escrutinio estricto que las llevarán [las leyes impugnadas] a su segura condena jurídica.<sup>344</sup>

Estos jueces claman por una mayor posibilidad de hacer un balance estructurado, pero más abierto y transparente sin colocar de entrada el peso de la prueba en el Estado presumiendo de forma casi irrefutable la inconstitucionalidad de la ley.

En síntesis: el escrutinio estricto representa un extremo en las doctrinas de adjudicación constitucional ante el TSEU. Recuérdese, que el escrutinio racional refleja una deferencia casi absoluta al criterio del legislador. Este abordaje representa otro extremo en la

---

<sup>344</sup> *Reed*, 576 U.S. 155, 176 (2015). (J.S. Breyer, opinión concurrente) (traducción del autor).

adjudicación de sus controversias constitucionales. En el escrutinio racional, el control de la constitucionalidad de los actos del gobierno que reclama la “revisión judicial”, se desvanece *de facto*. Por su parte, bajo el escrutinio estricto, para todos los efectos, es fatal para la ley, el criterio del Legislador y la voluntad democrática que se supone encarna el Congreso.

### **5.2.2.3 Escrutinio “exigente” o “intermedio” y el análisis de la necesidad de la ley**

El eje doctrinal de estos dos extremos, escrutinio racional y escrutinio estricto, ha causado que el TSEU haya establecido un tercer tipo de escrutinio aplicable a una variedad de controversias constitucionales, incluyendo la libertad de expresión. Nos referimos a lo que se ha catalogado como “escrutinio exigente” o “intermedio”. (en adelante, “escrutinio intermedio”).<sup>345</sup> Con sus diferentes matices, este escrutinio es utilizado en controversias sobre libertad de expresión en asuntos como la expresión comercial, expresión simbólica o “conducta expresiva”, limitaciones a la libertad de

---

<sup>345</sup> Para una lista de las instancias donde se ha aplicado este escrutinio en controversias de libertad de expresión, véase la opinión concurrente de la Jueza Elena Kagan en *Reed*, 576 U.S. 155, 179 (2015) (J.E. Kagan, opinión concurrente). Para una referencia a este examen judicial solo como un “escrutinio exigente”, en sustitución del término “intermedio”, pero -en todo caso- siempre distinguible del “estricto”, véase, *Americans for Prosperity Foundation v. Bonta v. Bonta*, 141 S.Ct. 2373 (1 de julio de 2021).

expresión cuando se ejerce en espacios públicos en cuanto al “tiempo” y “forma” que se lleven a cabo estas expresiones. Siempre deben estar divorciados de cualquier interés por reprimir el *contenido* específico de una expresión. Es necesario reflexionar sobre sus elementos constitutivos.

Bajo un examen judicial intermedio el Estado debe probar que persigue un interés “legítimo e importante o sustancial” aunque no necesariamente sea “apremiante.” Los medios para lograrlo deben estar ajustados a este objetivo pero no de manera perfecta, precisa o menos restrictiva. Es decir: no se requiere que el Estado establezca la existencia de alternativas menos onerosas, invasivas o restrictivas para lograr su objetivo. De hecho para la Jueza Kagan, este escrutinio también se ha aplicado excepcionalmente cuando el TSEU ha decidido no invocar el escrutinio riguroso en instancias donde la ley discrimina por contenido de su faz, pero el Tribunal está de acuerdo con que debe subsistir.<sup>346</sup> No obstante, en otras ocasiones se ha utilizado justo para declarar inconstitucional una ley sin utilizar el escrutinio riguroso.<sup>347</sup> El interés del TSEU en ofrecer mayor

---

<sup>346</sup> Un ejemplo lo vemos en *Renton v. Playtime Theaters*, 475 U.S. 41, 48 (1986) (sobre ordenanzas de zonificación que discriminan contra cines que exhiben películas de contenido sexualmente explícitos).

<sup>347</sup> *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014) (sobre una ley que regula protestas cerca de hospitales si estos piquetes están relacionados con el tema de aborto).

protección a la libertad de expresión sin menoscabar el interés social legítimo, es decir, el balance adecuado de los intereses en conflicto, llevaron a dicho foro a adoptar un escrutinio que permitiera un decreto de inconstitucionalidad sin aplicar las presunciones del escrutinio estricto. Sin embargo, lo que distingue un interés “importante o sustancial” de uno apremiante sigue en un estado de confusión.

Con mayor intensidad, el TSEU ha empleado el escrutinio intermedio en controversias sobre restricciones a la libertad de expresión por razones de “espacio, tiempo o forma de una comunicación”.<sup>348</sup> Esto se refiere a leyes que de su faz son neutrales en su contenido, es decir, totalmente divorciadas de todo interés por suprimir una idea o punto de vista particular. En *Ward v. Rock Against Racism*, TSEU ha intentado explicar la diferencia entre este escrutinio y el escrutinio riguroso de esta manera:

Para que no haya confusión [...] reafirmamos hoy que una reglamentación de tiempo, espacio y forma sobre un ejercicio de libertad de expresión protegido, debe cumplir de forma estrechamente ajustada (‘narrowly tailored’) los intereses de neutralidad en su contenido pero no tiene que hacerlo de la manera menos restrictiva o invasiva (‘least-restrictive or least intrusive means’). En su lugar, el requisito de estar estrechamente ajustada a un interés gubernamental sustancial se satisface si

---

<sup>348</sup> *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014).

establece que esta medida es más eficiente al fin que persigue [‘aunque no sea la menos restrictiva’].<sup>349</sup>

De otra forma, “mientras el medio seleccionado no sea sustancialmente más amplio que lo necesario para lograr el interés del gobierno, la reglamentación no será invalidada porque existan alternativas menos restrictivas a la expresión afectada”.<sup>350</sup>

Como se ha mencionado, cuando se emplea el escrutinio riguroso o estricto, la ley se presume inconstitucional colocando el peso de probar lo contrario en el Estado. El escrutinio intermedio no crea esta presunción ni una carga tan pesada sobre el Estado aunque mantiene el proceso de hacer el balance con un sesgo contra el Estado y a favor del que impugna la ley. Tratándose de una alegada violación a un derecho como la libertad de expresión, el Estado tiene el peso mayor de establecer la importancia de su interés y la necesidad de la medida propuesta. Entonces, corresponde al afectado el peso u obligación de establecer que la medida no adelanta el interés o que lo hace de una manera muy abarcadora al compararse con su finalidad. Para explicar este régimen de prueba, y por su estrecha relación con

---

<sup>349</sup> *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 798-99 (1989) (traducción del autor).

<sup>350</sup> *Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 799 (1989) (traducción del autor).

algunos elementos de la “proporcionalidad” (bien como método o como meta), retomemos el caso de *Ward*.

#### **5.2.2.3.1 *Ward* y el nacimiento del escrutinio exigente o intermedio**

En *Ward*, se dilucida un ataque constitucional a cierta reglamentación de la ciudad de Nueva York (“Ciudad”) sobre el uso de altoparlantes o sonido amplificado en una parte de su principal área verde, el Parque Central. En particular, se referían al uso de un anfiteatro acústico abierto. Muy cercano a este espacio coexistían áreas residenciales cuyos habitantes se quejaban del ruido que emanaba del uso de altoparlantes en este anfiteatro abierto. Luego de varias medidas infructuosas para tratar de resolver este asunto, la Ciudad decide armonizar los intereses en conflicto aprobando una guía para el empleo de sonido amplificado en el anfiteatro. La guía establecía que solo podría utilizarse equipo de sonido controlado por un técnico de sonido, ambos suministrados por la ciudad. Una banda de música rock interesaba usar el anfiteatro pero con su propio equipo y técnicos. Esta banda se dedicaba a música dirigida a combatir el racismo. De ahí su nombre, “Rock Against Racism”. Por entender que las guías violentaban de su faz su libertad de expresión y por su desconfianza en las autoridades gubernamentales, demandan a la

Ciudad. Para lograr armonizar los derechos constitucionales de la banda con la obligación de la ciudad de proteger la paz, sosiego y tranquilidad vecinal, el Estado tenía varias alternativas o medios a su disposición: (1) limitar el nivel del sonido a un máximo de decibeles permitiendo a su vez a los usuarios emplear su propio equipo y técnicos; (2) suministrar el equipo pero permitiendo al los usuarios utilizar sus técnicos de sonido; o (3) permitir el uso de equipo y sonido propios de los usuarios pero limitando su arte a cierto horario y días de semana.<sup>351</sup> Como se observa, cada medida refleja un grado de intrusión mayor o menor en la libertad de expresión artística de la banda. Por diversas consideraciones y experiencias pasadas, la Ciudad había decidido que lograba su finalidad a través de lo recogido en la guía.

Los reclamantes del derecho a la libertad de expresión no lograron convencer al tribunal de primera instancia, o foro inferior, de la inconstitucionalidad de las guías. Su fundamento esencial fue que la Ciudad estaba obligada a utilizar un análisis de “alternativa menos restrictiva” para lograr su objetivo “legítimo” e incluso “importante”, como es la paz y tranquilidad vecinal. Existían otras alternativas menos restrictivas (como las enumeradas anteriormente) al ejercicio

---

<sup>351</sup> Algunas de estas alternativas fueron discutidas durante el litigio. *Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 785 (1989).

de su libertad de expresión artística que las contenidas en las guías. Las guías obligaban a usar el equipo y técnico que proveía y controlaba la Ciudad.

El tribunal de primera instancia resolvió a favor de la Ciudad. Más adelante, un tribunal apelativo revocó y resolvió que era necesario aplicar un análisis de alternativas menos restrictivas y, por estar estas disponibles, la ley era inconstitucional. El TSEU resuelve la cuestión confirmando al tribunal de primera instancia. Ni de su faz ni en su aplicación estas reglas de la Ciudad estaban dirigidas a ideas o contenidos específicos de forma tal que procediera activar un examen judicial estricto. Por el contrario, eran de “contenido neutral” en tanto eran de aplicación general con relación a todo sonido amplificado emitido, por ejemplo, por cualquier grupo o persona (otros artistas, políticos, religiosos, etc.) aunque las mismas habían sido refinadas justo por experiencias con este grupo de músicos.<sup>352</sup>

Como tal, eran unas guías divorciadas de todo interés por suprimir ideas en particular: solo se limitaba la *forma* de enviar un mensaje en un espacio público. Esta limitación estaba legítimamente justificada por razones únicas de paz y tranquilidad vecinal. Por tanto, el nivel de escrutinio aplicable no podía ser el estricto o riguroso sino

---

<sup>352</sup> *Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 788-87 (1989).

uno menos exigente. Correspondía a los reclamantes del derecho demostrar que la directriz empleada por los artistas derrotaba materialmente el control y calidad del mensaje que se deseaba llevar.<sup>353</sup> Es decir, la guía estaba ajustada al objetivo perseguido, aunque no era la más perfecta ni la que menos restringía la libertad de expresión.

Para los tres jueces disidentes se trataba de la primera vez que el TSEU interpretaba este requisito de ajuste estrecho (“narrowly tailored”) como uno distinto a “alternativa menos rigurosa” (“least restrictive means”).<sup>354</sup> Antes de esta decisión, esbozan que tanto el escrutinio estricto como uno menos exigente requerían un análisis de “alternativas menos restrictivas”. Ahora, para todos los efectos el TSEU daba mayor importancia a la eficiencia de la acción gubernamental por encima del peso que creaba a la libertad de expresión.<sup>355</sup> Añaden que al interpretar así el requisito de “ajuste estrecho” (“narrowly tailored”) si bien se aclaraban unos conceptos

---

<sup>353</sup> *Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 800 (1989).

<sup>354</sup> *Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 804 nota al calce 1 (1989) (J. T. Marshall, opinión disidente).

<sup>355</sup> *Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 806 (1989) (J. T. Marshall, opinión disidente).

usados en el pasado se “enriquecía la eficiencia pero se sacrificaba la libertad de expresión”.<sup>356</sup>

En adelante, el TSEU se reservaba el análisis de “alternativa menos restrictiva” como un elemento constitutivo solo del escrutinio estricto. De hecho, unos días más tarde, en una controversia sobre libertad de expresión comercial donde también se aplicaba el escrutinio exigente (intermedio) pero no estricto, el TSEU colocaba en el Estado el peso inicial de la prueba pero aclaraba que aunque se necesitaba un encuadre (“fit”) entre el fin que persigue el Legislador y los medios seleccionado para su logro:

[E]s un encuadre que no necesariamente debe ser perfecto, pero sí razonable; que represente no necesariamente la mejor forma lo lograrlo, aunque debe ser uno proporcional al interés que se busca; que no necesariamente busca el medio menos restrictivo [...] sino uno ajustado a la medida de su finalidad. Dentro de estos parámetros dejamos que sea los hacedores de política pública del gobierno los que decidan cual medio emplear.<sup>357</sup>

Rechaza a su vez, que este escrutinio sea muy permisivo con el Estado: “[E]s muy diferente al escrutinio racional”.<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> *Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 807 (1989) (J. T. Marshall, opinión disidente).

<sup>357</sup> *Bd. of Trustees of State University of N.Y. v. Fox*, 492 U.S. 469, 480 (1989) (traducción del autor).

<sup>358</sup> *Bd. of Trustees of State University of N.Y.*, 492 U.S. 469, 480 (1989).

#### **5.2.2.4 Escrutinios, categorización y el “mercado de ideas”**

Aunque son varias las teorías que explican la justificación teórica de la libertad de expresión que contiene la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos, una de ellas es repetida o puede detectarse con mayor frecuencia. Me refiero a la necesidad de un “mercado de ideas” donde cada persona tenga la misma oportunidad de escoger la idea que más le convence. Hemos discutido que esta justificación teórica se manifiesta de forma abierta y articulada en las decisiones del TSEU surgidas en la segunda década del siglo 20 a través de las opiniones disidentes o concurrentes de los Jueces Holmes y Brandeis. Para Holmes,

[L]a persecución de ideas parece lógica [...] si no se tiene duda de las premisas o del poder o si se quiere mediante la ley hacer desaparecer las ideas contrarias [...] Pero cuando los seres humanos se dan cuenta con el tiempo que como mejor se combaten otras ideas, como mejor uno logra reafirmar sus creencias y el fundamento de su conducta, como se optimiza el mayor bien es mediante el libre intercambio (‘trade’) de ideas [...] [D]e esta manera la mejor prueba de la verdad reclamada es someter el poder que sustenta ese pensamiento a la competencia del mercado [...] de donde surgirá la única verdad [...] De cualquier forma, esta es la teoría de nuestra

Constitución. Es un experimento como toda la vida es un experimento.<sup>359</sup>

Unos años después, el Juez Brandeis afirmaba en opinión concurrente que:

Si hay un tiempo para exponer por medio de falsedades y falacias, de evitar un mal que pueda ser [transmitido] por los procesos de educación, el a ser remedio a ser aplicado es permitir más expresiones y menos represión con el silencio obligado.<sup>360</sup>

Hoy día, esta justificación está presente en todos los jueces y juezas del Tribunal.<sup>361</sup> No obstante, han aflorado diferencias sobre su pertinencia sobre ciertas controversias. Así, por ejemplo, los jueces Breyer y Kagan y la fenecida Ruth Bader Ginsburg muestran aprensión u oposición a darle el mismo valor utilitario del “mercado de ideas” a la reglamentación económica-social que impacta la libertad de expresión. Me refiero a reglamentación sobre ciertos contenidos, como por ejemplo, controles sobre nombres de marcas de fábrica,<sup>362</sup> libertad de expresión de entes corporativos,<sup>363</sup> y

---

<sup>359</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (J.W. Holmes, opinión disidente) (traducción del autor).

<sup>360</sup> *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927) (J. Brandeis, opinión concurrente)

<sup>361</sup> *Mahony Area School District v. B.L. By and Through Levy*, 141 S.Ct. 2038, 2026 (23 de junio de 2021).

<sup>362</sup> *Matal v. Tam*, 137 S.Ct. 1744 (19 de junio de 2017).

<sup>363</sup> *Citizens United v. Fed. Election Commn.*, 558 U.S. 310 (2010).

expresiones afectadas por reglamentaciones de profesiones reguladas por el Estado.<sup>364</sup>

Por supuesto, también se debe explicar el encuadre en la teoría del mercado de ideas con la aparente antinomia que producen las llamadas expresiones de “escaso valor social” o históricamente desfavorecidas las cuales se han categorizado con doctrinas especiales. En esa misma dirección, por ejemplo, en *Barr v. American Assn. of Political Consultation*, una mayoría de estos jueces y juezas concurren con el decreto de inconstitucionalidad de una ley que reglamentaba el contenido que debían exhibir las llamadas a celulares generadas por computadoras o “robotcalls”.<sup>365</sup> La ley era igualmente rigurosa al reglamentar las llamadas de cobro de deudas y llamadas de naturaleza política o entidades sin fines de lucro. Para la mayoría del TSEU se trataba de una ley que discriminaba de forma fatal por contenido por lo cual se presumía inconstitucional y se aplicaba el escrutinio estricto. Los tres jueces antes mencionados, encabezados por una opinión del Juez Breyer, concluyen que se debe declarar la inconstitucionalidad de la ley pero rechazan la aplicación automática reiterada en *Reed* de activar el escrutinio estricto ante todo discrimen

---

<sup>364</sup> *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552 (2011).

<sup>365</sup> *Barr v. American Assn. of Political Consultation*, 140 S.Ct. 2335 (6 de julio de 2020).

por contenido. En su argumentación expanden lo expresado en la concurrencia de *Reed* y expanden sobre su concepción crítica del “mercado de ideas”. Por su pertinencia a la centralidad de este escrito lo citamos extensamente:

Esta controversia involucra principalmente reglamentación comercial, a saber, cobro de deudas. Desde mi perspectiva, no debe existir base para aplicar el escrutinio estricto [...] [P]ara explicar por qué es importante entender al menos una parte del conjunto de valores que subyacen la Primera Enmienda y las razones por las cuales se escudriñan de forma estricta algunas restricciones a la libertad de expresión. El concepto es abstracto pero simple: Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, hemos creado un gobierno de leyes redactadas por representantes electos. Para que la república permanezca *democrática*, el pueblo debe tener la libertad de generar, debatir y discutir ideas, esperanzas y experiencias. El pueblo debe poder transmitir sus resultados y conclusiones, al elegir sus representantes electos moldeando de forma directa o indirecta la opinión pública. El objetivo de esta transmisión [...] es influenciar la política pública que redactan estos representantes. Como ha expresado el Tribunal, la Enmienda Primera fue creada para asegurarse de que existiera un libre intercambio de ideas para traer el cambio político y social que desea la gente. En otras palabras, el libre mercado de ideas no es simplemente para debatir el mercado en el vacío. Es un instrumento fundamental para propiciar el cambio político y económico [...] La democracia

representativa, es decir, Nosotros el Pueblo (“We the People”), demanda que sea así.<sup>366</sup>

Más adelante señala que:

[L]os tribunales no deben usar la Enmienda Primera de forma tal que amenacen los fines de los esquemas gubernamentales regulatorios que a su vez poseen muy poca amenaza al mercado de ideas y que se han diseñado como resultado del discurso público.<sup>367</sup>

Más recientemente, en una controversia sobre la libertad de expresión de los estudiantes de escuela secundaria, el Juez Breyer logró, al menos en apariencia, que seis jueces se unieran con sus votos a su concepción del “mercado de ideas”. Al decretar la inconstitucionalidad de una acción gubernamental que castigaba a un estudiante por hacer expresiones derogatorias a través de las redes sociales y fuera del ámbito o campus escolar expresó:

[L]a escuela tiene un interés en proteger expresiones poco populares ante todo si tienen lugar fuera del campus escolar. Las escuelas públicas de América son criaderos (‘nurseries’) de democracia. La democracia representativa solo funciona si protegemos el mercado de ideas. Este libre intercambio de ideas facilita una opinión pública informada, la cual, cuando se transmite a los legisladores,

---

<sup>366</sup> *American Assn. of Political Consultation*, 140 S.Ct. 2335, 2358 (2020) (citas omitidas) (traducción del autor).

<sup>367</sup> *American Assn. of Political Consultation*, 140 S.Ct. 2335, 2359 (2020) (traducción del autor).

ayuda a producir leyes que reflejen la voluntad del Pueblo. Esa protección debe incluir la protección de ideas impopulares dado que las ideas populares no necesitan protección.<sup>368</sup>

Esta concepción del “mercado de ideas” le ayudará en un futuro a dar paso a su crítica sobre el uso equivocado del escrutinio estricto en ciertas controversias sobre libertad de expresión vinculadas al poder del Estado y su responsabilidad de reglamentar asuntos económicos-sociales.

¿Cómo enfrentar el “mercado de ideas” como justificación o trasfondo al resolver controversias bajo libertad de expresión cuando los hechos involucran ideas falsas o que causan daño a las personas e incluso pueden ser dañinas a la dignidad humana? ¿Cuál es la salida que propone el Juez Breyer en sus opiniones concurrentes antes discutidas de *Álvarez* o *Reed*? ¿Cómo enfrenta la crítica de juristas como el profesor Harry Wellinton de la Universidad de Yale? Este ha escrito lo siguiente:

En el largo plazo, las ideas ciertas no tienden a desplazar a las falsas. El problema es que el corto plazo puede ser muy largo, el corto plazo puede ser muy duro con los otros, y puede ser que nos encontremos ante una oferta inagotable de ideas falsas recién cosechadas y muy seductivas [...] La mayoría de nosotros

---

<sup>368</sup> *Mahony Area School District v. B.L. By and Through Levy*, 141 S.Ct. 2038, 2026 (23 de junio de 2021) (traducción del autor).

pensamos que el libro está cerrado para muchas ideas [...] por ejemplo, el genocidio [...] la verdad puede que triunfe, y a largo plazo siempre triunfó pero millones de judíos fueron asesinados de forma deliberada y sistemática en un periodo de tiempo muy corto [...] Antes de que ocurrieran estos asesinatos, muchos individuos tenían que haber tenido creencias falsas.<sup>369</sup>

Es necesario precisar la comparación y comprensión entre las metodologías de adjudicación del TEDH y el TSEU. En ese camino, se ofrecen respuestas posibles a estas interrogantes. El fondo de la cuestión demanda concebir la libertad de expresión como *constitutiva* de la democracia y no meramente una característica de esta. El pensamiento liberal norteamericano debe regresar a la concepción original de esta corriente: más individualidad y menos individualismo. La concepción tradicional del juez Holmes sobre el “mercado de ideas” debería ser reformulada bajo los lineamientos que propone el Juez Breyer al menos en ciertas controversias sobre libertad de expresión.

---

<sup>369</sup> Wellington, H., *On Freedom of Speech*, 88 Yale L. J. 1105, 1130; 1132 (1979) (traducción del autor). Véase además, Chemerinsky, E., *Constitutional Law, Principles and Policies.*, p. 928, nota al calce 32.

## **CAPÍTULO VI**

### **¿CONFLUENCIAS DE METODOLOGÍAS DE ADJUDICACIÓN?**

#### **6.1 El TEDH y su método de adjudicación en controversias de libertad de expresión**

En el TEDH, el uso de la proporcionalidad como método contiene elementos de la metodología de escrutinios utilizada por el TSEU. No obstante, existe una diferencia de enfoque que debe resaltarse: el método de proporcionalidad se enfoca y ancla en el objetivo que persigue la ley impugnada. Todo el análisis está en función del fin que propulsa el Estado al intervenir con los derechos fundamentales como la libertad de expresión.

En la jurisprudencia del TEDH analizada, lo conflictivo no ha sido identificar si el Estado (en el caso de intervención estatal) u otra persona (en el caso de ejercicio de un derecho que conflige con otro o “abuso de derechos”) actuaba autorizado por ley (principio de legalidad) o incluso si había ocurrido una interferencia con el derecho reclamado. En esta primera etapa, la parte afectada debe alegar y establecer ambas cuestiones pues la acción impugnada se debe presumir que es constitucional o acorde a la Convención. Ahora bien, como señala Ahron Barak, ocurre una segunda etapa, donde el peso de la prueba pasa a quien justifique y defienda la necesidad de la interferencia. De esta manera entra en todo su apogeo el método de

proporcionalidad.<sup>370</sup> Se trata de una cuestión de hechos que justifique la limitación ejecutada. Lo complejo es determinar si las medidas tomadas por el Estado son necesarias e indispensables para cumplir con los límites que impone el articulado que garantiza el ejercicio de la libertad de expresión.

En particular, hemos analizado conflictos relacionados a interferencias para proteger la sociedad democrática, seguridad nacional, integridad nacional, prevención del delito y proteger la reputación o los derechos ajenos. En ese proceso, hemos visto decisiones aparentemente contradictorias aun cuando el objetivo de las leyes ejecutadas aparentaba ser muy similares. En *Sürek v. Turquía*, por ejemplo, el TEDH protegió la libertad de prensa de los editores y dueños de un medio periodístico que publicó una entrevista con miembros de un partido kurdo que apoyaba la lucha armada dirigida contra la integridad territorial de Turquía. El TEDH no apreció como dicha represión era necesaria para la seguridad del Estado, preservar la integridad territorial o necesaria para la democracia. No obstante, *ese mismo día*, en *Sürek No.1 v Turquía*, se resolvió en contra de esos mismos operadores de la prensa por permitir la publicación de unas cartas del lector preparadas también

---

<sup>370</sup> Barak, A., *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, (2012), pp. 441-442.

por miembros del mismo partido kurdo ya que las comunicaciones publicadas identificaban personas del gobierno cuya integridad física era amenazada. Para el TEDH la identificación de las personas, en el contexto del conflicto armado que se sostiene en Turquía, era suficiente para permitir la represión contra el responsable de permitir la publicación con independencia de si en efecto había ocurrido o estaba próximo a ocurrir un daño sobre estas personas.

Ambas decisiones fueron objeto de fuerte disidencia para un juez que abogaba expresamente por incorporar como doctrina decisoria la establecida en el TSEU: la incitación directa o la nueva versión del “el peligro claro e inminente”, según acogida finalmente en 1969 en la decisión de *Brandenburg v. Ohio*. De esta manera, para este juez disidente, la libertad de prensa y expresión quedarían protegidas en ambas controversias de los casos de *Sürek*: el estado turco nunca probó cómo las publicaciones causaron un peligro presente a la seguridad nacional, integridad nacional u orden democrático. Como ha señalado Stefan Sottiaux, para el juez disidente Bonello, “cuando la invitación al uso de la violencia se intelectualiza, se abstrae y remueve del tiempo y espacio de la ocurrencia de la violencia real, generalmente el derecho a la libertad de expresión debe

prevalecer”.<sup>371</sup> Las opiniones mayoritarias se asemejan más a la concepción inicial de “peligro claro y presente” del TSEU en el caso de *Gitlow* y que el Juez Holmes había repudiado. Es decir, más que analizar los efectos directos e inminentes que con razón el Estado debe prevenir, se negaba protección al ejercicio de la libertad de expresión por la “tendencia” que llevaba lo expresado a causar un daño a personas o al Estado. Sobre el particular comenta Sottiaux:

De estas opiniones se desprende que el empleo del concepto ‘incitación’ no se limita al uso de determinadas palabras. Expresiones que tomadas de forma literal no invitan a la audiencia a accionar de una forma determinada, dependiendo de las circunstancias puede aun así considerarse como ‘incitación’. Pero, lo contrario también puede ser cierto: palabras que en términos convencionales parecen indicar que son dirigidas al logro de cierta conducta o acción, dependiendo del contexto podrían considerarse como “abogar” por ideas [protegidas por la libertad de expresión].<sup>372</sup>

La perspectiva del juez disidente Bonello ha sido repetida por otros jueces concurrentes o disidentes en decisiones posteriores del TEDH. Así por ejemplo, en *Mouvement Raelien Suisse*, el juez Paulo

---

<sup>371</sup> Sottiaux, S., *The “Clear and Present Danger Test” in the Case Law of the European Court of Human Rights* en ZaoRV 63, 653-679, 675, disponible en <http://www.zaoerv.de> (traducción del autor).

<sup>372</sup> Véase, también Sottiaux, S., “*Bad Tendencies’ in the ECtHR ‘hate speech and jurisprudence’*”, 7 *European Constitutional Law Review*, 42 (2011) (traducción del autor).

Pinto abogaba por la incorporación expresa de la lógica jurídica de *Brandenburg* y los casos que lo precedieron.<sup>373</sup> Tras citar la jurisprudencia del TSEU antes aludida concluye que el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el Tribunal Constitucional Alemán ya siguen esta doctrina de “incitación directa” en sus propios términos.<sup>374</sup>

En un razonamiento similar a estos jueces disidentes, estimo que la crítica de Sottiaux va dirigida a lograr mayor consistencia doctrinal entre las decisiones del TEDH para así hacer más predecible sus decisiones y con ello lograr mayor armonía entre los estados que han suscrito el Tratado. Incorporar una doctrina como la de *Brandenburg*, limitaría el margen de apreciación de los estados cuyas acciones se impugnan, pero dejaría en sus manos aquilatar los hechos que dan lugar a su aplicación a tenor con su contexto nacional particular. Además, incorporar la noción norteamericana de incitación que implica expresiones directas que casi equivalen a conducta por sus efectos, supone minimizar o dejar a un lado el cuarto paso de la proporcionalidad *stricto sensu*.

---

<sup>373</sup> TEDH, *Case of Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland*, No. 16353/16, (13 de julio 2012). Véase también, en TEDH, *Case of Gulk and Others v. Turkey*, No. 4870/02 (8 de junio de 2010) (utilizando el “clear and imminent danger test” sin invocar al TSEU).

<sup>374</sup> TEDH, *Case of Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland*, No. 16353/16, (13 de julio 2012).

Sin embargo, para algunos comentaristas, precisamente en esta aparente ambivalencia decisional o vaguedad doctrinal (en contraste con la certeza y protección casi absolutista del TSEU en *Brandenburg*) y en el balance stricto sensu que implica el cuarto paso, es donde radica la fortaleza del método de proporcionalidad del TEDH. Es la forma de lograr el fino equilibrio de un tribunal supranacional como este: respetar el margen de apreciación pero de la mano de la supervisión europea. Debe recordarse que el TEDH no tiene el poder de anular los estatutos que violan el tratado: solo puede emitir una declaración de incompatibilidad y ofrecer un remedio ajustado a los hechos específicos del caso.<sup>375</sup> En controversias sobre expresiones de odio en todas sus manifestaciones, ello es aun más complejo. La ex jueza del TEDH, F. Tulkens, ha señalado que su jurisprudencia se construye sobre una ausencia relativa de textos y acuerdos específicos dado que es muy genérico el Artículo 20 de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“la ley podrá prohibir abogar por el odio nacional, racial o religioso”).<sup>376</sup> Para Tulkens, el TEDH prefiere los términos imprecisos analizando cada caso en sus propios méritos y “asegurándose que su razonamiento -su

---

<sup>375</sup> Stone Sweet, A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, pp. 148-150.

<sup>376</sup> Tulkens, F., *When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*, pp. 2-3.

casuística- no se confine a definiciones que pueden limitar su campo de acción en casos futuros”.<sup>377</sup> Este enfoque ha convertido al TEDH en el mas efectivo régimen supranacional dirigido a la protección de los derechos humanos.<sup>378</sup> Se trata de una:

[i]mportante fuente autónoma de autoridad sobre los derechos fundamentales de Europa. Además de proveer justicia en casos individuales, trabaja para identificar y consolidar estándares universales en la protección de derechos aun dentro de una amplia diversidad nacional.<sup>379</sup>

## **6.2 El TSEU y su método de adjudicación en controversias de libertad de expresión**

Como se ha analizado, las controversias sobre libertad de expresión han sido atendidas por el TSEU a través de dos enfoques. El primero lo podríamos describir como de “balance estructurado o dirigido” o “*consequentialist balancing*” el cual he descrito en esta investigación como “categorización”.<sup>380</sup> El segundo es el método de

---

<sup>377</sup> Tulkens, F., *When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*, pp. 2-3 (traducción del autor).

<sup>378</sup> Stone Sweet, A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, pp. 148-150.

<sup>379</sup> Stone Sweet, A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, p. 145. (traducción del autor).

<sup>380</sup> Para una explicación detallada de estos métodos y bajo una óptica europea, véase Peterson, N., *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, pp. 1401-1406.

escrutinios (racional, intermedio y estricto). Ambos enfoques conllevan la ponderación de intereses en conflicto. No obstante, el primero, conlleva analizar *ab initio* el valor social e histórico de la expresión (por ejemplo, valor de expresión sexualmente explícita, la expresión comercial o la expresión que aboga por la violencia). Las controversias sobre expresiones que implican mensajes de odio, incluyendo las expresiones que abogan por la violencia, son analizadas bien bajo el método de escrutinio estricto o bajo la doctrina sumamente protectora de *Brandenburg*.

Según discutido previamente, el TSEU no ha reconocido la “proporcionalidad” como método de ponderación de intereses en controversias sobre libertad de expresión. Ha sido mencionado como principio en otros contextos para adjudicar controversias sobre ciertos derechos constitucionales.<sup>381</sup> De hecho, ha sido expresamente rechazado por jueces conservadores como Scalia en reacción a comentarios del jueces como Breyer quien ha abogado expresamente por su utilización como método o herramienta de adjudicación para ciertos conflictos relacionados con la libertad de expresión y de otros derechos “fundamentales” como el peculiar derecho a portar armas

---

<sup>381</sup> Jackson, V., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, pp. 3104-3106.

interpretado como un derecho individual fundamental en decisiones recientes del Tribunal.<sup>382</sup>

El rechazo del TSEU a crear una categoría particular para resolver controversias sobre expresiones odiosas parece ser una consecuencia inevitable de la aplicación del escrutinio estricto cuando una ley discrimina por el contenido o por asumir determinados puntos de vista. La unanimidad de criterios del Tribunal sobre esta asunto pone de manifiesta la solidez de su justificación doctrinal. Como vimos en las decisiones de *United States v. Álvarez* (sobre una ley federal que criminaliza mentir sobre el recibo de medallas del Congreso), *Snyder v. Phelps* (sobre demostraciones proliferando expresiones denigrantes contra miembros de la comunidad LGBTTT cerca de una funeraria), *R.A.V. v City of St. Paul* (sobre demostraciones del Ku Klux Klan por medio de quema de cruces frente a residencia de familia afrodescendiente), mientras sea un tema expresado en la esfera pública, estas expresiones aun si causan daños, se consideran de máxima protección en el “mercado de ideas”. Decía el Juez Presidente Roberts:

[Vamos a] proteger aun el discurso más hiriente sobre temas públicos para asegurarnos que no paralicemos el debate público. El camino que hemos escogido requiere que escudemos de cualquier

---

<sup>382</sup> Véase *Heller*, 554 U.S. 570, 681 (2008) (J.S. Breyer, opinión disidente).

responsabilidad [a quienes hagan estas expresiones].<sup>383</sup>

Es decir, leyes dirigidas específicamente para reglamentar o criminalizar expresiones por ser odiosas o denigrantes contra personas, objetos (banderas), figuras públicas, se presumen inconstitucionales y sujetas a escrutinio estricto. Como tal, serán declaradas inconstitucionales. A su vez, leyes dirigidas a restringir expresiones que aboguen por la comisión de delitos incluyendo la violencia política, estarán protegidas bajo la doctrina especial o categoría desarrollada en *Brandenburg*. Esta doctrina especial o categoría solo permite reprimir expresiones que conlleven una incitación directa muy cercana a una conducta con probabilidades de ocurrencia.

La protección casi absoluta de ideas o puntos de vista que implica el escrutinio estricto es la que ha llevado al Tribunal a invalidar esquemas regulatorios sobre el financiamiento de campañas políticas cuando estos están dirigidas a controlar el dinero que puede gastar una corporación, asociación o grupo privado. El TSEU considera que se trata de leyes que discriminan por contenido político

---

<sup>383</sup> *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 60-61 (2011) (traducción del autor).

o puntos de vista. Como tal son leyes que deben ser sometidas a un examen judicial estricto.<sup>384</sup>

La rigidez de este escrutinio aplicado en un contexto como el antes discutido ha llevado a la Jueza Kagan a calificar esta acción como una forma de utilizar la libertad de expresión como un arma, espada o instrumento de ataque (“weaponized the First Amendment”). Este acercamiento de la Jueza Kagan podría sentar las bases o constituir una estrategia futura para dar cabida a una jurisprudencia del TSEU que permita limitar ciertas expresiones de odio. A su vez, armoniza muy bien con las ideas del Juez Breyer de incorporar principios de método de proporcionalidad inspirado en el derecho constitucional comparado y las decisiones del TEDH. Veamos.

### **6.2.1 La libertad de expresión como arma y la Jueza Elena Kagan del TSEU**

A través de su historia moderna, los Estados Unidos han rechazado o han expresado reservas a ser signatarios de diversos tratados que prohíben las expresiones de odio.<sup>385</sup> La objeción fue

---

<sup>384</sup> *Citizens United v. Fed. Election Commn.*, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>385</sup> Véase , Kamatali, J.M., *The Limits of the First Amendment: Protecting American Citizens’ Free Speech in the Era of the Internet & Global Marketplace of Ideas*, pp. 141-145.

articulada de la siguiente manera durante el proceso de ratificación de la Convención:

[...] [L]a Constitución y las leyes de Estados Unidos contienen protecciones extensas a la libertad individual de palabra, expresión y asociación. De acuerdo a ello, los Estados Unidos no aceptan ninguna obligación, en particular bajo los Artículos 4 y 7, para restringir estos derechos a través de leyes o medida alguna, en tanto estos derechos estén protegidos por la Constitución y las leyes de los Estados Unidos.<sup>386</sup>

Como se lee, una parte fundamental de su objeción se fundamenta en que ello impactaría la jurisprudencia del TSEU sobre la libertad de expresión: obligaría a crear una excepción a su doctrina básica que presume la inconstitucionalidad de leyes que discriminan por contenido. También implicaría la posibilidad de “categorizar” con una doctrina especial un nuevo contenido expresivo (que se uniría a las llamadas expresiones que abogan por cometer un delito, obscenidad, difamación, etc.). Ambas instancias han sido discutidas previamente. Sobre la creación de categorías especiales que sean excluidas de la presunción de inconstitucionalidad y exentas de estar sujetas al escrutinio estricto, el TSEU ha señalado que solo le dará

---

<sup>386</sup> Katamali, J.M., *The U.S. First Amendment Versus Freedom in Other Liberal Democracies and How Each Influence the Development of International Law on Hate Speech*, 36 Ohio N.U. L. Rev 721, 734 (2010)

paso a categorías nuevas si se “produce prueba persuasiva de que tal categoría ha ameritado tal trato en la tradición norteamericana”.<sup>387</sup>

Otro argumento utilizado por los Estados Unidos ante la comunidad internacional para objetar la reglamentación, incluyendo la criminalización, de las llamadas expresiones de odio, es el argumento -antes analizado- conocido como el “slippery slope” o “pendiente resbalosa”. Esto significa que combatir estas expresiones mediante un acuerdo internacional permitiría a los estados reprimir todo lo que conforme su cultura o conveniencia religiosa considere “expresiones odiosas” y con ello facilitaría, sobretodo a estados autoritarios, criminalizar cualquier crítica al gobierno, personas, grupos o entidades religiosas, como “expresiones odiosas”.<sup>388</sup>

Como se ha discutido previamente, para el TSEU toda ley que discrimina por el contenido de ideas o puntos de vista, activa el escrutinio estricto o alguna de las categorías doctrinales especiales ya desarrolladas. Una mayoría del TSEU, encabezado por su sector más conservador, ha llevado este abordaje hasta sus últimas consecuencias. De esta manera, se considera discrimen por contenido

---

<sup>387</sup> *United States v. Álvarez*, 567 U.S. 709, 722 (2012).

<sup>388</sup> Kamatali, J.M., *The Limits of the First Amendment: Protecting American Citizens' Free Speech in the Era of the Internet & Global Marketplace of Ideas*, 140. Sobre el "derecho a ofender" en el contexto de laborar "tirillas cómicas", véase, Rose, F., *The Tyranny of Silence*, Cato Institute, Washington, D.C. (2014)

y se presumen inconstitucionales, por ejemplo, leyes que regulan el contenido de la señalización temporera en las carreteras,<sup>389</sup> leyes sobre el financiamiento de campañas políticas que limitan los gastos en propaganda electoral en que puedan incurrir corporaciones o asociaciones,<sup>390</sup> y leyes que ordenan la rotulación en ciertas clínicas o centros de cuidado con ciertas advertencias para beneficiar al consumidor de sus servicios médicos.<sup>391</sup> Obsérvese que estas leyes son ordenamientos de carácter económico y social cuyo impacto sobre la libertad de expresión es muy leve. A partir de la secuela producida por el caso de *Lochner*, para el TSEU la legislación de esta naturaleza ha debido ser objeto de un escrutinio judicial leniente o muy deferente al criterio del Legislador:

Históricamente, este Tribunal ha sido muy cauteloso frente a reclamos de inconstitucionalidad de leyes que reglamentan la actividad de los negocios. Desde nuestro distanciamiento del caso de *Lochner*, las leyes de carácter económico-social rara vez levantan cuestiones constitucionales.<sup>392</sup>

---

<sup>389</sup> *Reed v. Town of Gilbert, Ariz.*, 576 U.S. 155 (2015).

<sup>390</sup> *Citizens United v. Fed. Election Commn.*, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>391</sup> *Natl. Inst. of Fam. and Life Advocates v. Becerra*, 138 S. Ct. 2361 (26 de junio de 2018).

<sup>392</sup> *Natl. Inst. of Fam. and Life Advocates*, 138 S. Ct. 2361, 2381 (2018) (J. S. Breyer, opinión disidente) (traducción del autor).

La Jueza Kagan ha calificado como “arma o espada” este uso de la libertad de expresión. Así lo hizo en una opinión disidente en 2018. En *Janus v. American Federation of State, County and Mun. Employee*, el TSEU declaró inconstitucional una ley estatal que permitía la retención obligatoria de cuotas de todo empleado público por parte del patrono en un taller de trabajo cerrado, es decir, donde era obligatorio pertenecer al sindicato.<sup>393</sup> Eso incluía la retención sobre el salario aun de aquellos empleados que no habían votado a favor de la unión vencedora para representarlos. En votación 5-4, se determinó que esta retención violaba la libertad de expresión y de asociación de estos empleados. Para la Jueza Kagan, a la cual se unieron otros tres jueces, la acción de la mayoría era muy clara:

No hay endulzamiento alguno. La mayoría derroca una decisión arraigada en las leyes de la Nación- en la vida económica- desde hace 40 años. Como resultado, previene al pueblo norteamericano, actuando a través de sus representantes electos estatales, tomar decisiones importantes sobre la gobernanza en el lugar de trabajo. Y lo hace usando la Enmienda Primera como arma (‘weaponizing’) de manera tal que da rienda suelta a los jueces para que ahora y en el futuro, intervengan en asuntos regulatorios económicos.<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> *Janus v. American Federation of State, County and Mun. Employee*, 138 S.Ct. 2448 (27 de junio de 2018).

<sup>394</sup> *Janus*, 138 S.Ct. 2448, 2501 (2018) (J. E., Kagan, opinión disidente) (traducción del autor).

Su argumento se asemeja a la opinión disidente del Juez Breyer empleada ese mismo día en otra decisión sobre la rotulación regulatoria en las ciertas clínicas médicas:

Al aplicar un escrutinio acucioso en leyes económicas y sociales, la mayoría ofende y desprotege la Primera Enmienda al punto de diluirla. Usar la Primera Enmienda para anular leyes económicas y sociales que por largo tiempo ha estado en el libre albedrío del Legislador, oscurece y no clarifica ante el pueblo norteamericano, el verdadero valor de proteger la libertad de expresión.<sup>395</sup>

La protección de la libertad de expresión rompe el consenso entre jueces conservadores y liberales cuando se pretende invocar sobre leyes de naturaleza económica y social que de alguna manera impactan la libertad de expresión. Interpretar estas leyes como unas que impactan la libertad de expresión por contenido o punto de vista, activan la aplicación el escrutinio riguroso. Este escrutinio, criatura de jueces liberales en otros tiempos, se vuelca en contra de los padres de la criatura.<sup>396</sup>

---

<sup>395</sup> *Natl. Inst. of Fam. and Life Advocates*, 138 S. Ct. 2361, 2382-2383 (J. S. Breyer, opinión disidente) (traducción del autor). Ya el asunto había sido preconizado por Franks, M.A. en *The Cult of the Constitution*, Stanford University Press, Stanford (2019)

<sup>396</sup> Liptak, A., *How Conservatives Weaponized the First Amendment*, disponible en <https://www.nytimes.com/2018/06/30/us/politics/first-amendment-conservatives-supreme-court.html> (30 de junio de 2018).

### **6.2.2 La propuesta del Juez Stephen Breyer, el escrutinio estricto y las expresiones de odio en un futuro ante el TSEU**

Ya hemos discutido como el Juez Breyer, influenciado por el pensamiento constitucional comparado, aboga por el uso del método de proporcionalidad para resolver determinadas controversias constitucionales. Sus sugerencias han sido abiertamente rechazadas por el Juez Scalia pero recientemente aparentemente acogidas por la fenecida Jueza Ginsburg y la más joven Jueza Kagan al estas unirse a las opiniones concurrentes o disidentes donde aparece este acercamiento del Juez Breyer. Si alguna vez el TSEU fuese a reconocer la necesidad de permitir la represión de ciertas expresiones de odio, el camino a seguir posiblemente sería el propuesto por este magistrado. Es necesario profundizar en su abordaje.

Para el Juez Breyer, el método proporcionalidad utiliza los siguientes elementos de la metodología de escrutinios del TSEU: (1) ¿cuál es el interés que protege, persigue o busca adelantar el gobierno al limitar un derecho constitucional? ¿es este legítimo, importante o apremiante?; (2) ¿cuál es la conexión entre esta restricción y su objetivo?; (3) ¿cuáles son las alternativas para lograr el fin de la

ley?<sup>397</sup> Estos tres elementos están presentes de alguna manera en los escrutinios racionales, intermedio o estricto. Sin embargo, entiende que la “proporcionalidad” obliga a un *cuarto* elemento si las respuestas anteriores no ofrecen una solución adecuada:

¿[L]a limitación impone una restricción [al derecho lesionado] desproporcional a los intereses legítimos que busca la ley? Para contestar esta pregunta se requiere que el juez haga un balance explícito entre el daño causado por la interferencia (por ejemplo, a la libertad de expresión) y la necesidad de la limitación para lograr el objetivo deseado por la ley.<sup>398</sup>

Este uso de la proporcionalidad propuesta por el Juez Breyer no sustituye los escrutinios ya existentes ni obliga a abandonar la categorización.<sup>399</sup> Para el proponente, se trata de un método que suplementa los existentes. Puede ser muy útil, por ejemplo, para resolver conflictos entre dos derechos fundamentales. En última instancia, es una forma de hacer un balance pero obliga al TSEU a invocar de forma explícita los fundamentos de su balance y con ello la adjudicación se torna más transparente y democrática. Se trata de una alternativa a la fatalidad que implica la aplicación del escrutinio

---

<sup>397</sup> Breyer, S., *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, p. 256.

<sup>398</sup> Breyer, S., *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, p. 256 (traducción del autor).

<sup>399</sup> Breyer, S., *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, p. 261.

estricto (que resulta fatal para la constitucionalidad de la ley) o la fatalidad del escrutinio racional (que resulta casi imposible lograr un decreto de inconstitucionalidad). En términos prácticos eso significa que aun en el improbable supuesto de que el Estado pueda probar que no tiene alternativas menos invasivas para lograr su finalidad legítima, todavía podría prevalecer la constitucionalidad de la ley si en una ponderación o balance final, esta lesión al derecho reclamado es proporcional al fin deseado. Es decir, en estos casos, el escrutinio estricto dejaría de ser fatal para el Estado.

Para dicho Juez, este era el enfoque adecuado para resolver las controversias sobre la ley que prohibía el reclamo falso del recibo de medallas de honor del Congreso o las leyes de naturaleza económico-social con impacto mínimo en la libertad de expresión. Contrario al criterio de la mayoría, estima que son leyes que no ameritaban la aplicación de un escrutinio estricto, ni la creación categorías nuevas de excepción o la aplicación de un escrutinio racional.

Es de rigor preguntarse, ¿no está pensada esta sugerencia más bien en la aplicación del escrutinio intermedio que permita acomodar la inconformidad con la aplicación mecánica, por al menos tres jueces del TSEU, del escrutinio estricto en toda controversia en donde ley discrimina por su contenido o punto de vista? ¿No es urgente este enfoque de “proporcionalidad *stricto sensu*” para combatir el uso del

escrutinio estricto sobre toda ley que discrimine por contenido aun cuando el valor social de lo reprimido o la decisión de reprimir debe pertenecer al Legislador? De hecho, en la opinión concurrente del caso de *United States v. Álvarez* (ley que prohíbe reclamar falsamente recibo de medalla de honor del Congreso), el Juez Breyer, a la que se une la Jueza Kagan, discute los elementos del método de “proporcionalidad”. Sin embargo, para propósitos de la controversia, prefiere describirlo como un “escrutinio intermedio”.

A mi juicio, el TSEU no va crear una categoría nueva dentro de su acervo jurisprudencial sobre libertad de expresión en ninguna de sus manifestaciones dirigida a resolver controversias sobre “expresiones odiosas”. Por el momento, las expresiones que aboguen por la violencia o comisión de delitos, serán adjudicadas bajo la doctrina especial de *Brandenburg* ante todo si se trata de leyes de naturaleza política. Leyes que pretenden reprimir de forma específica las expresiones odiosas contra los sectores más vulnerables de la sociedad o por odio religioso, serán resueltas bajo las doctrinas ya existente como “palabras con riñas”. No obstante, en las próximas controversias que lleguen al Tribunal relacionadas a leyes sobre expresiones odiosas, los jueces Breyer y Kagan podrían abogar por el uso de un escrutinio intermedio para resolver la cuestión litigiosa. Esto permitirá aquilatar el daño que pueden causar estas expresiones

(sin tener que recurrir al daño inminente que demanda *Brandenburg* o los elementos de intimidación de las “palabras con riñas” o las amenazas reales) frente al valor social de estas en el “mercado de ideas”. En efecto, propondrán un esquema de “proporcionalidad stricto sensu” tomado del derecho comparado y disfrazado en forma de escrutinio intermedio que es un concepto menos amenazante para los sectores más conservadores del TSEU. De paso, resalto que en 1993, en los inicios de su carrera como profesora de Derecho Constitucional, la hoy Jueza Kagan reclamaba la búsqueda de una doctrina *dentro de los parámetros existentes* del TSEU para validar leyes que prohibieran las expresiones odiosas.<sup>400</sup> De esta manera, aun sin aceptarlo de forma expresa, el derecho constitucional comparado y los principios de proporcionalidad, ofrecerán una salida airosa en el derecho constitucional de los Estados Unidos. Esta salida, podría ser pertinente en tiempos donde la legitimidad democrática norteamericana enfrenta retos inesperados, al menos desde la óptica de su propia autopercepción como una democracia que Heinze describe como “duradera, estable y próspera” (“LSP”, “long, stable prosperous”).<sup>401</sup>

---

<sup>400</sup> Kagan, E., *Regulation of Hate Speech and Pornography after R.A.V.*, 60 U. Chi. L. Rev. 873 (1993).

<sup>401</sup> Esta caracterización de la democracia norteamericana la tomamos del modelo desarrollado por Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 70. (“Se

### **6.2.3 Las expresiones odiosas, “fake news”, desinformación, incitación a cometer delitos en tiempos de Trump y del uso del ciberespacio**

A lo largo de esta investigación, hemos analizado el ejercicio de la libertad de expresión, los problemas asociados con las expresiones de odio, incluyendo las expresiones que incitan a la violencia, y la respuesta judicial a estos conflictos. No hemos tratado por separado la llamada desinformación y los “fake news”, ni los componentes de la llamada “esfera o espacio público”. Estas vertientes de la libertad de expresión, incluyendo los diversos elementos de, pueden ser objeto de investigación separada, extensa y rica en sus posibilidades reflexivas. No obstante, para nuestro objetivo investigativo, una breve reflexión adicional es necesaria.<sup>402</sup>

Nos referimos al ciberespacio, particularmente el Internet, que facilita de manera extraordinaria para toda persona, con escasos o abundancia de recursos, la posibilidad de ejercer su libertad de expresión de la manera más amplia y pública imaginable. Como se mencionó anteriormente, fue concebida como un instrumento de

---

trata de países con gobiernos democráticos con suficientes recursos jurídicos, institucionales, educacionales, y materiales como para permitir todo punto de vista en el discurso público y aun así, se encuentran equipados lo suficiente como para proteger los grupos vulnerables de violencia o discriminación”) (traducción del autor).

<sup>402</sup> Estas afirmaciones están fundamentadas en lo expresado por Garton Ash, T., en *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, pp. 348-369.

comunicación norteamericano en tiempos de la Guerra Fría con el fin de crear una forma de transmitir información de la forma más libre y rápida incluso tras un ataque nuclear. Fiel a los principios del liberalismo norteamericano, fue pensada para que ese libre tránsito fluyera con independencia de su contenido o mensaje. Una vez fue apropiada por la empresa privada, los proveedores del servicio lograron amparo legal del Congreso para crearles inmunidad a las empresas y usuarios por los daños o consecuencias que pueda tener la publicación proporcionada por terceros.<sup>403</sup>

Con el tiempo, los gobiernos han tomado control de la red en sus propios territorios. En Estados Unidos, ha prevalecido la llamada “neutralidad de la red” pero ello no impide que los proveedores puedan bloquear o negar acceso a ciertos mensajes.<sup>404</sup>

Desde comienzos de su presidencia, Donald Trump utilizaba la plataforma conocida como “Twitter” como uno de los principales medios de comunicación por Internet para llevar sus mensajes. En un momento dado sus mensajes eran seguidos por cerca de 90 millones

---

<sup>403</sup> *Ley de Decencia en la Comunicaciones de 1966*, 47 U.S.C. § 230.

<sup>404</sup> Garton Ash, T., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, pp. 357-360. Este concepto se refiere a dar acceso a los contenidos en la red sin privilegiar a un participante por encima de otro. Es decir, tratar iguales a todas las máquinas conectadas a los paquetes que transporta. Véase, *¿Qué es la neutralidad de la red?*, accesible en [https://elpais.com/tecnologia/2010/08/05/actualidad/1280998863\\_850215.html](https://elpais.com/tecnologia/2010/08/05/actualidad/1280998863_850215.html).

de personas.<sup>405</sup> Téngase presente que para ese entonces esta plataforma tenía cerca de 300 millones de seguidores, la mayoría de los cuales eran usuarios de los Estados Unidos. De hecho, en *Trump v. Hawaii*,<sup>406</sup> el TSEU resolvió una controversia sobre si de estas comunicaciones, podría emanar la intención de unas órdenes ejecutivas emitidas por el Presidente sobre la deportación de inmigrantes de origen musulmán. Aunque el TSEU rehusó utilizar los mensajes del Presidente para derivar de ellos la verdadera intención o propósito de ciertas órdenes ejecutivas, reconoció la importancia de este medio. De hecho, en fecha más reciente, un tribunal del sistema apelativo federal, determinó que el Presidente no podía impedir de acceso (“bloquear”) a un ciudadano o entidad a su cuenta oficial de Twitter dado que hacerlo equivalía a censurar o discriminar por el punto de vista.<sup>407</sup>

Durante su presidencia, Trump usó las plataformas digitales de comunicación, sobretudo Twitter, para enviar mensajes gubernamentales oficiales (“government speech”) y para ejercer su libertad de expresión. Trazar la línea divisoria entre ambas acciones

---

<sup>405</sup> *Donald Trump and Twitter*, disponible en [www.tweetbinder.com/blog/trump.twitter](http://www.tweetbinder.com/blog/trump.twitter).

<sup>406</sup> *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (26 de junio de 2018).

<sup>407</sup> *Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, 928 F.3d. 226, 239-40 (2nd.Cir. 2019).

no es tarea fácil para fines de un análisis de libertad de expresión. Los mensajes gubernamentales oficiales no crean ni sugieren conflictos de libertad de expresión en tanto la Primera Enmienda protege a las personas de la interferencia del Estado con su libertad de expresión privada; no regula los mensajes del gobierno.<sup>408</sup> No obstante, el 6 de enero de 2021, día en que el Congreso certificaría a Joe Biden como nuevo Presidente, el todavía presidente Trump acudió a un mitin cercano al Congreso de los Estados Unidos. Esta concertación había sido promovida en parte por él a través de Twitter donde aseguraba que sería un encuentro “salvaje”.<sup>409</sup> Durante el mitin, seguidores del Presidente y el mismo Trump expresaron su desacuerdo con los resultados de las elecciones por considerar que habían sido alterados, proclamando a su vez que él había resultado victorioso. Así, abogaba para que el proceso de certificación no se efectuase. Unas dos horas después de culminado el mitin, y ya el Presidente en Casa Blanca, una multitud tomó el Congreso por asalto e impidió por un tiempo que la certificación no ocurriera. El mitin se convirtió en un motín. En el

---

<sup>408</sup> *Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 928 F.3d. 226, 239-40.

<sup>409</sup> Barry D. & Frankel, S., *Be There, Will Be Wild: Trump All but Circled the Date*, New York Times, (6 de enero de 2021, actualizado el 27 de julio de 2021), disponible en <https://www.nytimes.com/2021/01/06/us/politics/capitol-mob-trump-supporters.html>.

proceso hubo cuantiosas pérdidas de propiedad y varias personas fallecidas.<sup>410</sup>

Para muchos observadores del proceso político de los Estados Unidos, lo que sucedió esas horas antes y después del evento del 6 de enero es lo más cercano a un golpe de estado en la más “duradera, estable y próspera democracia” existente. De hecho, el oficial militar de más alto rango de la nación norteamericana para ese entonces, publicó un escrito en el que reclama haber temido que efectivamente el Presidente Trump había intentado un “golpe de estado”.<sup>411</sup>

Es de rigor, entonces, analizar si aun en el contexto norteamericano el discurso público no solo debe estar protegido como derecho sino que debe verse como un atributo esencial y constitutivo de la democracia.<sup>412</sup> Como tal, las limitaciones a su ejercicio, sacrifican la democracia:

Ninguna democracia puede ser constituida solamente a través de la proclama de derechos estatuarios o constitucionales [...] En una democracia el discurso público es la constitución de la constitución.<sup>413</sup>

---

<sup>410</sup> Barry D. & Frankel, S., *Be There, Will Be Wild: Trump All but Circled the Date*, New York Times, (6 de enero de 2021, actualizado el 27 de julio de 2021).

<sup>411</sup> Nos referimos al General Mark Milley, Chairman del Joint Chief of Staff, véase Brown, M., *Joint Chiefs' Chairman Milley feared Trump coup over election loss*, disponible en <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2021/07/15/joint-chiefs-staff-planned-stop-trump-coup-over-election-claims/7975643002/>.

<sup>412</sup> Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 4.

<sup>413</sup> Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 6.

¿Se fomenta y protege a democracia permitiendo expresiones como las del Presidente Trump? ¿Se fomenta y protege la democracia cuando se permiten las expresiones de odio sometiendo siempre cualquier ley sobre el particular a un escrutinio estricto cuando hay conflictos sobre la libertad de expresión como el ejercicio de un derecho? Para el profesor Heinze, ello dependerá del estado en que se encuentre cada régimen democrático que pretende limitar las expresiones de odio, las expresiones falsas, la desinformación intencionada o la información errada. Tal acción represiva no debe ser tolerada en democracias “duraderas, estables y prósperas” (“longstanding, stable and properous democracy” o LSPD”) como lo sería Estados Unidos.<sup>414</sup>

Para Heinze, una democracia “larga y duradera” se refiere a aquella que lleva un periodo indefinido de tiempo “donde las normas, prácticas y expectativas de la ciudadanía democrática penetra en una parte sustancial de la población [...] con estructuras o regímenes antidiscriminatorias, y políticas ejecutables de pluralismo cívico y social”.<sup>415</sup> Se consideran “estables” aquellas democracias que se fiscaliza a sí mismas a través de organismos independientes y sujetos

---

<sup>414</sup> Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 77.

<sup>415</sup> Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 73 (traducción del autor).

a revisión.<sup>416</sup> Una democracia “próspera será aquella que es suficientemente rica (o con recursos) donde las expresiones políticas y culturales pueden fluir sin peligro para los que las articulan o para su audiencia, es decir, sin violencia alguna”.<sup>417</sup>

Los Estados Unidos serían el ejemplo de una “LSPD” mientras que Turquía sería un ejemplo de una democracia que no reúne los requisitos de una “LSPD”.<sup>418</sup>

¿Dónde queda este modelo luego de los eventos del 6 de enero de 2021? ¿Cuánto impactarán estos acontecimientos el derecho constitucional de los Estados Unidos? Aunque no hemos ofrecido detalles del mitin que precedió este asalto al Congreso, ni de otros eventos sucedidos durante la administración de Trump, ya aparecen sectores que proclaman que doctrinas o categorías especiales como las de *Brandenburg* deben ser reinterpretadas para permitir mayor represión de ideas que aboguen por la violencia o comisión de delito o incluso que permitan reprimir las expresiones de odio. Así, por ejemplo, considérese esta opinión:

Hay muy pocas acusaciones bajo  
normativas que prohíban incitar

---

<sup>416</sup> Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 73 (traducción del autor).

<sup>417</sup> Heinze, E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 73 (traducción del autor).

<sup>418</sup> Kahn, R., *Hate Speech, Democratic Legitimacy and the Age of Trump*, ICLR. 2017, Vol. 17 No. 1, p. 249.

[comisión de delitos] por el respeto al derecho fundamental de libertad de expresión. Sin embargo, bajo la protección de *Brandenburg*, esa tolerancia ha aumentado significativamente la ambición de políticos y comentaristas de exhortar a su público respuestas poco civilizadas [...] Para detener este hábito, las cortes deben modernizar *Brandenburg*. Esto debe comenzar con el simple reconocimiento de que quien ejerce la libertad de palabra es responsables de los efectos que razonablemente se esperan de sus palabras. Esta es más que intención explícita. Debe incluir la responsabilidad del que habla de un cálculo de los riesgos de que sus palabras pueden hacer que otros actúen de manera ilegal o violenta.<sup>419</sup>

¿Cómo puede abordarse el tema de expresiones de odio en el contexto del derecho constitucional de los Estados Unidos sin traicionar los cimientos de su democracia, para unirse así al orden internacional en su afán por reglamentar de alguna forma las expresiones de odio? ¿Cuál será el enfoque del actual TSEU compuesto en su mayoría por jueces y juezas conservadores incluyendo tres nombrados por el ex Presidente Trump? ¿Se continuará aplicando la doctrina de *Brandenburg* y el escrutinio estricto?

---

<sup>419</sup> Frye, A., *Incitement: Modernizing the Standard*, The Hill (7 de abril de 2021), disponible en <https://thehill.com/opinion/judiciary/547053-incitement-modernizing-the-standard> (traducción del autor).

El uso radical del escrutinio riguroso parece que se afincará, pues esta mayoría ha encontrado que con ello puede proteger también los intereses del mercado en el reclamo de libertad de expresión de las grandes corporaciones. Asimismo permitirá que se consolide el escrutinio riguroso que puede usarse como arma contra la libertad de expresión. En el proceso, en giro dialéctico, se continuará protegiendo la libertad de expresión de los sectores más vulnerables, pero conviviendo con el ejercicio de esa misma libertad por entidades y personas que aspiran a mantenerlos en estado de inferioridad.

## **CAPÍTULO VII**

### **REFLEXIONES FINALES Y RECOMENDACIONES**

1. La expresión, en sus más variadas de formas, puede ser poderosa. Diseminada en la esfera pública, puede ser motor para la búsqueda de la verdad. Aun en ese escenario puede tener un valor individualista pero si es pública, lo que puede surgir es un proceso de autodeterminación individual que se convierte en uno de autodeterminación colectiva. De ahí, que al reflexionar sobre el ejercicio de la libertad de expresión, conviene recordar su vinculación con la vida en democracia: la posibilidad de decirlo todo (“paresia”) va a producir un mejor gobierno propio interior (individualidad) y exterior (autodeterminación colectiva). En este sentido, la libertad de expresión más que ser concebida como un derecho y parte del orden democrático debe también ser entendida como elemento constitutivo de la democracia o la sangre que la nutre.

2. En el orden práctico y formas de gobierno, la democracia se manifiesta de manera diversa en los gobiernos del mundo. Hay democracias duraderas, estables y prósperas y hay democracias autoritarias o que no responden a esta adjetivación. Hemos analizado los retos que enfrenta la libertad de expresión como derecho constitucional a través de un análisis comparativista entre decisiones del TSEU y decisiones del TEDH, instituciones insertas en el mundo

variado de la democracia. Es decir, hemos analizado la libertad de expresión como un Derecho y sus posibles limitaciones por parte del Estado. En particular, la investigación se ha anclado en las controversias sobre leyes que prohíben las expresiones de odio, incluyendo aquellas que abogan por cometer un delito. Ante el valor preferente que implica en una democracia el ejercicio de este derecho, los órganos judiciales estudiados han desarrollado diversos métodos de adjudicación dirigidos a limitar al máximo su represión. Los límites establecidos en el derecho constitucional norteamericano han sido desarrollados por el propio TSEU ante el reto que representan las disposiciones textuales de su Constitución y la doctrina de revisión judicial creada por el propio máximo órgano judicial. Los límites a la libertad de expresión de los países adscritos a la jurisdicción del TEDH aparecen textualmente en las diversas constituciones nacionales, sus ordenamientos jurídicos y los tratados supranacionales suscritos.

3. Se profundizó en el debate entre las expresiones que son ofensivas, denigrantes o repulsivas de aquellas que causan “daños” concretos a unas personas o grupos sociales. En cuanto a las primeras hemos observado como el TSEU y el TEDH parecen coincidir que las democracias deben permitir las expresiones que forman parte de la libertad de expresión. El TEDH parece matizar su protección en algunas

democracias como las de Turquía. Al decir de Heinze, estas últimas no son democracias de larga duración o estables. Por lo tanto, se le debe reconocer un mayor margen de apreciación a las autoridades estatales represivas.

Las expresiones que causan daños (“harm” o “injury”) deben ser toleradas en estas democracias pues también construyen la democracia. Pueden definirse estas expresiones como aquellas que atentan contra la dignidad de personas o grupos al punto de debilitar su vitalidad y participación efectiva en la esfera pública.<sup>420</sup> Quizás debe recordarse que estas expresiones amplían la conversación “donde los que se denigran e indignan son las que las profieren”.<sup>421</sup>

Por supuesto, eso no impide tomar otras acciones desde el estado liberal de Derecho. Si las ciencias de la conducta humana y el empirismo científico-social van demostrando la gravedad del daño, los operadores del sistema judicial pueden adoptar métodos de adjudicación como los discutidos. No obstante, más posibles y consonos con la democracia serían medidas que impacten lo que se discute en la esfera pública, pero que no repriman directamente las ideas que ahí se proliferan. Nos referimos, por ejemplo, a lo siguiente:

---

<sup>420</sup> Garton Ash, T., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, p. 86.

<sup>421</sup> Garton Ash, T., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, p. 81 (traducción del autor).

(a) elaborar o fortalecer leyes penales que prohíban la conducta por parte de estas personas solo si son constitutivas de asedio y el hostigamiento contra personas o grupos objeto de estas.

(b) leyes penales que impongan como agravantes en la pena las conductas delictivas motivadas por el odio a estos grupos vulnerables.

(c) leyes o esquemas administrativos que protejan el ambiente laboral para que se repriman las acciones o expresiones que causen daños contra estas personas o grupos.

(d) flexibilizar los criterios jurídicos y judiciales para permitir acciones judiciales civiles por los daños causados por quienes proliferan estas expresiones.

(e) facilitar las acciones civiles contra proveedores y operadores de plataformas de Internet que facilitan las expresiones que causan daños.

Los remedios civiles y administrativos, fuera del ámbito penal, logran mover el foco de atención del daño que pueden causar estas expresiones. Estos remedios, en algunas democracias, particularmente en las menos estables o duraderas, pueden incrementar la perspectiva de esquemas discriminatorios sin las correspondientes y pesadas normas probatorias que a veces impone el

derecho penal.<sup>422</sup> La variedad de modelos sancionatorios han constituido un reto en estos países sin producir una respuesta única al problema.

4. Se debe establecer la correlación entre los regímenes sancionadores dentro o fuera del ámbito penal y el aumento o disminución de instancias de crímenes de odio o controversias en la esfera pública sobre expresiones de odio en todas sus vertientes. Es urgente introducir la variable propuesta por Heinze: desagregar los países con democracias “duraderas, estables y prósperas” y aquellos con democracias que no reúnen estas características pero que de alguna manera reprimen las expresiones de odio.<sup>423</sup>

5. En el ámbito judicial, las controversias sobre expresiones de odio y las que abogan por cometer delitos se han enfrentado con el desarrollo de diversas metodologías de adjudicación donde existen convergencias y divergencias entre ambos sistemas de derecho. Los intentos por desarrollar una metodología única o por identificar una

---

<sup>422</sup> Véase el extenso y excelente análisis que sobre este tema hace la profesora Tanya Kateri Hernández tomando como objeto de análisis los diversos ordenamientos penales existentes en América Latina sobre expresiones de odio. Kateri Hernández, T., *Hate Speech and the Language of Racism in Latin America: a Lens for Reconsidering Global Hate Speech Restrictions and Legislation Models*, 32 U. Pa. Int'l L. 805 (2011).

<sup>423</sup> El estudio de E. Bertoni es un buen paso en esa dirección. Véase, *Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas*, disponible en [http://w.w.w.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/santiago/santiago\\_study\\_sp.pdf](http://w.w.w.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/santiago/santiago_study_sp.pdf)

más justa que la otra (desde el punto de vista de proteger el ejercicio de la libertad de expresión) se han complicado. No se trata simplemente de resumir las diferencias entre los sistemas como estereotipos que permiten afirmar que en “Francia todos aspiran a ser aristócratas mientras que Estados Unidos aspira que nadie pueda ser tratado como tal”.<sup>424</sup>

El escrutinio estricto norteamericano es muy favorable a la libertad de expresión pero ha impedido que subsistan leyes regulatorias necesarias para el control estatal mínimo del mercado salvaje. Tampoco ha permitido el peso judicial adecuado a los intereses legítimos que persiguen leyes que buscan restringir las expresiones odiosas o que abogan por la violencia. El TSEU tiene a su disposición utilizar su conocido escrutinio exigente o “intermedio” con elementos del método de proporcionalidad que han sugerido dos de sus jueces. Esta alternativa es el resultado del enfoque comparativista de uno de sus jueces, a pesar de la crítica de otros jueces que insisten en un acercamiento a estos temas desde el “excepcionalismo” norteamericano. Este enfoque propuesto podría ser la respuesta a la realidad actual de la sociedad norteamericana en tiempo post-Trump y a tenor con las experiencias sufridas durante su

---

<sup>424</sup> Garton Ash, T., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, p. 210.

presidencia. Como se analizó, las minorías más vulnerables (políticas, religiosas, sexuales, etc.) han sufrido históricamente la mayor represión en el ejercicio de la libertad de expresión. Estos, a su vez, han sido los responsables de enfrentar los tribunales y producir alguna de la jurisprudencia más favorable a la libertad de expresión, según discutido en este texto como el caso de *Brandenburg*. No obstante, antes del 6 de enero de 2021 y de la presidencia de Trump parecería que la sociedad norteamericana discutía en el abstracto el tema de las expresiones odiosas o que abogan por uso de la violencia fuera de una experiencia histórica nacional concreta.<sup>425</sup>

A su vez, la “proporcionalidad” como método, particularmente en su acepción “*stricto sensu*”, ha permitido al TEDH y la comunidad de naciones bajo su jurisdicción resolver una variedad de controversias sobre las expresiones de odio y las que abogan por la comisión de delitos. A pesar de sus aparentes inconsistencias, lentitud o variada consideración en su “margen de apreciación”, mantiene su legitimidad. No obstante, con alguna frecuencia, bien de forma expresa (casi siempre en ciertas opiniones disidentes y concurrentes) o indirecta (discutiendo doctrinas de otras jurisdicciones sin expresarlo abiertamente) se toma conocimiento de las decisiones del

---

<sup>425</sup> Kahn, R.A., *Why Do Europeans Ban Hate Speech: Debate K. Lowenstein vs. Post*, p. 567.

TSEU. Ello ha permitido dar mayor claridad a las apreciaciones complicadas que pretenden distinguir, por ejemplo, entre conceptos como “abogar” e “incitar” por ideas subversivas que pueden reprimirse.

6. Los procesos de adjudicación de controversias relacionadas con las expresiones odiosas o que aboguen por actos delictivos deben también considerar una serie de elementos que evaluados en cuenta por los operadores del Derecho en cualquier contexto democrático:<sup>426</sup>

(a) *Contexto de la expresión*: constituye el elemento más importante pues impacta todo el análisis a ejecutarse. Debe considerarse el contexto político, social y económico del momento en que se hace la expresión. ¿Propiciaba una acción ilegal, iba dirigida a causar un daño a su audiencia o era solo ofensiva? ¿Qué tipo de expresión está involucrada: política, artística, retórica, caricaturesca, etc.?

(b) *Orador, parlante de la expresión*: se debe considerar su posición en la sociedad, si tenía respaldo de algún poder público o

---

<sup>426</sup> Estas recomendaciones utilizan como punto de partida las conclusiones sobre el tema emitidas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y las recomendaciones hechas por la profesora Susan Benesch a través de su proyecto “Expresiones Peligrosas” adscrito a la Universidad de Harvard. ONU, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshop on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, A/HRC/22/17//ADD.4; Benesch, S. & The Dangerous Speech Project, *Dangerous Speech: a Practical Guide*, disponible en <https://dangerousspeech.org>.

privado; su grado de influencia, su poder de convocatoria, su “paresia” o capacidad de ser entendido. Su grado de conciencia de lo expresado y el daño podía causar.

(c) *Audiencia*: su vulnerabilidad; grado de impresión; si es llamado directo a una persona o grupo particulares; capacidad de actuar o responder; tamaño de la audiencia.

(d) *El contenido de la expresión o mensaje*: lenguaje empleado, dirigido a cometer una acción ilegal o un daño por su indignidad. Era una incitación inminente, presente no futura; cuán extensa fue la expresión; ¿fue repetida?; ¿existía una probabilidad de la ocurrencia del daño?

(e) *Medio de difusión empleado*: espacio público, medio específico: electrónico, impreso, oral, ciberespacio, en tiempo real o grabado, horario.

En todo caso, las controversias sobre expresiones que causan daño en la esfera pública, en cualquiera de sus manifestaciones, deben ser atendidas en función de consolidar la democracia sin sacrificar sus elementos constitutivos.

\*\*\*\*\*

Hay palabras que son solo palabras. Hay palabras que llevan directamente a hechos. (-Dispara-, dice el comandante de la milicia huti, y la mujer tutsi es asesinada). Hay palabras que son

hechos ellas mismas, en el sentido de que lo que decimos *es* lo que hacemos. (-Lo siento-: -Lo prometo-; -Sí, quiero-, en una ceremonia de matrimonio tradicional). Y, lo saben bien los poetas y novelistas, existen múltiples grados intermedios. Lo que tenemos que evaluar en cada caso es un acto de habla determinado dentro de un contexto particular, en su momento, forma y lugar, la posición del hablante, y la naturaleza del receptor. -Dispara-, dicho por el comandante de la milicia huti, no es lo mismo que -Creo que habría que tirarle un tiro a Jones, dicho por mi anciana madre mientras toma una taza de té. Aunque la correlación no es exacta, según avanzamos por el espectro de los males atribuidos al lenguaje de odio, en general vamos desde las palabras que manifiestamente provocan hechos físicos, pasando por las palabras que son hechos, hasta llegar a las palabras que son solo palabras.<sup>427</sup>

---

<sup>427</sup> Garton Ash, T., *Libertad de palabra: Diez principios para un mundo conectado*, Tusquets, ed., Barcelona, 2017, pp. 301-302.

## BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, F., *The Soul of the First Amendment*, Yale University Press, New Haven, (2012)

BARAK, A., *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, (2012).

BARRY D. & FRANKEL, S., *Be There, Will Be Wild: Trump All but Circled the Date*, New York Times, (6 de enero de 2021, actualizado el 27 de julio de 2021), disponible en <https://www.nytimes.com/2021/01/06/us/politics/capitol-mob-trump-supporters.html>.

BAZEN, D.S., *The Origins of the Freedom of Speech and Press*, 42 Maryland Law Rev. 429 (1983).

BELAVUSAU, U., *Fighting Hate Speech Through EU Law*, 4 Amsterdam L. F. 20 (2012), disponible en: [ssrn.com/abstract=2005377](https://ssrn.com/abstract=2005377).

BENESCH, S. & THE DANGEROUS SPEECH PROJECT, *Dangerous Speech: a Practical Guide*, disponible en <https://dangerousspeech.org>.

BERTONI, E., Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas, disponible en [http://w.w.w.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/santiago/santiago\\_study\\_sp.pdf](http://w.w.w.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/santiago/santiago_study_sp.pdf).

BLACK'S LAW DICTIONARY, 11th ed., (2019).

BOLLINGER, C. & STONE, G., *Eternally Vigilant: Free Speech in Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, (2003).

BREYER, S., *The Court and the World: American Law and New Globe Realities*, Alfred A. Knoff, ed., New York, (2015).

BROWN, C., *A True Threat to First Amendment Rights: United States v. Turner and the True Threats Doctrine*, 18 Tex. Wesleyan L. Rev. 281 (2011).

BROWN, M., *Joint Chiefs' Chairman Milley feared Trump coup over election loss*, disponible en <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2021/07/15/joint->

chiefs-staff-planned-stop-trump-coup-over-election-claims/7975643002/.

CABALLERO HARRIET, F.J., *Algunas claves para otra mundialización*, Funglode, Santo Domingo, (2009).

CHAFEE, Z., *Freedom of Speech in War Time*, 32 Harv. L. Rev. 932 (1919).

CHEMERINSKY, E., *Constitutional Law, Principles and Policies*, Aspen Pub., 3rd. ed., New York, 2006.

COHEN-ELIYA, M. & PORAT, I., *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 San Diego L. Rev. 367 (2009).

CURTIS, D.E. & RESNIK, J., *Images of Justice*, 96 Yale L. J. 1727 (1978).

DELGADO, R., “*Profesor Delgado Replies*”, 18 Harv. C. R.-C.L.L. Rev. 593 (1983).

DELGADO, R., *Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harv. C. R.-C.L.L. Rev. 133 (1982).

*Fact Sheet- Hate Speech, European Court of Human Rights*, Press Unit, Febrero, (2020).

FALLON, R., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. Rev. 1267 (2007).

FARBER, D., *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, 84 Ind. L. J. 917 (2009).

FARBER, D., *The First Amendment*, Foundation Press, 4th. ed., St. Paul, (2014).

FARINACCI FERNÓS, J., *Hermenéutica puertorriqueña: Cánones de interpretación jurídica*, InterJuris, San Juan (2019).

FELDMAN, N. & Sullivan, K., *Constitutional Law*, Foundation Press, 20th ed., St. Paul, (2019).

FERNÁNDEZ, L & HERRERA, E, *Miradas a los Derechos Humanos: reflexiones escritas e ilustradas* (2018), disponible en:

<https://w.w.w.ehu.eus/eu-/giza-eskubideei-begira-hausnarketa-idatziak-eta-ilustratuax>

FINLEY, M.I., *Democracy, Ancient and Modern*, Rutgers University Press, New Jersey, (1985).

FRANKS, M.A., *The Cult of the Constitution*, Stanford University Press, Stanford, (2019)

FRYE, A. *Incitement: Modernizing the Standard*, The Hill (7 de abril de 2021), disponible en <https://thehill.com/opinion/judiciary/547053-incitement-modernizing-the-standard>

GARTON ASH, T., *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Yale University Press, New Haven, (2016.)

GARTON ASH, T., *Libertad de palabra: Diez principios para un mundo conectado*, Tusquets, ed., Barcelona, (2017).

GLASSER, I., *The Struggle for a New Paradigm: Protecting Free Speech and Privacy in the Virtual World of Cyberspace*, 23 Nova Law Rev. 627 (1999).

GLENSY, R., *The Use of International Law in U.S. Constitutional Adjudication*, 25 Emory Int'l L. Rev.197(2011).

*Guide on Article 10 of the European Convention of Human Rights*, TEDH, Consejo de Europa, 31 de agosto de 2020.

GUNTHER, G., *The Supreme Court, 1971 Term--Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 Harv. L. Rev. 1 (1972).

HARIOU, A., GICQUEL, J., & GÉLARD, P., *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Ariel ed., (1950).

HEALY, T., *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind- and Changed the History of Free Speech in America*, Metropolitan Books, New York, 2013.

HEINZE, E., *Hate Speech and Democratic Citizen*, Oxford University Press, Oxford, (2016).

HELMS, M., *Banning Words: A Comment on "Words that Wound"*, 18 Harv. C. R.-C.L. Rev. 585 (1983).

IMMERWAHR, D. *How to Hide an Empire-The History of the Grater United States*, Farrar, Strauss & Giroux, New York, (2019.)

JACKSON, V., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 124 Yale L. J., 3094, 3122 (2015).

KAGAN, E., *Regulation of Hate Speech and Pornography after R.A.V.*, 60 U. Chi. L. Rev. 873 (1993).

KAHN, R., *Hate Speech, Democratic Legitimacy and the Age of Trump*, ICLR. 2017, Vol. 17 No. 1.

KAHN, R., *Why Europeans Ban Hate Speech? A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post*, 41 Hofstra L. Rev. 545 (2013).

KAIRYS, D., *The Politics of Law-A Progressive Critique*, Basic Books, (1998)

KATAMALI, J.M., *The U.S. First Amendment Versus Freedom in Other Liberal Democracies and How Each Influence the Development on Hate Speech*, 36 Ohio N.U.L. Rev. 721 (2010)

KATAMALI, J.M., *The Limits of the First Amendment: Protecting American Citizen's Free Speech in the Era of the Internet & Global Marketplace of Ideas*, 33 Wisconsin Int. L. J. 102 (2016)

KATERI HERNÁNDEZ, T., *Hate Speech and the Language of Racism in Latin America: a Lens for Reconsidering Global Hate Speech Restrictions and Legislation Models*, 32 U. Pa. Int'l L. 805 (2011).

LABORDE SANFIORENZO, D., (Tesis doctoral), *Louis Dembritz Brandeis, su importante contribución a la escuela sociológica estadounidense*, Universidad Complutense de Madrid (2004).

LIPTAK, A., *How Conservatives Weaponized the First Amendment*, disponible en <https://www.nytimes.com/2018/06/30/us/politics/first-amendment-conservatives-supreme-court.html> (30 de junio de 2018).

LOEWENSTEIN K., *Militant Democracy and Fundamental Rights II*, 31 Am. Pol. Sci. Rev. 417 (1937).

MABE, K. A., *Long live the King: United States v. Bagdasarian and the Subjective-Intent Standard for Presidential "True-Threat" Jurisprudence*, 43 Golden Gate U. L. Rev. 51 (2013).

MATSUDA, J., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 Mich. L.R. 2320 (1989).

MACKINNON, C. A., Pornography, *Civil Rights and Speech*, 20 Harv. Civ. Rts-Civ. Lib. L. Rev 1, 21 (1985).

MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Crítica ed., (2013).

NIMMER, M., *Nimmer on Freedom of Speech: Treatise on Theory of First Amendment*, Mathew Bender and Co., New York, (1984).

NOWAK, J. & ROTUNDA, R., *Principle of Constitutional Law*, Thompson West, Minnesota, (2007).

ONU, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshop on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, A/HRC/22/17//ADD.4

OSTLER, S., *Empires of the World; A Language History of the World*, Harper Perennial, (2005).

OWENS, T.J., *25 Years of the European Commission Against Racism and Intolerance: Impact in the Field of Inequality* (2019), disponible en: <http://25-years-ecri-impact-1a-the-field-of-inequality/1580972j8c>.

OZBUDUN, E. & TURKMEN, F., *Impact of the ECtHR Rulings on Turkey's Democratization: An Evolution*, 35 Human Rights Quarterly 985 (2013).

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 8va.ed., (2002)

PETERSON, N., *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, 14 German L. J. 1387 (2013).

PIKETTY, T., *Capital in the Twenty-First Century*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (2014).

PORTELA VALENTÍN, O., *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático existencial* (Tesis doctoral), Universidad del País Vasco (2015), ADDI., disponible en: [addi.edu.es/handle/10810/15709](http://addi.edu.es/handle/10810/15709).

POST, R., *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 Va. L. Rev. 477 (2011).

POST, R., *Understanding the First Amendment*, 87 Wash. L. Rev. 549 (2012).

¿Qué es la neutralidad de la red?, disponible en: [http://elpaís.com/tecnologia/2010/08/05/actualidad/1280998863\\_850215.html](http://elpaís.com/tecnologia/2010/08/05/actualidad/1280998863_850215.html).

REDISH, M. H., *Freedom of Expression*, The Michie Co., (1984).

REVENGA SÁNCHEZ, M., *La libertad de expresión y discursos de odio*, Universidad de Alcalá, Universidad de Alcalá, (2015).

RIVERS J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 Cambridge L. J. 174, 182 (2006)

RÖDEL, U., FRANKENBERG, G., & DUBIEL, H., *La cuestión democrática*, Huerga & Fierro, Madrid, (1997).

ROSE, F., *The Tyranny of Silence*, Cato Institute, Washington, D.C.,(2014)

ROSENBLATT, H., *The Lost History of Liberalism*, Princeton University Press, Princeton, (2018).

ROSENFELD, M. & SAJÓ, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, (2013).

ROSENFELD, M., *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, disponible en <http://academic.oup.com/article-abstract/4/4618/640269>.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, (1992).

SCALON, T.M., *The Difficulty of Tolerance*, Cambridge University Press, Cambridge, (2003).

SCHAUER, F. “*Slippery Slope*”, 99 Harv. L. Rev. 361 (1985).

SCHAUER, F. *Harm(s) and the First Amendment*, 2011 Sup. Ct. Rev. 81 (2012)

SCHLOSSER, E., *Reefer Madness: Sex, Drugs and Cheap labor in the American Black Market*, Houghton Mifflin Co., Boston, (2003).

SERRANO GEYLS, R., *II Derecho Constitucional de Puerto Rico y los Estados Unidos*, P.E.J.C., San Juan, (1986).

SOTTIAUX, S., “Bad Tendencies’ in the ECtHR ‘hate speech and jurisprudence”, 7 *European Constitutional Law Review*, 42 (2011).

SOTTIAUX, S., *The “Clear and Present Danger Test” in the Case Law of the European Court of Human Rights*” en ZaoRV disponible en <http://www.zaoerv.de>.

STONE SWEET, A. & JUD MATHEWS, J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 *Colum. J. Transnat’l L.* 72 (2008).

STONE, G., *American Bookseller Association v. Hudnut, The Government Must Leave to the People the Evaluation of Others*, 79 *Univ. of Chicago L. Rev.* 1219 (2010).

STROSSEN, N., *Hate: Why We Should Resist It with Work Free Speech, Not Censorship*, Oxford University Press, Oxford, (2018).

TARLUCH MCGONAGLE, T., *The Council of Europe Against On-line Hate Speech: Conundrums and Challenges*, disponible en: <http://www.ivir.nl/staff/mcgonagle.html>.

TORRES VIADA, F., *La expresión odiosa y denigrante: hacia una re-consideración del paradigma liberal clásico de la libre expresión como imperativo urgente del valor igualdad*, 40 *Rev. Jur. UIPR.* 335 (2006).

TRIBE, L., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, (1988).

TRUMP, D. *Donald Trump and Twitter*, disponible en: <http://www.tweetbinder.com/blog/trump/twitter>.

TULKENS, F., *When to say is to do: Freedom of Expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*, European Court of Human Rights-European Judicial Training Network, Seminar on Human Rights, disponible en <http://bit.ly/2H9d3gz>.

TUSHNET, M., COHEN, A. & BLOCHER, J., *Free Speech Beyond Words*, New York University Press, New York, (2017).

URIAS, J., *Libertad de expresión: una inmersión rápida*, Tubidado ed., (2008).

WEBER, A., *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, Publishing Editions, Part I (Introduction), (2009)

*Validity, Construction, and Application of 18 U.S.C.A. § 871*, 3 A.L.R. Fed. 2d 241 (2005).

WELLINGTON, H., *On Freedom of Speech*, 88 Yale L. J. 1105 (1979) .

### **Constituciones, Leyes y Jurisprudencia**

CONST. EE.UU. AMEND. I.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Artículo 11 (2009).

Carta Africana de los Derechos Humanos y del Pueblo, Artículo 9 (2004).

Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 13 (1969).

Convenio Europeo de Derechos Humanos Artículos 26, 31, 43 (1953).

Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19 (1966).

Constitución Española de 1978, Artículo 20.

GRUNDGESETZ [GG] [Ley Fundamental de Alemania], Artículo 5.

MAGYARORSZÁG SLAPTÖTVÉNYE [Ley Fundamental de Hungría], Artículo 61.

Constitución de Sudáfrica, § 16(1)(b), S. AFR. CONST., 1996.

Alien Registration Act, 54 Stat. 670, Ch. 439, 18 U.S.C. §2385 (28 de junio de 1940).

Código Penal de Turquía, Artículos 311(2) y 312, Ley Núm. 765 del 1926, según enmendada.

Consejo de Europa, Recomendación (97) (30 de octubre de 1997).

*Ley de Decencia en la Comunicaciones de 1966*, 47 U.S.C. § 230.

*Ley de Espionaje de 1917*, 18 U.S.C. 792 *et seq.*

Ley Núm. 3713 del 12 de abril de 1991, § 8 (Ley para la prevención del terrorismo).

*Threats Against President and Successors to the Presidency*, 18 U.S.C. § 871.

U.S.A. PATRIOT Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272, según enmendada.

*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

*American Assn. of Political Consultation*, 140 S.Ct. 2335 (2020).

*American Booksellers Ass'n v. Hudnut*, 771 F.2d. 323 (1985).

*Americans for Prosperity Foundation v. Bonta*, 141 S.Ct. 2373 (1 de julio de 2021).

*Aptheker v. Secretary of State*, 376 U.S. 500 (1964).

*Aswander v. Tennessee*, 297 U.S. 288 (1935).

*Barr v. American Assn. of Political Consultation*, 140 S.Ct. 2335 (6 de julio de 2020).

*Bd. of Trustees of State University of N.Y. v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989).

*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

*Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116 (1966).

*Boos v Barry*, 485 U.S. 312 (1988).

*Boyd v. Floyd* 385 U.S. 116 (1966).

*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

*Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 564 U.S. 786 (2011).

*Case of Gulk and Others v. Turkey*, No. 4870/02 (8 de junio de 2010).

*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

*Chaplinsky v. New York*, 315 U.S. 766 (1942).

*Citizens United v. Fed. Election Commn.*, 558 U.S. 310 (2010).

*Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

*Collin v. Smith* 447 F Supp. 676 (N.D. Ill. 1978).

*Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 510 (1895).

*Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

*District of Colombia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

*Elfbrand v. Russell*, 384 U.S. 11 (1966).

*Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919).

*Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

*Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939).

*Herdon v. Lowry* 301 U.S. 241 (1937).

*Hudnut v. American Booksellers*, 405 U.S. 1001 (1986).

*Janus v. American Federation of State, County and Mun. Employee*, 138 S.Ct. 2448 (27 de junio de 2018).

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

*Kimble v. Marvel Enterprises*, 576 U.S. 446 (2015).

*Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, 928 F.3d. 226 (2nd.Cir. 2019).

*Kyllo v. United States* 533 U.S. 27 (2001).

*Lochner v. NewYork*, 249 U.S. 45 (1905).

*Mahony Area School District v. B.L. By and Through Levy*, 141 S.Ct. 2038 (23 de junio de 2021).

*Mardbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

*Masses Publishing Co. v. Putten*, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917).

*Masses Publishing Co. v. Putten*, 246 F. 24 (2d Cir. 1917).

*Matal v. Tam*, 137 S.Ct. 1744 (19 de junio de 2017).

*McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014).

*Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

*National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

*Natl. Inst. of Fam. and Life Advocates v. Becerra*, 138 S. Ct. 2361 (26 de junio de 2018).

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

*Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961)

*Pickering v. Board of Education*, 381 U.S. 653 (1968).

*Pierce v. United States*, 251 U.S. 239 (1920).

*Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 932 (1997).

*Pueblo v. García Colón*, 182 D.P.R. 129 (2011)

*R.A.V. v. City of St. Paul*, 1991 WL 530765 (U.S.); 1991 WL 530764 (U.S.).

*R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

*Reagan Nat'l Advert. of Austin, Inc. v. City of Austin*, 972 F.2d. 696 (5th.Cir. 2020), cert. expedido el 28 de junio de 2021.

*Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 163 (2015).

*Renton v. Playtime Theaters*, 475 U.S. 41 (1986).

*Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961).

*Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466 (1920).

*Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)

*Skokie v. National Socialist Party of Am*, 69 Ill.2d. 605, 373 N.E. 2d. 21 (1978)

*Smith v. Collins*, 436 U.S. 953 (1978).

*Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

*Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552 (2011).

*Sugarman v. United States*, 249 U.S. 182 (1919).

*Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (26 de junio de 2018).

*Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 512 U.S. 622 (1994).

*United States v. Álvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

*United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938).

*United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967).

*United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010).

*Virginia State Pharmacy v. Virginia Citizen Consumer Council*, 485 U.S. 748 (1976).

*Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

*Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

*Watts v. Unites States*, 394 U.S. 705 (1969).

*Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

*Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

TEDH, *Case of Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, No. 16353/16, (13 de julio 2012).

TEDH, *Glimmerveen and Hageen v. the Netherlands*, (Com.) Octubre 1979, Nos. 8348/78 y 8406/78 (11 de octubre de 1978).

TEDH, *M'Bala M'Bala v. France*, (S), No. 25329/13 (20 de octubre de 2015).

TEDH, *Herri Batasuna y Herri Batasuna v. Spain*, (S) 25803/04, 25817/04 (3 de junio de 2009).

TEDH, *Perincek v. Suiza* (GS), No. 27519/08 (15 de octubre de 2015).

TEDH, *Sürek & Ozdemir v. Turkey* (GC), Nos. 23927/94, 24277/94 (8 de julio de 1999).

TEDH, *Sürek v. Turquía (No. 1)* (GC), No. 26682/95 (8 de julio de 1999).

Tribunal Constitucional de España, (7 noviembre 2002, No. 235/2007).