

LA PRIMERA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA Y LA PROTECCIÓN DEL DISCURSO RACISTA *

The First Amendment of the United States Constitution and Its Protection of the Racist Hate Speech

Andrés GASCÓN CUENCA

Institut de Drets Humans - Universitat de València
Andres.gascon@uv.es

Fecha de recepción: 24/04/2013
Fecha de aceptación: 22/07/2013

RESUMEN

La evolución jurisprudencial que el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha realizado a lo largo de su historia de la Primera Enmienda de la Constitución, ha ido adaptándose tanto a la visión de la libertad de expresión modulada por parte del Tribunal, como a la realidad de la propia sociedad americana. En este artículo se presentará cuál ha sido la evolución que ha sufrido la protección que en los diferentes momentos que conforman la historia jurisprudencial de la Primera Enmienda se ha ofrecido al *lenguaje de odio*, con el objetivo de conocer cuál ha sido su evolución y en qué momento nos encontramos en la actualidad.

Palabras clave: libertad de expresión, discurso de odio, racismo, Constitución de EE.UU.

ABSTRACT

The interpretation that the Supreme Court of the United States has made throughout its history of the First Amendment of the Constitution has developed not only the Court vision of the freedom of expression but also the reality of American society itself. In this article the author presents the evolution of the protection offered by the First Amendment to hate speech at different times in order to know its judicial evolution to the present day.

Key words: hate speech, fighting words, First Amendment, racism.

* Este trabajo se inscribe dentro de los proyectos de investigación: Consolider-Ingenio CDS2008-00007 “El tiempo de los Derechos”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro de su línea número 5 “Multiculturalismo”, y del proyecto Prometeo 2010/099 “Inmigración, integración y políticas públicas: garantía de los derechos y su evaluación”, financiado por la Conselleria d'Educació de la Generalitat Valenciana. Debo agradecer tanto al Profesor José García Añón de la Universitat de València como a la Profesora Alicia Álvarez de la Universidad de Michigan los comentarios realizados acerca del texto.

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”

Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América.

1. INTRODUCCIÓN

Gran parte de la sociedad norteamericana se ve a sí misma como la portadora del estandarte de la libertad de expresión que dirige el mundo libre. Ya desde la Guerra Fría, la rivalidad entre lo que podemos denominar el bloque comunista y el capitalista, irguió a EE.UU., como el país en el que se gozaba de amplia protección de la libertad de expresión. La Primera Enmienda no es únicamente uno de los más cotizados derechos constitucionales, sino una característica identitaria propia de la cultura estadounidense¹. Y esto continúa presente en la mente de los ciudadanos norteamericanos. De entre los derechos que protege la Primera Enmienda², el que una amplia mayoría de la sociedad asocia con ésta es, el derecho de libertad de expresión³. Ésta es vista como el garante máximo del mercado de las ideas⁴ (*marketplace of ideas*), en el que cualquier ciudadano puede defender sus opiniones, sean cuales sean, sin importar su carácter racista o xenófobo, argumentando que los ciudadanos al tener la posibilidad de conocer todas las ideas existentes en referencia a una determinada materia, podrán identificar aquellas que son falsas de aquellas que son verdaderas⁵. La Primera Enmienda, está configurada como un derecho negativo de no interferencia por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos, en lugar de la imposición de un deber positivo de garantía de transmisión de ideas entre los ciudadanos⁶.

1. Ver: Bollinger, L. C. *The Tolerant Society*, Oxford: OUP, 1986. Sobre todo pp. 237 y ss. Ver también: Abrams, F. *Speaking Freely. Trials of the First Amendment*, Nueva York, Viking, 2005, pp. 234 y 278 y ss.

2. Entre los que podemos identificar, aparte de la libertad de expresión, la libertad de prensa, religión, reunión o de petición.

3. En este sentido, ver encuesta SOFA, *First Amendment Center*, Nashville, 2012. Último acceso 26/II/13. Disponible en <http://www.firstamendmentcenter.org/2012-survey-public-opposes-unlimited-campaign-spending>

4. Concepto utilizado por primera vez por el juez Holmes, en su voto disidente a la sentencia *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624-31 (1919).

5. Ver: Dworkin, R. *Freedom's Law. The Moral Regarding of the American Constitution*, Oxford, OUP, 1996, p. 385. Es interesante el debate que plantea Schauer, poniendo en duda que el mercado de las ideas sea el lugar ideal donde la mentira siempre cede ante la verdad y, por lo tanto, donde ésta pueda ser conocida sin más. Ver: Schauer, F. “Facts and the First Amendment”, *UCLA Law Review*, Núm 57, pp. 908 y ss.

6. Rosenfeld, M. “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis”, *Cardozo Law Review*, núm. 24, 2002-2003, p. 1530. El sentimiento general que se puede extraer

Pero, ¿fue siempre así?⁷ Aunque parezca que los estadounidenses tienen derecho a decir lo que quieran, cuando quieran y como quieran, esto no es completamente correcto. Este derecho ha estado (o está en la actualidad) limitado por cuestiones de “seguridad nacional, moralidad pública o seguridad personal”⁸. Es por esto, que aquí identificaré y analizaré tres etapas, en las que ha variado la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de la Primera Enmienda, respecto del contenido de la protección de la libertad de expresión en EE.UU. Esta división está ejemplificada en la mayoría de las obras que utilizaré como fuentes de referencia, como la de Bleick, Kübler o Rosenfeld, si bien, la concreción exacta de los períodos puede variar de un autor a otro.

2. DESDE LAS PRIMERAS SENTENCIAS EN EL AÑO 1919 HASTA LA DÉCADA DE 1930

Una primera etapa en la evolución de la protección de la libertad de expresión en EEUU se identifica con el período en el que se producen las primeras sentencias, en el año 1919, hasta la década de los años 30. Esta etapa se caracteriza, en un primer momento, por la doctrina del *bad tendency test*, que permitía a los organismos públicos prohibir el discurso que se considerara peligroso para la “salud pública, la seguridad o la moral”⁹. También podemos encontrar leyes que limitaban la libertad de expresión en los siguientes extremos: el quebrantamiento de la paz, la sedición o la difamación. Todos estos aspectos, estaban regulados en un inicio por los Estados o por las ciudades, sin que estas leyes u ordenanzas fueran aplicadas de una forma extensa por parte de los tribunales. Posteriormente, en 1925, el Tribunal Supremo dictó la sentencia *Gitlow v. the People*¹⁰, donde expandió su poder de fiscalización, incluyendo la libertad de expresión como

de la Constitución de EE.UU., es el de un sistema que configura al Estado como el enemigo de los derechos de los ciudadanos.

7. Una primera aproximación, nos permite afirmar que la idea de una libertad de expresión sin límites, era una idea marginal dentro de la tradición legal anglo americana. Ver Kersch, K. I. *Freedom of Speech, Rights and Liberties under the Law*, California, ABC-CLIO, 2003, p. 41 y ss.

8. Bleich, E. *The Freedom to be Racist? How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism*, Londres, OUP, 2011, p. 63.

9. Bleich, E. *The Freedom to be Racist?...*, *op. cit.*, p. 64. También: Zoller, E. “The United States Supreme Court and the Freedom of Expression”, *Indiana Law Review*, Indiana, Indiana University, vol. 84, núm. 4, pp. 888 y ss.

10. *Gitlow v. the People*, 268 U.S. 670-672 (1925). Zoller, E. “The United States Supreme...”, *op. cit.*, p. 889; Bleich, E. *The Freedom to be Racist?...*, *op. cit.*, p. 64.

una de las libertades protegidas de las acciones de los Estados¹¹ en virtud de la Decimocuarta Enmienda¹².

En este primer apartado, he escogido cinco sentencias que muestran cuál es la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto son: *Schenck v. United States*, *Debs v. United States*, *Abrams v. United States* y *Gitlow v. the People*.

La preocupación de la Corte por el contenido de la Primera enmienda, comenzó a emerger durante el período de la Primera Guerra Mundial¹³, fase en la que dictó una serie de sentencias, en las que condenaba a pacifistas por la distribución de panfletos contrarios a la guerra y al reclutamiento militar¹⁴. En éstas, las condenas impuestas a los acusados de acuerdo con la Ley de Espionaje (*Espionage Act*) por las cortes inferiores fueron confirmadas por el Tribunal Supremo. Tanto en la sentencia *Schenck v. United States*, como en *Debs v. United States*, el juez Holmes (que posteriormente se convertirá en uno de los mayores defensores de la libertad de expresión), escribe en ambos casos la sentencia en nombre de la mayoría confirmando la condena, acuñando una nueva fórmula alternativa al *bad tendency test*, conocida como la del peligro claro y presente¹⁵ (*clear and present danger*). A partir de este nuevo test, la libertad de expresión únicamente podrá ser limitada cuando sea utilizada para crear un peligro que deberá tener como requisitos, ser claro e inmediato. En estas dos sentencias, Holmes justifica las condenas basándose en la intencionalidad de los acusados que, en ambos casos, era la obstrucción del reclutamiento del servicio militar obligatorio en tiempo de guerra, entendiéndose que esto suponía un desafío al funcionamiento del gobierno que la Constitución no protegía.

Posteriormente, en la sentencia *Abrams v. United States*, el Tribunal Supremo confirma la condena al acusado, en la que se limita la libertad de expresión respecto de la publicación de dos folletos, en los que se llamaba al alzamiento de las clases trabajadoras en contra de los abusos del capitalismo y a favor de la Revolución rusa. También se abogaba por la objeción a la fabricación de munición y se llamaba a una huelga general en estas factorías. En esta ocasión, el juez

11. En opinión de Zoller, la intención de James Madison —autor de la Bill of Rights— al establecer que el Congreso no legislaría en contra de la Primera Enmienda era que la regulación de este derecho correspondía únicamente a la jurisdicción estatal. Pero con la aplicación de la Decimocuarta Enmienda en conjunción con la Primera, el Tribunal Supremo también prohíbe a los estados promulgar leyes que restrinjan este derecho. Ver: Zoller, E. “Freedom of Expression: “Precious Right” in Europe, “Sacred Right” in the United States?”, *Indiana Law Journal*, vol. 84, núm. 3, 2009, p. 805.

12. En este sentido y para un estudio más profuso de la protección de la libertad de expresión durante estos años ver: Rabban, D. M. *Free Speech in Its Forgotten Years*, Cambridge, CUP, 1997, p. 147 y ss.

13. Kübler, F. “How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights”, *Hofstra Law Review*, núm. 27, 1998-1999, p. 348; Bleich, E. *The Freedom to be Racist?...*, *op. cit.*, p. 64.

14. Ver: *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919) y *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). En estas sentencias los acusados son condenados.

15. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 52 (1919).

Holmes (junto con el juez Brandeis), se muestra contrario a la opinión expresada por la mayoría, afirmando que las opiniones que estos dos folletos ofrecían, en ningún momento atacan al Gobierno¹⁶. Afirma, que no se prueba que la intención del acusado fuera paralizar o dificultar la persecución de la guerra por parte del gobierno de los Estados Unidos. En esta sentencia aparece por primera vez el test del peligro presente e inminente (*clear and imminent danger*),¹⁷ que será utilizado a lo largo del desarrollo jurisprudencial que la Corte realizará posteriormente, para justificar la limitación constitucional de la libertad de expresión. Y aquí aparece por primera vez, el concepto de mercado de las ideas (*marketplace of ideas*)¹⁸, que será utilizado en sentencias posteriores. Este concepto afirma que, la mejor vía para conocer la verdad de las cosas es permitir que todas las ideas compitan en el mercado, y que esta competencia es el único marco donde la verdad puede ser determinada de forma segura. Esta sentencia marca un punto de inflexión muy importante en la jurisprudencia que posteriormente seguirán el resto de fallos en materia de libertad de expresión del Tribunal Supremo¹⁹.

En *Gitlow v. the People*²⁰, también se confirma la condena al acusado por publicar un manifiesto izquierdista, que llamaba a una lucha revolucionaria de clases en EE.UU. El juez Holmes, se separó de la opinión mayoritaria (opinión seguida también en esta ocasión por el juez Brandeis), entendiendo que: “No existía un peligro claro y presente en el manifiesto de intentar derrocar al Gobierno mediante la fuerza, dado que únicamente una pequeña minoría de la sociedad apoyaba el punto de vista defendido por el condenado. A mayor abundamiento, Holmes sostiene que el manifiesto era más que una teoría, era una incitación y que toda idea lo es; ésta ofrece en sí misma una creencia y si es creída, se actúa de acuerdo con ella, excepto cuando otra creencia la sobrepasa o algún error o energía la reprime en su nacimiento. La única diferencia entre la expresión de una opinión y la incitación en sentido estricto es el entusiasmo del hablante en su resultado”²¹. En esta sentencia, Holmes viene a reafirmar su test del peligro claro y presente y de que la competencia dentro del mercado de las ideas es el marco en el que se debe desarrollar el derecho a la libertad de expresión garantizado en la

16. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 626 (1919).

17. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 627 (1919). Posteriormente, cambiará la palabra *imminent* por *present*, sin que esto tenga mayor relevancia.

18. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 627 (1919).

19. Rabban, D. M. “The Emergence of Modern First Amendment Doctrine”, *The University of Chicago Law Review*, Chicago: University of Chicago, 1983, p. 1303 y ss.

20. *Gitlow v. the People*, 268 U.S. 652 (1925).

21. Opinión del juez Holmes en: *Gitlow v. the People*, 268 U.S. 673 (1925). Traducción del autor, texto original: “it is manifest that there was no present danger of an attempt to overthrow the government by force on the part of the admittedly small minority who shared the defendant’s views. It is said that this manifesto was more than a theory, that it was an incitement. Every idea is an incitement. It offers itself for belief, and, if believed, it is acted on unless some other belief outweighs it or some failure of energy stifles the movement at its birth. The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker’s enthusiasm for the result”.

Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU.²². Este razonamiento, incorpora a la jurisprudencia del Tribunal Supremo del EE.UU., la filosofía utilitarista de John Stuart Mill²³ respecto a la libertad de expresión²⁴. Esta idea, junto con el test del peligro claro y presente, protegerá el discurso xenófobo y racista, cuando no se incite a la violencia.

Pese a que se desprende de estas dos últimas sentencias comentadas, que tanto el juez Holmes como el juez Brandeis únicamente justificarían la limitación de la libertad de expresión cuando exista un peligro claro y presente, en la última sentencia que comentaré en este primer apartado, *Whitney v. California*²⁵, ambos jueces firman una opinión concordante a la sentencia que condena a la acusada, por crear el Partido Comunista de los Trabajadores de California (*Communist Labor Party of California*). En opinión de Brandeis (seguida por Holmes), “el mero hecho de formar la sociedad para enseñar en sindicalismo [...], o reunirse con otros para ese fin, es suficiente para considerar que se ha materializado el crimen. Se es culpable aunque la sociedad no haya contemplado la inmediata promulgación de la doctrina [...]. La acusada es castigada [...], en el estado de preparación [del delito], donde, si existieran amenazas al orden público, únicamente sería de forma remota”²⁶. Por lo tanto, pese a no existir un peligro presente, ambos jueces votan a favor de confirmar la condena a la acusada.

Por lo tanto, podemos observar como la Corte, en esta primera parte del estudio, sí que considera constitucional la limitación de la libertad de expresión,

22. En este sentido ver: Krotoszynski, R. J. Jr. *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective. A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*, Nueva York, NYUP, 2009, pp. 14 y ss.

23. Concretamente Mill, argumenta que silenciar la expresión de una opinión, supone robársela a la humanidad, tanto si es acertada como si no lo es. Concretamente Mill argumenta: “the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error”. Robson J.M., *Collected Works of John Stuart Mill, in 33 vols.*, Toronto: TUP, Vol. VXIII (Essays on Politics and Society Part I [On Liberty]), 1963-1991, p. 229. Ver también: Bollinger, L. C. *Uninhibited, Robust, and Wide-open. A Free Press for a New Century*, Oxford, OUP, 2010 p. 46 y ss.

24. En este sentido ver: Krotoszynski, R. J. Jr. *The First Amendment...*, *op. cit.*, p. 14 y ss; Schauer, F. “The Sociology of the Hate Speech Debate”, *Villanova Law Review*, núm. 37, 1992, p. 816. Es muy interesante ver la dicotomía que presentan: Rosenfeld, M. “Hate Speech...”, *op. cit.*, p. 1532; Jones, T. D. “Human Rights: Freedom of Expression and Group Defamation under british, canadian, indian, nigerian and united states law - a comparative analysis”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 18, pp. 485-486.

25. *Whitney v. California*, 274 U.S. 327 (1927).

26. *Whitney v. California*, 274 U.S. 373 (1927). Traducción del autor, texto original: “The mere act of assisting in forming a society for teaching syndicalism, of becoming a member of it, or of assembling with others for that purpose, is given the dynamic quality of crime. There is guilt although the society may not contemplate immediate promulgation of the doctrine. Thus, the accused is to be punished not for contempt, incitement, or conspiracy, but for a step in preparation, which, if it threatens the public order at all, does so only remotely”.

en unos determinados ámbitos, que están más o menos marcados por la Primera Guerra Mundial, no existiendo un consenso mayoritario, firme y claro por la libertad de expresión sin restricciones. Asimismo, pese a que tanto el juez Holmes como Brandeis establecen tanto el test del peligro claro y presente y la concepción de Mill de que todas las ideas deben contribuir a la formación de la opinión de los ciudadanos, observamos como no existe una aplicación clara de sus criterios.

3. EVOLUCIÓN EN LA DÉCADA DE LOS 40 Y DE LOS 50

Durante estas dos décadas, hay que destacar que aún podemos encontrar ciudades o estados que tienen legislación que castiga la utilización racista del lenguaje, como las que dieron lugar a las sentencias que comentaré a continuación, que son: *Chaplinsky v. New Hampshire*, *Dennis v. United States* y *Beauharnais v. Illinois*. Aunque la tendencia expansionista del Tribunal Supremo camina hacia una libertad de expresión casi sin restricciones, que prevalecerá sobre la legislación estatal o local y sobre las decisiones de las cortes inferiores. También hay que destacar que, tanto el juez Holmes como el juez Brandeis, ya no formaban parte del Tribunal Supremo en este período, pero su doctrina será seguida por los jueces que posteriormente ocuparon sus puestos.

La primera sentencia es *Chaplinsky v. New Hampshire*²⁷. En ésta, un testigo de Jehová, fue condenado por utilizar las llamadas *fighting words*²⁸ en contra de un policía que le llamó al orden cuando el primero se encontraba haciendo proselitismo de su religión, mediante el reparto de panfletos en la vía pública, que provocaron fuertes reacciones de los transeúntes por las afirmaciones que éstos contenían. Concretamente, los insultos utilizados contra el agente fueron: “jodido fascista” y “jodido mafioso” (*damned fascist* y *damned racketeer*). La Corte llega al convencimiento de que estos apelativos, no estaban protegidos por la Primera Enmienda dado que: “el derecho a la libertad de expresión no es absoluto en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia. Existen ciertos tipos de discurso que están bien definidos y claramente limitados, de los que su castigo y prevención nunca han suscitado ningún problema constitucional”²⁹. Asimismo, la Corte también admite que las *fighting words* son aquellas que mediante su utilización,

27. *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 568 (1942).

28. Si bien el término *fighting words* es traducido al Español como palabras belicosas en algún escrito traducido al español, editado por el Gobierno de EE.UU. (ver en su versión inglesa y española: Congress of the United States, Rights of the People, Individual Freedoms and the Bill of Rights, 2003. Concretamente el capítulo que trata la libertad de expresión, disponible en: <http://www.america.gov/st/democracy-english/2008/June/20080630212514eaifas0.1354945.html>), no existe una traducción doctrinal clara sobre este término en español. Bajo mi punto de vista, el término palabras belicosas no es una traducción adecuada del término *fighting words*. Es por esto que, no habiendo encontrado una traducción que se ajuste a fielmente a su significado, lo mantendré sin traducir.

29. *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 571-572. [Traducción del autor, texto original: “the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances. There are certain well

infligen un daño o tienden a incitar a una inminente ruptura de la paz³⁰. Esta definición es importante, ya que siendo acordada en pleno por todos los jueces del Tribunal Supremo, supone reconocer que aquellas palabras que están dirigidas a infligir un daño no están protegidas por la Primera Enmienda. Podríamos entender que los insultos racistas dirigidos a personas a causa de su raza, religión, rasgos fenotípicos, etc., tienen claramente este objetivo³¹, sin embargo, como veremos después, su castigo por parte de la Corte no es claro.

La segunda sentencia de este período es *Dennis v. Estados Unidos*³². Ésta se enmarca en el período duro del *macartismo*, en el que la persecución de los simpatizantes del Partido Comunista tenían un gran apoyo dentro la sociedad americana. El proceso transcurre en contra de los líderes de este partido en EE.UU., que fueron arrestados por conspirar para provocar la caída del gobierno y por crear un grupo de personas con esta finalidad³³. El Tribunal Supremo observa de forma paradójica que, el requisito de inmediatez que requiere el test del peligro claro y presente, no es necesario en este caso, debido al gran peligro que supone esta amenaza, aún cuando los jueces reconocen que el gobierno tendría el poder suficiente de aplacar una rebelión y que el número de supuestos revolucionarios, es insuficiente para la consecución de su objetivo³⁴. La Corte argumenta su decisión, en el peligro que supone proteger a un grupo que intenta derribar al gobierno “tan pronto cómo sea posible”³⁵. Tal y como afirma el juez Black (que disiente del parecer de la mayoría), la condena supone rechazar el test del peligro claro y presente, dado que según su opinión, la única razón para proceder a confirmar la condena, es el peligro que la defensa de la doctrina del comunismo supone para

defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem”].

30. La definición de inminente de la paz, se desarrolla en mayor profundidad en puntos posteriores. En este punto quiero destacar la opinión de Greenawalt sobre la idoneidad de la inmediatez de la ruptura de la paz para conocer si las *fighting words* tienen el objetivo de ofender o no, puesto que pueden existir situaciones en las que los epítetos racistas ofendan de forma grave a la persona a la que se dirigen, pero debido a las características personales del ofendido, no sean ideales para producir una situación violenta. Ver Greenawalt, K. *Fighting Words. Individuals, Communities and Liberties of Speech*, New Jersey, PUP, 1995, pp. 50-58.

31. Bleich, Erik. *The Freedom to be Racist?...*, *op. cit.*, pp. 67-68.

32. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). En ésta, los jueces Black y Douglas escriben votos particulares contrarios a la condena, por considerar que van en contra del test de peligro claro y presente que se había establecido como el criterio jurisprudencial relevante en los casos que afectaran las libertades de la Primera Enmienda.

33. Acciones prohibidas por la Ley Smith de 1940.

34. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 509 (1951). Esta posición queda muy clara demás, en el voto particular del juez Franfurter, donde afirma que: “La provocación [de las personas que están siendo juzgadas] no crea un peligro inminente de una magnitud tal que ponga en peligro el esquema actual de nuestra sociedad” *Dennis v. United States*, 341 U.S. 518. Traducción del autor, texto original: “their advocacy does not create an immediate danger of obvious magnitude to the very existence of our present scheme of society”.

35. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 510 (1951).

la seguridad EE.UU.³⁶, y que ésta, no tiene la suficiente entidad como para limitar el derecho a la libertad de expresión en esta situación.

El tercer fallo judicial es *Beauharnais v. Illinois*³⁷. En este caso, se condena al acusado por la distribución por las calles de Chicago (Illinois) de panfletos con un marcado carácter racista en contra de los afroamericanos. En éstos, se acusaba a este grupo la comisión de violaciones, robos, tráfico de drogas, entre otros delitos³⁸. Se confirma la condena impuesta, basándose en la ley de libelo grupal del estado de Illinois. Concretamente, se afirma que algunos estados elaboraron leyes que sancionaban el libelo individual y que, por lo tanto, si esta facultad sí les está permitida también les debe estar permitido castigar el libelo dirigido contra grupos definidos³⁹. En consecuencia, se reconoce que este tipo de lenguaje, no está protegido por la Primera Enmienda de la Constitución y al no estar protegido, no tiene que ser considerado bajo el prisma del test del peligro claro y presente⁴⁰. En la argumentación de su decisión, la mayoría se hace eco de los diferentes disturbios raciales que sucedieron en este tiempo en el estado de Illinois para justificar el fin legítimo de la legislación que prohibía el libelo grupal y cuya finalidad era “contener la difamación falsa o malintencionada de los grupos religiosos o raciales, realizados en lugares públicos y con la intención calculada de tener un impacto emocional poderoso en aquellos a los que les fue presentada”⁴¹.

Hay que resaltar que esta opinión no fue tomada de forma unánime (se adoptó en un margen de 5 a 4⁴²). Asimismo, tengo que destacar el voto particular disidente del juez Black⁴³ (al que se une el juez Douglas), en el que argumenta que la mayoría de sus compañeros, utiliza de forma errónea el concepto de libelo, así

36. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 580 (1951).

37. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

38. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 252 (1952).

39. Kübler, F. “How much freedom...”, *op. cit.*, p. 351; Bleich, E. The Freedom to be Racist?...”, *op. cit.*, p. 68; Rosenfeld, M. “Hate Speech...”, *op. cit.*, p. 1536.

40. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 256 (1952). Concretamente: “Libelous utterances not being within the area of constitutionally protected speech, it is unnecessary, either for us or for the State courts, to consider the issues behind the phrase “clear and present danger”. Ver también: Rosenfeld, Michel. “Hate Speech...”, p. 1536.

41. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 261 (1952). [Traducción del autor, texto original: “to curb false or malicious defamation of racial and religious groups, made in public places and by means calculated to have a powerful emotional impact on those to whom it was presented”].

42. Debido a lo ajustado de la decisión y a cambios posteriores en la línea jurisprudencial, esta sentencia ya no es considerada como jurídicamente vinculante. Ver: Greenawalt, K. “Free Speech in the United States and Canada”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 55, núm. 1, 1992, p. 19.

43. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 267-275 (1952). Comentar aquí, que el juez Jackson en su opinión disidente afirma que las leyes que castigan el libelo grupal son un encomiable deseo de reducir el abuso de la libertad de expresión, pero que no está de acuerdo con la decisión de la mayoría en el extremo de que los estados no deben aplicar el test federal del peligro claro y presente a los casos en los que está en juego la libertad de expresión, ver: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 288-304. En este sentido y tratado en mayor profundidad: Riesman, D. “Democracy and Defamation: Control of Group Libel”, *Columbia Law Review*, Núm. 42, 1942, pp. 508-511.

como la jurisprudencia previa que se alega para argumentar la decisión adoptada. Concretamente se alega que la acción civil de libelo ha sido creada únicamente para atender las relaciones entre particulares y que, por lo tanto, no puede ser aplicada de forma extensiva a los grupos de personas⁴⁴, puesto que esta acción supone trasladar este delito de la esfera de lo privado (que no participa en el debate público) y donde sí estaría constitucionalmente aceptado su castigo, a la esfera de lo público (que sí que participa de la discusión pública). Así, realizar una equivalencia entre ambos espacios, supone la invasión del derecho contemplado en la Primera Enmienda⁴⁵ y así se reconoce en la sentencia *Chaplinsky v. New Hampshire*. Otro punto importante en el voto del juez Black, es que las *fighting words* únicamente pueden tener tal consideración y, por lo tanto, ser objeto de reproche legal, cuando van dirigidas a individuos y no a colectivos. Pone en duda que, en este caso concreto, el lenguaje utilizado fuera amenazante, dado que era utilizado para exponer unas ideas que eran de una gran importancia e interés público⁴⁶. Finalmente destaca que la decisión de la mayoría, cuyo objetivo es proteger a las minorías sociales que pueden verse atacadas por los libelos de grupo, va en contra de los propios derechos de éstos, puesto que confirma la potestad de los estados de censurar ciertos tipos de expresión.

Por lo tanto, podemos extraer como conclusión de las sentencias comentadas en este apartado que, a lo largo de este período, continúan los fuertes desacuerdos acerca de cuál debe ser la interpretación correcta de la Primera Enmienda y sobre qué tipo de discurso está o no está cubierto por ésta. Podemos observar que, por una parte, se sitúan fuera de la protección constitucional las *fighting words*, dirigidas a individuos y que posteriormente, ésta será una categoría que se ampliará para proteger a los grupos que puedan ser individualizados. Asimismo, tampoco se protege el lenguaje subversivo que tiende a desestabilizar el gobierno, aunque este no suponga una amenaza inminente. Por otra parte, se hace patente el fuerte desacuerdo de los jueces Black y Douglas con las decisiones adoptadas por la mayoría de los jueces, a través de sus votos particulares, que les van convirtiendo en firmes defensores de una libertad de expresión casi ilimitada.

4. DESDE LA DÉCADA DE LOS 60 HASTA EL AÑO 2003

Durante este período, observaremos que el Tribunal Supremo ofrece una protección mucho más férrea de la Primera Enmienda de la que venía aplicando hasta

44. A favor de la tipificación del libelo grupal ver: Riesman, David. "Democracy and Defamation:...", *op. cit.*, pp. 730 y ss., 745 y ss., 759 y ss.; Greenawalt, K. "Free Speech...", *op. cit.*, p. 16 y ss. En contra de la tipificación del libelo grupal ver: Yong, C. "Does Freedom of Speech Include Hate Speech?", *Res Publica*, núm. 17, vol. 4, pp. 17-18.

45. Ver: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 271-272 (1952). Ver también: Rosenfeld, M. "Hate Speech...", *op. cit.*, p. 1536; Kübler, F. "How much freedom...", *op. cit.*, p. 351.

46. Ver: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 272-273 (1952). Ver: Bleich, E. The Freedom to be Racist?..., *op. cit.*, pp. 69-70; Zoller, E. "The United States Supreme...", *op. cit.*, p. 898.

el momento⁴⁷. En las decisiones que comentaré a continuación, que son *Terminello v. Chicago*, *Brandenburg v. Ohio*, *New York Times Co. v. Sullivan*, *National Socialist Party v. Village of Skokie*, *R.A.V. v. City of St. Paul's* y *Virginia v. Black et al.*, se elevan los estándares de protección que la jurisprudencia había construido a lo largo de las etapas anteriores, particularmente protegiendo el discurso racista.

La primera de las sentencias objeto de análisis es *Terminello v. Chicago*⁴⁸. Aunque dictada en el período que abarca el apartado anterior, esta sentencia supone un punto de inflexión⁴⁹ en la protección que hasta el momento venía ofreciendo el Tribunal Supremo. El caso versa sobre un encuentro organizado por los Cristianos Veteranos de América (*Christians Veterans of America*), al que se invitó a un ex sacerdote que realizó una serie de manifestaciones antisemitas en las que, entre otras cosas, llamaba a su asesinato. La promoción del encuentro, tal y como se expone en la sentencia, tuvo una alta repercusión y había tanto en la sala de la conferencia como fuera de ella, una alta concentración de personas. Particularmente, el estado de ánimo de los que se encontraban fuera de ésta, era enfadado y agitado (*angry and turbulent*)⁵⁰. Los epítetos racistas en contra de los judíos que lanzó el ex sacerdote en la reunión provocaron que las personas que estaban congregadas fuera del recinto empezaran a destrozar el mobiliario urbano y, asimismo, a tener alguna refriega con los agentes que protegían al orador. Pese a que en principio se pueda pensar que el caso cumple con todos los requisitos del test del peligro claro y presente, la condena fue revocada dado que las instrucciones dadas al jurado encargado de valorar los hechos para entender que la conducta era contraria a la legalidad vigente, fueron que “el mal comportamiento debe constituir una ruptura de la paz si éste provoca a la ira pública, invita al conflicto, lleva a un estado de agitación, o crea altercados, o si éste molesta a los residentes en el disfrute de la paz y la tranquilidad, levantando alarma”⁵¹. Estas indicaciones, fueron consideradas por la mayoría de los jueces que adoptaron la decisión, como demasiado amplias y suficientes para poner en peligro los derechos garantizados por la Primera Enmienda. En opinión del juez Douglas, quien redactó la opinión de la mayoría, “la función de la libertad de expresión [...] es invitar al conflicto [...] o incluso provocar ira en la gente”⁵². Por lo tanto, podemos observar que aunque se den las circunstancias necesarias para cumplir con los requisitos del test del peligro claro y presente, la instrucción que se le debe realizar al jurado debe ser muy escrupulosa.

47. De la misma opinión: Bollinger, L. C. *Uninhibited, Robust...*, *op. cit.*, p. 51.

48. *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

49. Bleich, E. *The Freedom to be Racist?...*, *op. cit.*, p. 70

50. *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 3 (1949).

51. *Id.* [Traducción del autor, texto original: “misbehavior may constitute a breach of the peace if it stirs the public to anger, invites dispute, brings about a condition of unrest, or creates a disturbance, or if it molest the inhabitants in the enjoyment of the peace and quiet by arousing alarm”].

52. *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 4 (1949).

En el siguiente caso, *Brandenburg v. Ohio*⁵³, un líder del Ku Kux Klan en un mitin y siendo grabado por la televisión, se dirigió a las personas allí congregadas, que portaban armas y cruces en llamas, realizando exaltaciones racistas, en las que, entre otras afirmaciones, se llamaba a enterrar a los afroamericanos⁵⁴. Al mismo tiempo, también afirmaba que: “si el Presidente, el Congreso, o el Tribunal Supremo, continúan suprimiendo la raza blanca [sic] caucásica, es posible que debamos tomar algunas acciones de venganza”⁵⁵. Pese a darse por probada la utilización de *fighting words* y amenazar a diversas instituciones políticas y judiciales, se decidió en pleno que la ley que permitió la condena estatal era demasiado amplia⁵⁶ e iba más allá de test del peligro claro y presente⁵⁷, de forma que el único lenguaje que puede estar prohibido es aquel que: “*está dirigido directamente a incitar o producir acciones inminentes castigadas por la ley y es ideal para incitar o producir estas acciones*”⁵⁸. Por lo tanto, pese a que se llamó a la violencia en contra de los afroamericanos y judíos, no hubo ningún incidente de forma inminente⁵⁹ y, por consiguiente, el Tribunal Supremo entiende que no se dan requisitos necesarios para el castigo de la conducta.

En la siguiente sentencia, *New York Times Co. v. Sullivan*⁶⁰, el Tribunal Supremo continuará su jurisprudencia expansiva sobre la protección de la libertad de expresión, esta vez en el área del libelo individual. El caso versa⁶¹ sobre una publicidad a cargo de tres afroamericanos y un clérigo del estado de Alabama, publicada en el *New York Times*, en la que se apoyaba el movimiento estudiantil que luchaba por la igualdad de derechos en la educación, la lucha por el derecho a voto y la defensa jurídica de Martín Luther King, Jr., que en ese momento estaba pendiente de juicio en la ciudad de Montgomery (Alabama). Además, la publicidad continuaba afirmando, en el párrafo tercero que: “Cuando los grupos de apoyo se manifestaban a favor de King, la policía les reprimió con cientos de

53. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

54. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 447 (1969).

55. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 445-446 (1969).

56. Los acusados fueron condenados bajo la Ley de Sindicalismo Criminal de Ohio (*Ohio Criminal Syndicalism Statute*) de 1919, que castigaba de forma general abogar por cometer crímenes, sabotajes, actos violentos, o métodos no legales de terrorismo, como una forma de reforma política o industrial. Referencia legal citada al inicio de la sentencia tratada.

57. Además de ir más allá de este test, la sentencia expresamente decidió en contra de la jurisprudencia establecida en *Whitney v. California*. Ver *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 449.

58. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 447 (1969). Ver también: Kübler, F. “How much freedom...”, *op. cit.*, p. 352.

59. De acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia, “inminente” debe ser interpretado de forma que, en un espacio de tiempo muy pequeño, se produzca algún altercado. Ver: *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973). También: Greenawalt, K. *Fighting Words...*, *op. cit.*, p. 18; Bleich, E. *The Freedom to be Racist?...*, *op. cit.*, p. 72.

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

61. Para una explicación exhaustiva de los pormenores del caso ver: Bollinger, L. C. *Uninhibited, Robust...*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

agentes y gases lacrimógenos”⁶²; y en el párrafo sexto: “Una vez y otra, los infractores de la ley contestaron a la protesta pacífica del Dr. King con intimidación y violencia. Ellos han atentado contra su casa, casi matando a su esposa e hijo”⁶³. De acuerdo con estas afirmaciones, el Comisionado de Montgomery encargado de supervisar la actuación de la policía, entendió que la noticia tergiversaba la realidad, dando a entender que era la propia policía la que había atentado contra King. Por lo tanto, entendió que se le había difamado como persona al cargo del cuerpo policial. A nivel estatal, se condenó a la editorial del rotativo a una indemnización de 500.000 dólares, pero una vez que ésta apeló al Tribunal Supremo, el fallo quedó anulado. La Corte establece que: “nosotros afirmamos en el día de hoy que la Constitución delimita el poder estatal de indemnizar por daños en las causas de libelo, trasladadas por funcionarios públicos en contra de las personas que critican su conducta en el desarrollo de sus funciones oficiales. Desde que esto es una acción legal, es aplicable la regla de pedir la prueba de la intención dolosa”⁶⁴. Los requisitos para probar esta intención dolosa (*actual malice*) son que se convenza claramente de que las afirmaciones se realizaron con “conocimiento de que éstas eran falsas o con ignorancia temeraria de si éstas son falsas o no”⁶⁵. Por lo tanto, vemos como el estándar de protección ante el libelo individual se eleva en el caso de los funcionarios públicos, dado que únicamente accederán a la protección cuando puedan probar el estándar de la intención dolosa, siendo los requisitos probatorios de éste muy difíciles de alcanzar⁶⁶.

Posteriormente, en la sentencia *National Socialist Party v. Village of Skokie*⁶⁷, —referencia indispensable en el desarrollo de la jurisprudencia más actual del Tribunal Supremo sobre la libertad de expresión—, vuelve a tratar el tema de leyes estatales que tratan de limitar el contenido de la Primera Enmienda en situaciones que puedan incitar al odio racial y religioso⁶⁸. Este asunto versa sobre la marcha del Partido Nacionalsocialista de América (NSPA) por algunos vecindarios alrededor de la ciudad de Chicago, incluyendo Skokie, un barrio residencial cuya población

62. New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 257 (1964).

63. *Id.*

64. New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 283 (1964). [Traducción del autor, texto original: “We hold today that the Constitution delimits a State’s power to award damages for libel in actions brought by public officials against critics of their official conduct. Since this is such an action, the rule requiring proof of actual malice is applicable”]. Destacar que, el juez Black emite voto particular concurrente (al que se une el juez Douglas), afirmando que la Decimocuarta Enmienda, no “delimita” únicamente el poder de los estados para indemnizar a los funcionarios públicos, sino que es un poder que lo prohíbe completamente. Ver texto original en: New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 293 (1964).

65. New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 280 (1964). [Traducción del autor, texto original: “that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”].

66. Ver: Cohen, H. *Freedom of Speech and Press, Exceptions to the First Amendment*, Nueva York, Nova Science Pub., 2008, p. 21.

67. National Socialist Party v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977).

68. Ver: Bleich, E. The Freedom to be Racist?..., *op. cit.*, p. 74; Rosenfeld, M. “Hate Speech...”, *op. cit.*, pp. 1537 y ss; Kübler, F. “How much freedom...”, *op. cit.*, pp. 352-352.

estaba compuesta por un gran número de supervivientes del holocausto. En este caso, las autoridades locales, acordaron tres medidas legislativas. La primera obligaba a quién convocara una marcha a suscribir un seguro de responsabilidad que cubriera posibles desperfectos en el transcurso de la misma; la segunda, la prohibición de distribuir propaganda o mostrar materiales que incitaran o promovieran el odio en contra de personas de confesión judía o su prosapia, o el odio en contra de personas de cualquier culto, prosapia, raza o religión; y la tercera, prohibía la utilización de los uniformes del NSPA y la posibilidad de lucir esvásticas⁶⁹. Los integrantes del NSPA, junto con la Unión de Libertades Civiles Americanas (*American Civil Liberties Union*), acudieron a los tribunales dado que entendían que la legislación adoptada conculcaba su derecho a la libertad de expresión. Al final del procedimiento estatal se llegó al convencimiento por parte de los tribunales de que la normativa no cumplía con los estándares que necesariamente se deben observar cuando se dictan leyes que limitan el contenido de la Primera enmienda⁷⁰, sin que el Tribunal Supremo conociera del asunto en estas decisiones⁷¹. Por lo tanto, esto suponía la legitimación, bajo la protección de la Primera Enmienda en conjunción con la Decimocuarta, del lenguaje racista sin ningún tipo de trabas. Finalmente, marcharon por diversos barrios de Chicago, decidiendo voluntariamente no hacerlo en Skokie.

Debido a la repercusión causada y a que esta sentencia es utilizada como paradigma de la libertad de expresión⁷² en EE.UU., es necesario atender a cuáles fueron las consecuencias de su autorización. En todos los lugares donde decidieron manifestarse los miembros del NPSA, acudieron un número mayor de personas contrarias a su ideología, demostrando la marginalidad tanto de las ideas extremistas del nacionalsocialismo, como el apoyo que la sociedad da a este tipo de grupos en EE.UU. Para los defensores de la libertad de expresión sin restricciones, ésta es una gran victoria, puesto que supone un claro ejemplo del buen funcionamiento del *mercado de las ideas*, donde la sociedad, en su lucha por la búsqueda de la verdad puede elegir de entre todos los puntos de vista posibles. Sin embargo, hay

69. *National Socialist Party v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977); *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916 (1978).

70. *Village of Skokie v. National Socialist Party of America*, 373 N.E.2d. 21 (Ill. 1978). Concretamente, el Tribunal Supremo de Illinois en esta sentencia declaró que mostrar una esvástica en un uniforme es una acción que no es tan ofensiva como para provocar una amenaza a la paz pública. Así, no se cumplía con el estándar de *fighting words* y por lo tanto, era un acto protegido por la libertad de expresión. [Texto original: Nor can we find that the swastika, while not representing fighting words, is nevertheless so offensive and peace threatening to the public that its display can be enjoined].

71. Ver nota al pie 59. En *Smith v. Collin*, 439 U.S. 919, el juez Blackmun emite un voto particular disidente (al que se suma el juez White), afirma que al no pronunciarse, se pueden producir tensiones entre esta decisión y el caso visto anteriormente de *Beauharnais v. Illinois*, puesto que en ésta se confirmó la condena por una ajustada votación y esta línea jurisprudencial, no ha sido nunca revocada. Además afirma que, al no haber una jurisprudencia clara en asuntos difíciles como este donde hay tantos intereses a tener en cuenta, los diferentes tribunales se han sentido como si tuviesen que pedir disculpas por la decisión adoptada.

72. Bollinger, L. C. *The Tolerant...*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

una serie de factores que no son tenidos en cuenta y que favorecieron la conclusión obtenida del presente caso, estos son: que al final se decidiera no marchar por Skokie, o que los miembros del NSPA no decidieran manifestarse todos los años en esta ciudad con sus uniformes y esvásticas⁷³. Bajo estas circunstancias no tan favorables, tal vez se nos hubieran presentado una sucesión de cuestiones a las que posiblemente la opción de la libertad de expresión libre, no hubiese podido contestar de forma tan satisfactoria.

El siguiente caso objeto de estudio es *R.A.V. v. City of St. Paul*⁷⁴. El caso versa sobre un grupo de adolescentes, que construyeron una cruz con enseres antiguos y le prendieron fuego en el jardín trasero de una familia afroamericana. Fueron enjuiciados mediante la ordenanza de crímenes motivados por prejuicios (*Bias-Motivated Crime Ordinance*), que prohibía mostrar símbolos que fueran conocidos o razonablemente conocidos que “provocan indignación, alarma o resentimiento en otros, por motivos de la raza, color, credo, religión o género”⁷⁵. El Tribunal Supremo del estado de Minnesota confirmó la condena, ya que identificó la provocación de indignación, alarma o resentimiento en otros, con la doctrina de las *fighting words* y, por lo tanto, situó la quema de la cruz fuera del lenguaje protegido por la Primera Enmienda. Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró la ordenanza claramente inconstitucional, afirmando que: “la razón por la cual las *fighting words* son una categoría excluida de la protección de la Primera Enmienda no es que éstas comuniquen una determinada idea, sino que su contenido encarna una particular e intolerable (y socialmente innecesaria) forma de expresar cualquier idea que el hablante desea expresar”⁷⁶. Dado que la ordenanza prohibía particularmente una serie de mensajes que comunicaban un cierto tipo de lenguaje (intolerancia racial, de género o religiosa), la ciudad crea la posibilidad de perseguir un cierto tipo de ideas y no otras y por lo tanto, esto hace que la ordenanza sea inconstitucional. La Corte concluye, que las *fighting words* no pueden estar basadas en un determinado contenido (debiendo tener un contenido neutral)⁷⁷, sino que deben proscribir cómo

73. Bleich, Erik. *The Freedom to be Racist?...*, *op. cit.*, p. 74

74. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

75. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). [Traducción del autor, texto original: “arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender”].

76. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 393 (1992). [Traducción del autor, texto original: “the reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey”].

77. La exigencia de que la legislación que limite la libertad de expresión tenga un contenido neutral, podría entrar en conflicto con otras leyes que sí se han declarado constitucionales. Así, lo expone el juez White en su voto disidente a la presente sentencia. Comenta que, existen otras leyes que sí son constitucionales pero que, sin embargo, limitan el lenguaje respecto a su contenido, como, por ejemplo, las amenazas al Presidente o el acoso sexual, entre otros. Así, un ejemplo de estas normas basadas en contenidos neutrales, sería castigar la conducta de realizar una pintada de carácter racista en la casa de una familia judía por una ley que regule los daños a la propiedad y no por una que castigue la realización de pintadas antisemitas. Es interesante la problemática que plantea Greenawalt

se transmite el lenguaje por el hablante⁷⁸, dado que si se permitiera lo contrario se facultaría a los legisladores de la ciudad de St. Paul a prohibir la expresión de unos determinados puntos de vista y no de otros⁷⁹. Pese a que reconocen que la ordenanza buscaba garantizar derechos humanos básicos⁸⁰ a miembros de grupos que históricamente han sido objeto de discriminación, el peligro de censura que presenta la limitación de la libertad de expresión mediante leyes que limitan el contenido, pone en peligro la totalidad del derecho de forma excesiva y, por lo tanto, debe ser declarado inconstitucional.

El último caso que comentaré, es el de *Virginia v. Black et al.*⁸¹. En este caso se condena a tres personas por tres incidentes de quema de dos cruces, una en el jardín de sus vecinos afroamericanos, otra en su propio jardín (en el marco de un mitin del Ku Klux Klan) y un tercer intento no llevado a cabo. Los acusados fueron condenados bajo la ley del estado de Virginia que prohibía a cualquier persona la intención de intimidar a una persona o grupo, quemando una cruz en la propiedad de otra, en una autopista o en un lugar público⁸². El Tribunal Supremo del estado de Virginia, estableció que la ley era inconstitucional porque materialmente no difería de la que fue anulada por el Tribunal Supremo, en la sentencia *R.A.V. v. City of St. Paul*. En una decisión 6 a 3, el Tribunal Supremo rebatió este argumento, estableciendo que sí que existía una diferencia clara entre las dos leyes que permitían el castigo de la quema de cruces. Mientras que la de la ciudad de San Paul estaba basada en contenidos (dado que establecía que era un acto perseguible cuando éste se realizara con la intención de intimidar por la raza, el color, la creencia, la religión o el género), la ley del estado de Virginia no establecía los contenidos por lo que ese acto de intimidatorio podía ser perseguido

acerca de la dificultad de castigar la forma en la que uno se expresa, sin tener en cuenta el mensaje que se está intentando (o no) transmitir: Greenawalt, K. "Free Speech...", *op. cit.*, pp. 25 y ss.

78. Así, la Corte también establece que se debe revisar la jurisprudencia establecida en *Chaplinsky*, dado que se establece que los contenidos obscenos o difamatorios, ya no son categorías del lenguaje enteramente invisibles a la Constitución. Ver: *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 383 (1992). Ver también: Kübler, F. "How much freedom...", *op. cit.*, p. 353; Rosenfeld, M. "Hate Speech...", *op. cit.*, p. 1539. De una forma muy clara, Cohen explica los requisitos necesarios que deben cumplir la legislación no basada en contenidos, como son, por un lado las restricciones del tiempo, lugar o forma y, por otro lado, las restricciones incidentales que inicialmente no están destinadas a restringir el lenguaje pero que de forma incidental lo hacen. Ver: Cohen, H. *Freedom of Speech...*, *op. cit.*, p. 9, pp. 27 y ss.

79. Es interesante el debate que plantea Yong. Argumenta que la Corte Constitucional de EEUU requiere que la neutralidad de una determinada ley u ordenanza, sea respecto de su justificación y no respecto de sus efectos. Yong, C. "Does Freedom...", *op. cit.*, p. 9.

80. Principalmente, este tipo de lenguaje ataca al núcleo esencial de la persona como es su dignidad personal. De ésta, se desprenden toda una serie de derechos humanos que se ven afectados por este tipo de lenguaje. En este sentido: Barendt, E. *Freedom of Speech*, Oxford, OUP, 2005, pp. 31-34.

81. *Virginia v. Black et al.*, 343 (2003).

82. *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 348 (2003).

(se castigaba fuese cual fuese su objetivo)⁸³. Así, la opinión mayoritaria reconoce que la quema de una cruz, es una forma de expresión que intimida de una forma especialmente virulenta y que en el pasado ha dado pie al inicio de episodios de violencia de una forma especialmente inminente⁸⁴.

En este último período analizado, se muestra claramente la actitud expansionista del Tribunal Supremo hacia una mayor protección del derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, exigiendo que para que se dé el test del peligro claro y presente se deben producir altercados de forma inminente a la provocación; en segundo lugar, limitando la capacidad de actuar ante el delito de libelo de las personas públicas; y en tercer lugar, con la declaración de que cualquier ley que limite la libertad de expresión proscribiendo una forma de lenguaje por su contenido es inconstitucional, como queda claro en el caso de las decisiones contradictorias en materia de quema de cruces, dado que materialmente para un mismo supuesto de hecho, se ofrecen dos soluciones distintas, circunstancia esta que, bajo mi punto de vista, no atiende al principio de protección y reparación de la víctima.

5. SITUACIÓN DOCTRINAL ACTUAL

Como hemos podido comprobar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos hacia una amplia protección de la libertad de expresión es clara. Pero es necesario dejar constancia de que desde la década de los 80 existe un intenso debate doctrinal acerca de la evolución trazada por el Tribunal respecto de la interpretación de la Primera Enmienda, que ha dado como resultado una vasta cantidad de artículos donde se trata el asunto. Autoras como Butler⁸⁵, Matsuda⁸⁶ o MacKinnon, o autores como Waldron⁸⁷, Greenawalt⁸⁸, Heyman⁸⁹,

83. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 362. De hecho, la opinión mayoritaria destaca que, el hecho de quemar una cruz, no intenta perseguir de forma exclusiva a las minorías raciales o religiosas.

84. En este sentido, la sentencia recoge toda una serie de actos en los que el Ku Klux Klan ha realizado la quema de cruces a lo largo de su historia (quemadas frente a iglesias y sinagogas, en lugares donde se construían viviendas sociales para afroamericanos, de forma posterior a la sentencia de *Brown v. Board of Education of Topeka*, sentencia que declara la segregación escolar inconstitucional), que prueban que estos actos han dado lugar a incidentes muy graves. Ver: *Virginia v. Black*, 538 U.S. 352-357.

85. Butler, J. *Lenguaje, poder e identidad*, Madrid, Síntesis, 1997, pp. 20 y ss.

86. Matsuda, M. J. "Public Response to Racial Speech: Considering the Victim's Story", *Mich. L. Rev.*, Universidad de Michigan, 1988-1989, pp. 2237 y ss.

87. Waldron, J. *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, HUP, 2012.

88. Greenawalt, K. *Fighting Words. Individuals, communities, and Liberties of Speech*, Nueva Jersey, PUP, 1995, pp. 40 y ss.

89. Heyman, S. J. *Free Speech & Human Dignity*, Londres, YUP, 2008, pp. 166 y ss.

Delgado y Stefancic⁹⁰ o Meiklejohn⁹¹ se han planteado, desde una pluralidad de ámbitos, cuáles son las consecuencias de esta gran protección de la que goza el derecho a la libertad de expresión. Estos autores ponen de relieve que en muchas ocasiones la penalidad que sufren el resto de derechos (como por ejemplo la dignidad de las personas que sufren a este tipo de lenguaje) no recibe la consideración necesaria y se ve subyugado por la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de la Primera Enmienda. En contraposición a éstos, autores como Post⁹², Hare⁹³ o Dworkin⁹⁴ defienden el amplio contenido del que debe gozar el derecho a la libertad de expresión, puesto que sin él no se entendería la sociedad americana que tradicionalmente se ha fundado en el valor de las libertades individuales. Por eso, aunque la dirección hacia la que se dirige la interpretación del Tribunal Supremo de EE.UU., es clara, es necesario destacar que existe un debate en el seno de la sociedad americana sobre si esta dirección es la adecuada.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del análisis realizado, se puede comprobar cómo ha ido evolucionado la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU. La idea de que en EE.UU., siempre ha existido un derecho amplio a expresar cualquier opinión no es completamente cierta.

En las primeras etapas jurisprudenciales analizadas, podemos observar cómo se castigaba la utilización del derecho a la libertad de expresión en un ámbito peligroso, como es el de la crítica a la actuación del gobierno —esencial en cualquier país democrático— con la distribución de folletos de carácter socialista, o mediante la misma creación del Partido Socialista de California. Éstas han sido conductas que, si bien se encuadran en una época determinada, como la guerra fría y el macartismo, en la actualidad dudo que estuvieran situadas fuera de la protección de la Primera Enmienda.

Posteriormente, con el test de las *fighting words* y del *peligro claro y presente*, se evoluciona hacia una mayor amplitud del lenguaje, llegando al último bloque de sentencias comentadas, donde nos encontramos en el otro extremo. Así, la Corte Constitucional únicamente faculta a legislar en materia de limitación de la

90. Delgado, R. y Stefancic J. *Must We Defend Nazis?*, Nueva York, NYUP, 1997, pp. 95 y ss.; Delgado, R. y Stefancic, J. *Understanding Words that Wound*, Oxford, Westview Press, 2004, p. 13 y ss.

91. Meiklejohn, A. *Free Speech And Its Relation to Self-Government*, Nueva York, Haper Brothers Publishers, 1948, p. 23 y ss.

92. Post, R. "Hate Speech", en Hare, Ivan y Weinstein, James (ed.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, OUP, 2010, p. 123 y ss.

93. Hare, I. "Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards", en Hare, en Hare, Ivan y Weinstein, James (ed.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, OUP, 2010, p. 62 y ss.

94. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

libertad de expresión con medidas de contenido neutro que persigan la *forma* en la que se trasmite el lenguaje, como por ejemplo la regulación del tiempo, lugar y forma en la que se realizan las manifestaciones o de forma incidental (a través del lenguaje simbólico), esto es, mediante leyes cuyo objetivo no es regular la libertad de expresión, aunque de forma material acaben haciéndolo⁹⁵.

Por lo tanto, pese a que sí que existe cierta legislación que castiga algunos tipos de utilización de lenguaje de odio, en EE.UU., se protege ampliamente el lenguaje racista como parte del contenido amparado por la Primera Enmienda. Fruto de la concepción milliana de la búsqueda de la verdad y de la interpretación, de que las *fighting words* deben tener un contenido neutro, la Corte Constitucional ha anulado tanto leyes estatales como locales que prohibían la utilización de este tipo de lenguaje, reconociendo que éstas coartaban únicamente la expresión de una parte del discurso, y que aunque podamos creer que es desagradable, debe permanecer en el mercado de las ideas para que, así, de entre todos los pensamientos expuestos, los ciudadanos puedan conocer cuáles son ciertas y cuáles no (si realmente funciona de esta forma el mercado de las ideas).

Que los estados o las municipalidades, intenten legislar en el sentido de excluir este tipo de discurso, demuestra que existe parte de la sociedad norteamericana que cree, de igual forma que en muchos países europeos, que las expresiones racistas o xenófobas no deberían formar parte del discurso público, por cuanto éstas únicamente tienden a prolongar y profundizar los estereotipos que existen en la sociedad sobre las minorías, con el objetivo de que la mayoría pueda continuar coartando los derechos de los primeros. Pero, una y otra vez, han encontrado el muro de la Primera Enmienda. Según los defensores de la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, las minorías que forman la sociedad de EE.UU. han aceptado y aprendido a utilizar esta interpretación para defender sus derechos. Sin embargo, los defensores de que algún tipo de regulación debe existir afirman que la no existencia de regulación es un problema que repite patrones de subyugación y dominación por parte de la mayoría de la sociedad sobre las minorías.

Si bien esta amplia libertad de expresión jugó un papel esencial en Skokie, poniendo de manifiesto que las personas de ideología nazi son grupúsculos dentro del conjunto de la sociedad de EE.UU., y que, al no suponer una amenaza real, los grupos judíos podían utilizar este mismo derecho en su contra, bajo mi punto de vista, no queda tan claro que este resultado pueda ser aplicado de forma extensiva a todos los casos de lenguaje de odio, tal y como apunta Rosenfeld. Que las ideas nacionalsocialistas sean rechazadas ampliamente por la sociedad en EE.UU. (ideas que derivan, de un suceso no acaecido en el seno de su sociedad), no implica que las ideas racistas en contra de las diferentes minorías, que sí que conforman la

95. Pongamos por ejemplo que la ciudad X legisla en sentido de prohibir las acampadas en los parques sus parques públicos por una razón de ordenación cívica y se da el caso que un grupo de manifestantes acampa en uno de estos parques protestando por una tala de árboles. La ordenanza que prohíbe el camping, pese a que está limitando la capacidad de expresión de los manifestantes, en principio, no conculcaría su derecho a la libertad de expresión.

sociedad americana, sean también ampliamente rechazadas. Estos comportamientos aún tienen su reflejo en el seno de la sociedad, como las ideas que aún algunos sectores actualmente mantienen de que los afroamericanos deben vivir en barrios segregados, o que deben ser enterrados en sitios espacialmente diferenciados en los cementerios⁹⁶. Y, en este sentido, actúa la obligación de adoptar leyes que sean neutrales respecto al contenido, ya que supone, por un lado, la confirmación de la protección bajo la Primera Enmienda del lenguaje racista y xenófobo y, por otro, que este tipo de manifestaciones reciban el poder legitimador del Estado.

Esto implica no reconocer que el lenguaje de odio expresado por una parte de la mayoría social en contra de una minoría, que históricamente ha estado subyugada, no tiene un mayor efecto estigmatizador y continuador de ese dominio social. Pensar que el lenguaje de odio, puede ser perseguido mediante legislación que regule la forma en la que el lenguaje es expresado, sin atender al contenido del mismo, bajo mi punto de vista, es no entender el problema. Este tipo de expresiones tratan de trasladar, mediante la utilización del lenguaje, un mensaje cuyo único objetivo es, por un lado, atacar a los derechos más esenciales del ser humano, como es su dignidad y, por otro lado, que estas personas se sientan rechazadas por la sociedad y se autoexcluyan de la misma, para poder prolongar su superioridad sobre ellas.

Si bien, desde el punto de vista europeo, este tipo de acciones irían en contra de los derechos más básicos de la persona, como la dignidad personal y buena parte de los derechos que derivan de éste, el modelo de EEUU que protege de forma muy amplia la libertad de expresión es intrínseco a su forma de concebir este derecho.

96. En este sentido, ver la noticia aparecida en el New York Times: Fernández, Manny, “Racial Tensions Flare Anew in a Texas Town”, The New York Times, 21 de junio de 2012.