

El discurso de odio y los límites de la libertad de expresión en Estados Unidos

Hate Speech and the Limits of Free Speech in the United States

Héctor Gómez Peralta*

Recibido: 25 de enero de 2022

Aceptado: 7 de agosto de 2023

RESUMEN

El artículo analiza el debate que existe en Estados Unidos sobre los límites y alcances de la libertad de expresión, a la luz de los más importantes casos de la Suprema Corte en la materia. Frente al argumento de que el discurso de odio es una dimensión opuesta a la libertad de expresión y que, por consecuencia, debería de prohibirse, se muestra cómo históricamente la Suprema Corte estadounidense ha defendido la constitucionalidad de expresiones que pueden considerarse ofensivas, degradantes o vulgares. Para diferenciar el discurso de odio de los crímenes de odio, se realiza un análisis histórico de los argumentos de los magistrados de la Suprema Corte.

Palabras clave: libertad de expresión; Suprema Corte; discurso de odio; constitucionalismo estadounidense.

ABSTRACT

This paper analyzes the existing debate in the United States about the limits and scope of freedom of speech, in light of the most important Supreme Court cases on that topic. Against the argument that hate speech is an opposite dimension to freedom of expression and should therefore be prohibited, it shows how the United States Supreme Court has historically defended the constitutionality of expressions that can be considered offensive, degrading, or vulgar. In order to differentiate hate speech from hate crimes, a historical analysis of the arguments of the Supreme Court justices is conducted.

Keywords: free speech; Supreme Court; hate speech; American constitutionalism.

* Facultad de Estudios Superiores (FES) Cuautla, UAEM, México. Correo electrónico: <hector.gomez@uaem.mx>.

Introducción

El 25 de abril de 2016 tuvo lugar un evento en la Universidad de Massachusetts titulado “El detonante: ¿la corrección política ha ido muy lejos?” (*The Triggering: Has Political Correctness Gone Too Far?*). Los temas a debatir eran: la justicia social, el feminismo y las microagresiones. Una de las ponentes invitadas, la profesora de filosofía Christina Hoff Sommers, crítica del feminismo contemporáneo, constantemente fue interrumpida en su intervención por una mujer joven de la audiencia, quien abucheaba a la ponente y le hacía señas obscenas con sus manos exclamando que lo que Hoffs intentaba expresar era “discurso de odio” (*hate speech*). Después de que los gritos e insultos de la mujer del auditorio interrumpieron la exposición de Hoffs, se le comentó a la alumna que, si continuaba con esa conducta, se le sacaría del auditorio. Ante esa advertencia, la estudiante dijo que le estaban coartando su “libertad de expresión” (*free speech*).

Eso no fue un caso aislado. En una encuesta realizada a nivel nacional en múltiples campus universitarios de Estados Unidos, 4 de cada 5 estudiantes estaban a favor de la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda de su Constitución, pero creían al mismo tiempo que el gobierno debía de tomar acciones contra “publicaciones incendiarias”, que pudieran hacer sentir a alguien molesto o incómodo, por considerarlas discurso de odio (Ciccio, 2019).

Ese debate también se ha abordado por académicos e intelectuales. A pesar de las diferentes posturas que existen en los textos académicos sobre ese tema, parece ser un común denominador el definir al discurso de odio como aquel que contiene expresiones que amenazan, ofenden, denigran o lastiman (Howard, 2019: 95-96; Heinze, 2016; Brown, 2017: 419-468). Sin embargo, hay autores que realizan una mayor precisión conceptual al especificar que el discurso de odio son expresiones orientadas a amenazar o denigrar a grupos con características específicas, como la etnicidad, la religión o el género (MacAveney *et al.*, 2019: 3; Djuric, Zhou, Morris y Grbovi, 2015: 29-30; Elsherief *et al.*, 2018: 52-61).

Hay dos elementos importantes a resaltar: 1) en la literatura sobre el discurso de odio, este suele ser considerado como algo ilegítimo y, como tal, es una expresión que debería ser censurada o, incluso, castigar a quien las emita; 2) la libertad de expresión es vista como un elemento legítimo,preciado y que debe de ser protegido, por lo que suele valorarse como algo separado del discurso de odio (Waldron, 2012). Más allá del debate filosófico o académico, es decir, en la práctica política de la libertad de expresión en Estados Unidos, ¿los discursos ofensivos o degradantes son considerados parte de la libertad de expresión? ¿Cuáles son los límites a la libertad de expresión? ¿Qué tipo de discursos son tolerados y cuáles son excluidos de la protección constitucional? El presente artículo busca responder esas preguntas a la luz de las resoluciones de los casos más paradigmáticos en la materia por parte de la Suprema Corte estadounidense, que es la máxima autoridad sobre derechos constituciona-

les en ese país. El objetivo de este artículo es explicar el debate en Estados Unidos en torno al discurso de odio y los límites y alcances de la libertad de expresión.

El argumento central que sostiene el presente trabajo es que en el sistema político de Estados Unidos, la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda de la Constitución no es ilimitada, sino que existen ciertas restricciones al ejercicio de ese derecho. Sin embargo, lo que puede considerarse como discurso de odio (expresiones ofensivas y denigrantes), bajo ciertas condiciones entra en la definición de “libertad de expresión”, según los criterios que la Suprema Corte ha fijado a lo largo de las últimas décadas.

Este artículo se integra de tres secciones. En la primera se hace un análisis sobre los diferentes límites que existen a la libertad de expresión según, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos: *a*) la libertad de expresión de los servidores públicos, *b*) expresiones que rompan el orden público, *c*) expresiones ofensivas y vulgares, *d*) expresar obscenidades y *e*) expresar difamaciones e información de seguridad nacional. En la segunda sección, por medio de un análisis histórico, se expone cómo ha tratado la Suprema Corte lo referente al discurso de odio. Por último, se hace una disertación sobre las reglas que históricamente se han usado para juzgar qué está protegido por la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense.

Los límites a la libertad de expresión en Estados Unidos

La *libertad de expresión* es el derecho a manifestar opiniones en público. Las opiniones que principalmente protege la Primera Enmienda son aquellas contenidas en discursos políticos (Gómez, 2019: 109). Esos discursos no se reducen a mensajes verbales, sino que pueden ser escritos o simbólicos, y pueden transmitirse por cualquier medio tecnológico. Los discursos simbólicos incluyen: vestirse de determinada manera, tatuarse, cortarse el cabello de cierta forma, usar o portar símbolos (como una bandera) o incluso donar dinero para apoyar la campaña de un candidato que promueva una agenda política con la que se simpatice.¹ Por el contrario, un discurso comercial, es decir, aquel cuya finalidad es principalmente lucrativa, no es libertad de expresión, por lo que es fácilmente sujeto a múltiples regulaciones gubernamentales.²

¹ De acuerdo con la Suprema Corte en *Citizens United v. FEC* de 2010, las donaciones a campañas políticas no deben de tener límites en sus montos y toda legislación que les imponga “topes”, es inconstitucional. La razón de esto, según esa sentencia, es que las donaciones a campañas electorales, al implicar apoyar una agenda y discurso político, son libertad de expresión. Así que según esa interpretación constitucional, limitar las donaciones a partidos equivale a limitar la libertad de expresión (Legal Information Institute, 2020a).

² El caso donde se establecieron los criterios para clasificar a un discurso como no político, sino como “comercial”, es *Central Hudson Gas & Electric Corp v. Public Service Commission* de 1980. En dicha ocasión, la Suprema Corte definió al discurso comercial como aquel cuyo propósito es una transacción de compra-venta (Legal Information Institute, 2020b).

A pesar de lo clara u obvia que podría resultar esta definición, la libertad de expresión, como casi todos los derechos, está sujeta a diversas interpretaciones. ¿Es libertad de expresión quemar la bandera nacional, repartir folletos contra el reclutamiento cuando el país está en guerra, publicar información que el gobierno considera clasificada o un mensaje con un explícito contenido sexual, insultar o ridiculizar a alguna religión o ideología? Para determinar qué es exactamente la libertad de expresión —qué incluye y qué no— la Suprema Corte de Estados Unidos, a lo largo de diversas sentencias ha decidido qué está protegido y que no por la Primera Enmienda.

La Primera Enmienda indica que “El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios”.³

Libertad de expresión para ciudadanos privados vs. libertad de expresión de servidores públicos
De la redacción de la Primera Enmienda se establece una protección de los ciudadanos estadounidenses ante su gobierno, pero no de otros ciudadanos, es decir, esa Enmienda le prohíbe al gobierno emitir legislación alguna que impida o sancione a los individuos por emitir discursos, pero si alguien labora en el sector privado, puede ser despedido de su empleo por expresar algo contra su empleador o por dañar la imagen de la empresa sin que pueda invocar a la Primera Enmienda. Si se es un servidor público, entonces existe protección constitucional si el motivo del despedido es haber expresado algo. Existen dos casos de la Suprema Corte que estipulan lo anterior: *Pickering v. Board of Education* de 1968 y *Garcetti v. Ceballos* de 2006.

En *Pickering v. Board of Education*, un maestro de una institución educativa gubernamental, Marvin Pickering, publicó en un medio de prensa externo a su lugar de trabajo, una crítica a la forma en que eran ejercidos los fondos para financiar la escuela donde laboraba. El profesor fue despedido y su caso llegó hasta la Suprema Corte, quien le dio la razón al docente. En dicha sentencia, se estableció que lo publicado era un mensaje político, de crítica a la labor de ciertos servidores públicos, en específico contra el gobierno de su localidad, lo cual era totalmente ajeno a su desempeño profesional o las labores para las cuales fue contratado. Sin embargo, la misma sentencia aclaró, y dejó jurisprudencia al respecto, que el único motivo por el cual el profesor debía de ser restituido en su cargo, era porque el gobierno era su patrón (Legal Information Institute, 2020c). En resumen, la Primera Enmienda le impide a los gobernantes y legisladores de Estados Unidos censurar, sin embargo, esa restricción no es extensiva a los privados.

³ “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” (us Constitution, 2020).

En el caso *Garcetti v. Ceballos*, la jurisprudencia de la Suprema Corte estableció límites al caso anterior al señalar que es legítimo el despido de un servidor público si expresa algo que daña su desempeño laboral o sus declaraciones se hicieron desde su posición como funcionario. En ese caso, Richard Ceballos, quien era asistente en la oficina del fiscal de distrito del condado de Los Ángeles, California. En esa época, esa oficina estaba al mando de Gil Garcetti. Ceballos y Garcetti tenían una diferencia de opinión sobre si un caso debía o no de ser desechado. El empleado subordinado, Richard Ceballos, escribió un memorándum que argumentaba contra los criterios de su superior al mando. Como consecuencia de lo anterior, se le negaron ascensos a Ceballos e incluso se ordenó su traslado a otra oficina. Ceballos demandó apelando a la Primera Enmienda. La Suprema Corte estipuló que “la Primera Enmienda no impide que los empleados sean disciplinados por las expresiones que hacen de acuerdo con sus deberes e influyen en su desempeño” (SCUS, 2005: 1).

Sin embargo, ¿los estudiantes de una escuela pública pueden expresarse sobre temas políticos y sociales libremente? O ¿la escuela pública, una institución del gobierno, puede disciplinarlos y restringirles sus expresiones?

En *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* de 1969, la Suprema Corte estableció los criterios para fijar los límites a la libertad de expresión en las escuelas públicas. En aquella ocasión, cinco estudiantes (cuatro de ellos eran hermanos) de una escuela de Iowa, usaron bandas negras en sus brazos como forma de protesta contra la Guerra de Vietnam. El director de la escuela intentó evitarlo, llegando incluso a suspender a los alumnos que protestaron. Los *Tinker* demandaron con la ayuda de la prestigiosa American Civil Liberty Union (ACLU), llevando el caso hasta la Suprema Corte, quien finalmente decidió que, si bien las escuelas tienen el derecho y el deber de limitar las expresiones que puedan ocasionar “violencia, desorden y disrupción”, las protestas de los *Tinker* no provocaron ninguna de esas conductas. La Corte estableció la “Prueba de Disrupción Sustancial” (*Substantial Disruption Test*), en la cual se fija que, sólo se justifica la supresión a las expresiones estudiantiles, si al hacerlo se interfiere “sustancial y materialmente” con el funcionamiento de las labores de la escuela (Hudson, 2018).

Libertad para hacer llamados a quebrantar la ley y el orden público

En la literatura especializada sobre libertad de expresión en Estados Unidos, existe un caso considerado paradigmático para entender sus alcances en lo relacionado con la incitación a la violencia: *Brandenburg v. Ohio* de 1969.

Clarence Brandenburg era el líder del Ku Klux Klan (KKK) en el estado de Ohio. Él invitó a un reportero de televisión a cubrir una manifestación pública de su grupo de supremacistas blancos. De esa forma, se transmitió por televisión ese mitin donde aparecían hombres con vestimentas y capuchas blancas, llevando armas consigo, y gritando ofensas extremadamente racistas. Brandenburg selló el evento con un discurso donde acusaba al gobierno

federal, al Congreso de la Unión y a la Suprema Corte de “oprimir a los blancos”. Clarence dijo que el gobierno de Estados Unidos estaba controlado por “judíos” que le daban preferencia a “negros” frente a los caucásicos, por lo que era posible que él y sus compañeros del KKK tomaran venganza (Legal Information Institute, 2020d).

Al terminar la transmisión de televisión, las autoridades de Ohio arrestaron a Clarence Brandenburg, bajo el Acta de Sindicalismo Criminal de ese estado, una ley que prohibía la promoción de la violencia como medio para obtener cambios políticos o sociales. Una corte local sentenció a Brandenburg a pasar 10 años en prisión y pagar una multa de mil dólares (casi 8 500 dólares de 2023). El acusado invocó la Primera Enmienda y la Suprema Corte le dio la razón. En esa sentencia, la Corte declaró que se le estaba acusando de dar un discurso político y que, por indignante y repulsivo que fuera, estaba constitucionalmente protegido (Legal Information Institute, 2020d).

Es importante señalar que, en esa ocasión, como Brandenburg no podía costear su defensa legal, fue la famosa organización defensora de los derechos civiles, ACLU, quien pagó los servicios de los abogados Allen Brown (judío) y Eleanor Holmes Norton (afroamericana), quienes constantemente recibieron amenazas telefónicas por defender legalmente a un líder del KKK. Muchos de quienes amenazaron a Brown y Holmes los acusaban de estar de acuerdo con las posturas políticas del KKK. Sin embargo, esos abogados han declarado que, aunque no compartían las ideas de su cliente, y de hecho las consideraban detestables, tenían que defender el derecho a la libertad de expresión (Rosenwald, 2021).

El 8 de junio de 1969, los 9 magistrados de la Suprema Corte votaron unánimemente en favor de Brandenburg. A pesar de la división ideológica de la Corte entre jueces liberales y conservadores, ninguno de ellos votó en contra, lo cual ilustra qué tan unido estaba ese tribunal en este tema en particular. La Corte también estableció criterios para juzgar casos similares en el futuro, los cuales siguen vigentes hasta el día de hoy: la Prueba de Brandenburg, mejor conocida por los expertos en la materia como Prueba de Acción Ilegal Inminente (*Imminent Lawless Action Test*).

La Prueba de Brandenburg es el marco para establecer si la incitación a la violencia o a cometer un crimen es libertad de expresión, o si es un delito punible. Está compuesto de dos criterios que, en caso de cumplirlos —uno sólo no basta—, el gobierno de estadounidense puede prohibir un discurso:

- a) El discurso está dirigido o intencionado a incitar o producir una “acción ilegal inminente”;
- b) El discurso incita o produce la acción ilegal anteriormente referida (Legal Information Institute, 2020e).

Debido a que la manifestación del KKK no produjo ninguna revuelta “inminente” contra el gobierno, o generó acciones inmediatas contra judíos o afroamericanos, el discurso de odio

de Clarence Brandenburg aprobó el Test de Acción Ilegal Inminente y fue protegido por la Primera Enmienda. De esa forma, *Brandenburg v. Ohio* no sólo protegió el discurso de aquel líder del KKK, sino discursos posteriores aunque sean extremadamente ofensivos o impopulares. También dio respuesta a quienes quieren un mayor control del gobierno sobre lo que se expresa, frente a otros que desean que las limitaciones a lo que puede expresarse sean mínimas o incluso nulas (Legal Information Institute, 2020e).

Brandenburg v. Ohio hizo precisiones a una sentencia previa, *Schenck v. United States* de 1919. En aquella ocasión, Charles Schenck y Elizabeth Baer, en su calidad de dirigentes del Partido Socialista de Filadelfia, difundieron folletos que hacían llamados a la población para resistirse a la conscripción que estaba llevando a cabo el gobierno de Estados Unidos con motivo de su ingreso a la Primera Guerra Mundial. Schenck y Baer fueron arrestados. Cuando el caso llegó a la Suprema Corte, el juez Wendell Holmes redactó algo que ha sido citado en incontables ocasiones por los politólogos y juristas estadounidenses: “Cuando un discurso contenga un claro y presente peligro, el gobierno puede prohibir dicho discurso [...] la Primera Enmienda no protege a una persona que grita ‘fuego’ en un teatro lleno de gente” (Legal Information Institute, 2019a: párr. 52).

En síntesis, hacer llamados a romper el orden público, y realizar acciones que rompen el orden público, no son equivalentes. Si algo que se dice conduce “de forma directa e inminente” a una acción criminal, sí que se puede suprimir y sancionar el discurso.

La prueba de Brandenburg sigue vigente hasta la actualidad como el criterio para juzgar discursos que, por su contenido desagradable o de mal gusto, al molestar o enfurecer a ciertas personas, pueda llevar a acciones violentas. Esa es la razón por la que, por ejemplo, la Corte se ha negado en diversas ocasiones a prohibir ciertos videojuegos con contenido violento sumamente explícito, a pesar de que muchas veces se les ha acusado de incitar a la violencia. ¿Deberían de prohibirse películas u obras literarias por tener contenido violento o bélico? En *Brown v. EMS* de 2011, la Suprema Corte estipuló que:

al igual que los libros, obras de teatro o películas que los precedieron, los videojuegos comunican ideas —e incluso mensajes sociales— a través de múltiples dispositivos familiares a la literatura (como personajes, diálogos, tramas, y música) y por medio de elementos distintivos al medio (como la interacción del jugador con el mundo virtual). Eso es suficiente para conferirle la protección de la Primera Enmienda. (SCUS, 2011: 2)

Libertad de expresar insultos y ofensas

Los insultos personales —jurídicamente estipulados como “palabras de pelea” (*fighting words*)— no son considerados libertad de expresión, por lo que no están protegidas por la Primera Enmienda. Según la propia Suprema Corte, son palabras que “por su propia expresión, infligen daño o tienden a incitar a una ruptura inmediata de la paz”. En *Texas v. Johnson*

de 1989, la Suprema Corte definió a las “palabras de pelea” como “insultos personales directos o una invitación a agarrarse a golpes” (Legal Information Institute, 2019b: párr. 6).

El caso que sentó las bases de la doctrina jurídica de las “palabras de pelea” es *Chaplinsky v. New Hampshire*. En 1942, Walter Chaplinsky, un Testigo de Jehová, distribuyó en las calles del centro de Rochester, New Hampshire, panfletos que abiertamente criticaban a otras religiones, acusándolas de lucrar con la fe de las personas y de ser una estafa. Chaplinsky empezó a provocar tanto alboroto a su alrededor que la multitud hacía imposible el tránsito en la calle. Por lo anterior, la policía le ordenó a Chaplinsky que se fuera de ese lugar, pero éste no solamente se negó sino que le gritó al comisario que era un “maldito extorsionador” (*God-damned racketeer*) y un “maldito fascista” (*damned fascist*) (Bietzer, 2009). Chaplinsky fue arrestado bajo el cargo de “usar palabras deliberadamente ofensivas contra otros en la calle u otro espacio público”, lo cual estaba tipificado en la Ley de Conducta Ofensiva de New Hampshire, en su capítulo 378, párrafo 2. La defensa de Chaplinsky argumentó que esa ley era muy vaga y era violatoria del derecho constitucional a la libertad de expresión. Chaplinsky perdió el juicio tanto en la Corte de primera instancia donde fue juzgado, como en el tribunal de apelación y en la Suprema Corte del estado de New Hampshire. La Suprema Corte de Estados Unidos aceptó tratar el caso, pero al final validó el arresto de Chaplinsky, al declarar que lo expresado por el acusado eran palabras de pelea, definidas como “lenguaje obsceno, profano, calumnioso e insultante que inflige daño o tiende a incitar a una violación inmediata de la paz” (Bietzer, 2009: párr. 6). En la sentencia de la Suprema Corte federal se estableció que “las palabras de pelea” no son libertad de expresión, y por lo tanto no están protegidas por la Primera Enmienda, porque “no son parte esencial de ninguna exposición de ideas o un paso hacia la verdad, por lo que cualquier beneficio que pudiera derivarse de ellas es claramente superado por el interés social en orden y moralidad” (Bietzer, 2009: párr. 7).

Lo anterior no debe llevar al error de confundir el expresar una ofensa contra alguien, con expresar un mensaje político de forma vulgar. Las “palabras de pelea” son expresiones insultantes, cuyo objetivo es simplemente ofender a personas en particular y provocar un acto violento. Sin embargo, en Estados Unidos pueden usarse palabras vulgares para expresar discursos políticos, siempre y cuando no se haga referencia a una persona concreta y, con ello, ya no se consideraría lo expresado como “palabras de pelea”.

En el caso de la Suprema Corte, *Cohen v. California* de 1971, Robert Cohen, un joven de 19 años, fue detenido porque, mientras estaba en un pasillo del tribunal de Los Ángeles (un lugar público), portaba una playera que tenía un mensaje contra el reclutamiento para la Guerra de Vietnam (*Fuck the Draft*). Cohen fue detenido y sentenciado a 30 días en prisión por conducta ofensiva y maliciosa que pretende perturbar la paz de un vecindario o persona, lo cual era sancionado por la sección 415 del Código Penal de California de esa época (Hudson, 2009a).

En *Cohen v. California*, los jueces de la Suprema Corte inmediatamente descartaron que lo expresado por Robert Cohen era una “obscenidad”, porque no contenía ningún elemento lascivo o erótico. El debate se centró en si el mensaje contenía o no “palabras de pelea”. Sobre esto último, los jueces concluyeron que no eran “palabras de pelea” porque según los criterios establecidos en *Chaplinsky v. New Hampshire*, no había provocación a una reacción violenta, y el mensaje ni siquiera estaba dirigido a alguna persona en particular. La Suprema Corte declaró que era inconstitucional que el estado de California limitara la libertad de expresión bajo el argumento de proteger la moral pública. La Corte estipuló que permitir que el gobierno prohíba la expresión pública de una palabra, por ofensiva o vulgar que fuere, abriría la puerta a que el gobierno, al restringir el lenguaje, terminara obstaculizando la expresión de ciertas ideas (Hudson, 2009a).

En la práctica es muy difícil redactar una legislación que prohíba “palabras de pelea” que no sea ambigua o demasiado amplia (*overbroad*). Cuando una ley es tan vaga que no es capaz de explicar de forma razonable y precisa al público qué es lo que está prohibido, en Estados Unidos es común que esa legislación sea anulada en los tribunales.

Libertad para expresar contenido sexual o erótico

Hay personas a quienes les puede parecer molesto o incluso ofensivo el uso de palabras o imágenes con connotación sexual. Al mismo tiempo, existe contenido que puede mostrar desnudos o elementos eróticos, pero llega a ser considerado una obra de arte. Las expresiones con contenido sexual *per se* no están prohibidas en Estados Unidos, pero sí el material “obsceno”. En varias ocasiones, la Suprema Corte ha declarado que la obscenidad no es libertad de expresión, por lo que no goza de la protección de la Primera Enmienda, ya que considera que es un “contenido sin mensaje político” y sin “valor social” (US Department of Justice, 2020). Sin embargo, no todo el contenido pornográfico —incluso aquel de tipo “duro” (*hardcore*)— es considerado obsceno. La cuestión es definir qué contenido erótico o sexual es obsceno, y cuál no lo es. Existe el consenso de que contenido sexual que involucre a niños es una obscenidad y un crimen. No hay debate al respecto. Sin embargo, ¿qué pasa con el material erótico no infantil?

En el caso *Miller v. California* la Suprema Corte definió a la obscenidad como el “contenido con interés lascivo” (*prurient interest*). En 1972, Marvin Miller realizó una campaña de publicidad para su negocio que vendía libros y películas pornográficas, enviando masivamente correos en California que mostraban material de muestra de sus productos. Ese material contenía imágenes con contenido sexual explícito, lo cual provocó la molestia del propietario de un restaurante en Newport Beach cuando recibió esos correos, y denunció el hecho ante la policía. Miller fue arrestado por violar el código 311.2 del Código Penal de California, que prohibía distribuir material obsceno (Hudson, 2009b).

Es importante mencionar que esa ley fue elaborada tomando como base dos sentencias previas de la Suprema Corte en casos de obscenidad, *Memoir v. Massachusetts* (1966), y *Roth v. United States* (1957). Pero los valores de la sociedad estadounidense experimentaron una verdadera revolución sexual y contracultural en la década de los 60s (especialmente en la segunda mitad). Cuando el caso de Marvin Miller llegó a la Suprema Corte, el debate entre los jueces evidenció la ausencia de criterios para declarar algo como “material obsceno” en una sociedad con valores tan diversos como la estadounidense. Por lo anterior, la Suprema Corte desarrolló lo que se conoce como el Miller Test, que son los criterios vigentes hasta la fecha para juzgar si algo es o no una obscenidad. El test de obscenidad contiene los siguientes tres puntos (Hudson, 2018):

- a) Si la persona promedio, aplicando los estándares comunitarios contemporáneos, encuentra que el trabajo, tomado en su conjunto, apela a un interés lascivo;
- b) Si el trabajo representa o describe, de una manera claramente ofensiva, la conducta sexual o las funciones excretoras específicamente definidas por la ley estatal aplicable;
- c) Si la obra, considerada en su conjunto, carece de valor literario, artístico, político o científico serio.

El segundo punto del Miller Test demanda que las legislaturas estatales especifiquen los criterios para sancionar la conducta obscena, debido a que el contenido sexual “inapropiado” para una sociedad tan conservadora como la de Mississippi o Alabama, puede ser perfectamente aceptable para una población cosmopolita y liberal como la de Las Vegas o Nueva York. En los casos donde las legislaciones estatales no hagan prohibiciones específicas, sino generales y vagas sobre la obscenidad, al impugnarse en los tribunales, esos estatutos normalmente son revocados.

El Miller Test demanda que se cumplan todos sus criterios, no sólo uno o dos, para poder catalogar algo como obsceno. Por ejemplo, si un libro tiene un contenido sexual que “la persona promedio” considera que tiene un interés lascivo (criterio A), además de que muestra contenido sexual de forma que viola alguna ley estatal sobre obscenidad (criterio B); aun así ese libro no es considerado material obsceno hasta que un jurado decida que el libro carece de valor literario, artístico, político o científico serio. Este último punto de la evaluación ha sido el centro del debate sobre la obscenidad en las últimas décadas y se ha sobrellevado al dejar a los estados la responsabilidad de establecer los criterios para definirlo.

La libertad de expresión frente a la difamación y la seguridad nacional

El famoso constitucionalista estadounidense James Madison afirmó, en el Federalista 10 y 51, que una democracia necesita que los ciudadanos tengan acceso a una prensa libre, para poder criticar al gobierno y exponerlo públicamente cuando actúe indebidamente (Jay, Ha-

milton y Madison, 2019). Madison creía firmemente que si no se contaba con libertad de prensa, los gobernantes se volverían impunes cuando emprendieran acciones contra los intereses de sus propios ciudadanos. Sin embargo, la prensa también puede convertirse en un poder fáctico considerable, e incluso algunos la denominan el “cuarto poder”. Existe el riesgo de que lo que se publique —sobre todo en la era de la Internet— sea información falsa o difamatoria, sin que se tenga que probar nada de lo que se dice. ¿Ese peligro es mayor que el tener a un gobierno con la facultad de regular lo que puede o no difundirse?

En Estados Unidos —salvo con ciertas excepciones en la seguridad nacional que explicaremos más adelante— no se puede impedir legalmente que alguna información se publique. Sin embargo, si en lo publicado alguien considera que se le difamó, puede demandar a la persona o medio de comunicación respectivo. En caso de ganar en los tribunales, la persona difamada recibe una compensación económica por el daño ocasionado. Esto puede generar un efecto de “autocensura” ante el temor de ser demandado por lo que se expresa de alguien, que se conoce como “efecto intimidante” o *chilling effect* (Askin, 2009), el cual es un concepto que las asociaciones de derechos civiles de Estados Unidos suelen utilizar para oponerse a las regulaciones o sanciones emprendidas por el gobierno para limitar la libertad de expresión, como en el caso del macartismo, que acusaba a opositores políticos de deslealtad o traición a la patria sin que de por medio hubiera un juicio legal respetuoso del debido proceso.⁴

La censura *post facto* es tratada en Estados Unidos bajo los criterios establecidos en *New York Times v. Sullivan* de 1964. En ese caso, el prestigioso medio de comunicación *New York Times* transmitió una proclama financiada por la organización de Martin Luther King, en la que se publicitaba que los defensores de los derechos civiles fueron amedrentados y recibieron amenazas por parte de la policía de Alabama. El entonces jefe de la policía de Montgomery, L.B. Sullivan, se sintió aludido y agraviado en su reputación por lo que el *New York Times* publicó, a pesar de que el periódico no hizo alusión directa a su persona. Sullivan demandó a dicho periódico y los tribunales de Alabama le aplicaron a dicho medio de comunicación una multa de 500 000 dólares (casi 5 millones de dólares de 2023). El caso fue apelado y llegó hasta la Suprema Corte. A pesar de que lo afirmado por *el New York Times* no pudo corroborarse, la Suprema Corte falló de forma unánime en contra del comisionado de la Policía (Legal Information Institute, 2019b).

⁴ En *Bagget v. Bullit* de 1964, la Suprema Corte invalidó los juramentos de lealtad a la patria que eran requeridos a los empleados federales en Washington D. C., donde afirmaban que no eran miembros de una “organización subversiva”. En *Lamont v. Postmaster General* de 1965, la Suprema Corte declaró inconstitucional la regulación postal que solicitaba, a los individuos que quisieran recibir literatura comunista, registrarse en la oficina de correos. Aunque la normatividad postal no establecía sanciones a los que no cumplieran con esa disposición, la Corte dijo que esa regulación gubernamental intimidaría a las personas que quisieran recibir ese material político, pero que estuvieran temerosos de que el gobierno conociera sus deseos (Askin, 2009).

Este caso creó un criterio, vigente hasta la fecha, para procesar casos similares, conocidos como “esquema de maldad real” o *actual malice standar*, que deriva de la categoría legal *mens rea* (“mente culpable” o “intención criminal” en latín).⁵ Lo que la Suprema Corte estableció fue que, al margen de si lo que se publica es falso o verdadero, sólo puede sancionarse si se prueba que hubo “maldad real”, dolo, intención de dañar con lo publicado, además de tener conocimiento de que era una falsedad (Wermiel, 2009). Alguien puede publicar algo falso, pero creer que es verdadero y que está haciendo un bien al difundirlo. En síntesis, para ganar un caso de difamación, la parte agraviada tiene que dar pruebas de que quienes publicaron la información en cuestión, tenían conocimiento de la falsedad y tenían el propósito de dañar. Es importante mencionar que el saber lo que alguien piensa —o sus “verdaderas intenciones” cuando realiza determinada acción— es algo muy difícil de probar y no ocurre con frecuencia.

La censura que el gobierno puede ejercer en la actualidad sobre la libertad de expresión en los medios de comunicación masiva en Estados Unidos, es producto de las restricciones relacionadas con la seguridad nacional, es decir, información importante y sensible sobre el funcionamiento político y económico del país. Hay temas que se consideran tan relevantes para el gobierno de Estados Unidos, que se estima legítima la censura sobre publicaciones que difundan información al respecto. Tal es el caso de reportajes sobre procedimientos antiterroristas, estrategias militares, o datos sobre la industria nuclear estadounidense, por citar unos ejemplos.

El caso clave donde la Suprema Corte fijó los límites a la capacidad del gobierno para censurar apelando a la seguridad nacional es *New York Times v. United States* de 1971. El gobierno del entonces presidente Richard Nixon se enteró de que el *New York Times* tenía en su poder copia de una documentación que fue extraída ilegalmente de las oficinas del Departamento de Defensa. Dichos archivos eran clasificados como información reservada y de seguridad nacional por parte del gobierno. Ningún empleado de este periódico robó esos documentos, sino que fueron entregados para su publicación por Daniel Ellsberg, uno de los funcionarios encargados de elaborarlos. En esos documentos —conocidos popularmente como los *Pentagon Papers*— había información que desmentía la versión oficial del por qué Estados Unidos emprendió la Guerra de Vietnam, o al menos la ponía en duda. Ante la Corte, el argumento del gobierno federal no fue que esos documentos dañaban políticamente al presidente y a su partido, sino que dañaban al país, al ser un asunto de seguridad nacional. El *New York Times*, por el contrario, argüía que el gobierno invocaba a la seguridad nacional para no rendir cuentas por sus acciones y ocultar sus errores (Legal Information Institute, 2019d).

⁵ En Estados Unidos, como en el resto de los países con derecho anglosajón, existe el principio *actus non facit reum nisi mens sit rea*, que significa “el acto no hace que la persona sea culpable, salvo que la mente también sea culpable” (Legal Information Institute, 2019c).

Según la Suprema Corte, para que un gobierno pueda ejercer una restricción previa a la difusión de algo, debe de proporcionar a los tribunales suficiente evidencia de que la publicación causará un “peligro grave e irreparable”, como se fijó en el anteriormente citado caso *Schenck v. United States*. Debido a que los magistrados consideraron que los alegatos y evidencias presentadas por el gobierno no probaban que la publicación de los *Pentagon Papers* haría un daño “grave e irreparable”, la Suprema Corte protegió el derecho del *New York Times* para publicar los citados documentos clasificados. La Corte declaró que, si bien era responsabilidad del Ejecutivo procurar la seguridad nacional al proteger su propia información en áreas como la defensa nacional y las relaciones exteriores, en esa materia el presidente tiene gran independencia constitucional, con poca supervisión y contrapeso de los poderes Legislativos y Judiciales, por lo que la única restricción efectiva en esas áreas “yace en una ciudadanía ilustrada, y en una opinión pública crítica e informada que pueda proteger los valores del gobierno democrático” (Legal Information Institute, 2019d: párr. 728).

El discurso de odio y la Primera Enmienda en Estados Unidos

La Constitución de Estados Unidos —junto con la interpretación que históricamente ha hecho la Suprema Corte de la Primera Enmienda— tiene una protección mucho más extensa de la libertad de expresión que cualquier otra democracia liberal. En la Unión Europea, por ejemplo, el discurso de odio es tipificado como delito, y puede llevar a penas severas; por ejemplo, los símbolos nazis en Alemania están prohibidos, en Países Bajos es ilegal vender el libro *Mi lucha*, de Adolf Hitler. Al menos 17 países de Europa tienen leyes que castigan el negar o siquiera tener dudas sobre el Holocausto (Kahn, 2013: 545-585). En contraste, en Estados Unidos, con las salvedades expresadas en las páginas anteriores, su Constitución protege todas las expresiones políticas, por desagradables que sean.

La Primera Enmienda no protege aquellas expresiones que generan una “inmediata y directa incitación a la violencia”, pero sí protege discursos ofensivos, disertaciones que contengan elementos que algunas personas podrían considerar abominables. En Estados Unidos el “discurso de odio” no es un término legal, sino político, para referirse a expresiones que transmiten ideas de aborrecimiento, rencor, hostilidad, discriminación, o estereotipos sobre la base de factores como la raza, la etnia, la lengua, la religión, el género o la orientación sexual.

El problema es que lo que puede ser ofensivo u odioso para unas personas, para otras puede ser una crítica válida sobre un tema de interés público, por lo que es muy difícil establecer criterios sin sesgos ideológicos para hacer esa distinción. Por ejemplo, si alguien critica a una religión o iglesia, inevitablemente alguien resultará ofendido, y ¿eso debería de impedir que se exprese algo contra esa institución o sus creencias? En algunos campus universitarios de Estados Unidos, después de que Donald Trump fue electo presidente, ex-

presiones de patriotismo, ley y orden⁶, y contar con una migración controlada han sido consideradas como xenofobia y discurso de odio (Yachyshen y Mather, 2020). Otras personas han señalado que grupos antifascistas o a *Black Lives Matter* tienen un discurso cargado de odio (Post Editorial Board, 2021). Incluso la frase *All Lives Matter*, ha sido atacada como discurso de odio (Lott, 2014). Con esto podemos observar que básicamente cualquier expresión que transmita alguna idea política con la que no se está de acuerdo puede ser etiquetada como un discurso de odio.

Por lo anterior, los *códigos de habla* en los campus universitarios que tratan de limitar o acabar con el “discurso de odio”, suelen ser declarados ilegales por los tribunales en Estados Unidos por “discriminar puntos de vista” —como permitir los discursos liberales pero censurar los conservadores, o viceversa— (Lackland, 2019) y/o la vaguedad de su redacción —como explicitar que está prohibido decir palabras ofensivas, sin esclarecer cuáles son esas, o los criterios para clasificar una palabra como una ofensa—. Tal fue el caso de *Doe v. University of Michigan* de 1989, cuando la Suprema Corte determinó que el reglamento interno sobre el discurso de odio de la Universidad de Michigan violaba la Primera Enmienda, que permite a los ciudadanos expresar su opinión “incluso sobre temas controvertidos y sensibles”, como las identidades de género o las minorías raciales (Napier, 1991: 991-998).

A pesar de las enormes divergencias ideológicas existentes entre los miembros de la Suprema Corte estadounidense, y aún con los fuertes desencuentros entre sus magistrados en diversos temas constitucionales, históricamente han estado ligados en proteger discursos extremadamente controvertidos e impopulares; desde quemar la bandera nacional (*Texas v. Johnson*), hasta videos donde se muestre crueldad animal (*United States v. Stevens*) y discursos que podrían considerarse homofóbicos o denigrantes, como el famoso caso *Snyder v. Phelps*.

Snyder v. Phelps

En este caso de 2011, la Suprema Corte declaró que un discurso sobre un asunto de interés general, en un lugar público, no puede ser prohibido o castigado sobre la base de que, por lo expresado, alguien se siente agraviado o estresado emocionalmente. Por la relevancia del caso para la vida política de Estados Unidos, a continuación se muestran sus detalles.

Albert Snyder estaba ofreciendo servicios funerarios a su hijo, Matthew Snyder, un militar abatido en Irak en el cumplimiento de su deber. Ese evento se hizo público al anunciarse

⁶ En el vocabulario político de Estados Unidos, la expresión “ley y orden” se utiliza para referirse a políticas públicas y legislaciones de populismo punitivo. En oposición a las políticas criminales progresistas que buscan la prevención y atender las causas sociales de los delitos, las políticas de “ley y orden” son aquellas que pretenden enfrentar y solucionar el problema de la criminalidad al incrementar la fuerza represiva del Estado: fuerzas policiales militarizadas, uso de fuerza letal, encarcelamiento masivo de infractores, tolerancia cero ante cualquier infracción a la ley, penas más severas, cadena perpetua o incluso pena de muerte.

en los periódicos locales de Maryland. Los miembros de la Iglesia Bautista Westboro realizaron una protesta a 100 metros de donde se llevaba a cabo el funeral de Matthew Snyder, en territorio público, contaban con el permiso del ayuntamiento para realizar la protesta, nunca se salieron del espacio que la policía les confinó para llevar a cabo su manifestación, ni ejercieron algún acto de violencia o vandalismo durante ese acto. La protesta fue pacífica. Debido a la distancia entre el lugar donde se desarrolló la manifestación y el lugar donde tuvo lugar el funeral, Albert Snyder no llegó a ver los letreros que portaban los miembros de la Iglesia Bautista Westboro, pero los leyó más tarde, cuando regresó a su casa y vio las noticias por televisión (Hudson, 2017).

Lo expresado por esos letreros era un discurso extremadamente ofensivo e incendiario. Como los miembros de esa Iglesia creen que muchas de las desgracias que le ocurren a Estados Unidos son producto de un “castigo divino por tolerar la homosexualidad”, sus carteles contenían mensajes como “Gracias Dios por los soldados muertos”, “Te vas a ir al infierno”, “Dios odia a los Estados Unidos de América”, “Gracias Dios por el 9/11” y “Dios odia a los homosexuales” (*God Hates Fags [sic.]*). Por lo anterior, el señor Snyder demandó a Fred Phelps, líder y fundador de la Iglesia Bautista Westboro, por difamación, violación de la privacidad, publicitar la vida privada, infligir intencionalmente estrés emocional y conspiración civil. Snyder reclamaba una compensación de 5 millones de dólares por los daños psicológicos sufridos (Hudson, 2017: párr. 4); lo que tenía que responderse en este caso fue si un discurso puede ser censurado y castigado si lo expresado le causa estrés emocional a alguien.

La Suprema Corte determinó que el discurso de la Iglesia Bautista Westboro estaba protegido por la Primera Enmienda, ya que ni siquiera se pudo demostrar que la manifestación fue un ataque directo y personal para Albert Snyder, quien ni siquiera vio la manifestación hasta varias horas después en el noticiero nocturno. Los miembros de la Iglesia no irrumpieron en el funeral y se quedaron lo suficientemente lejos como para no interrumpirlo (Hudson, 2017: párr. 10). La Corte declaró que un discurso que hable sobre un tema de preocupación pública, de interés público, está protegido por la Constitución, sin importar lo desagradable que sea. Debido a que los carteles de los manifestantes de la Iglesia hablaban sobre la guerra en Irak, la política exterior de Estados Unidos y la homosexualidad, la Corte lo consideró un discurso político, un discurso público y, como tal, aunque se piense que el discurso es degradante y por debajo de lo socialmente aceptable, es acreedor de la protección de la Primera Enmienda (Merkle, 2010: 666-667).

En esa ocasión, 8 de los 9 magistrados de la Suprema Corte votaron a favor de declarar como constitucionalmente protegido el discurso de la Iglesia Bautista Westboro. Sólo el juez Samuel Alito votó en contra, al considerar que en sentencias previas de la Corte se aceptaba que las palabras podían infligir daño, como en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*. En la opinión del magistrado Alito, la manifestación había causado daño a “víctimas inocentes”, como al señor Snyder. Sin embargo, todos sus demás pares acordaron que lo

expresado por la Iglesia no podía considerarse “palabras de pelea”, por el simple hecho de que no hubo ningún acto de violencia “directo e inminente” a raíz de dicha manifestación.

Es toral señalar que en aquella ocasión, varias asociaciones defensoras de los derechos civiles y más de una veintena de organizaciones de medios de comunicación, enviaron a la Suprema Corte información o argumentos jurídicos que apoyaron a Fred Phelps y su derecho a la libre expresión en su calidad de *amicus curiae*,⁷ aunque al mismo tiempo todas ellas declararon estar en contra de las opiniones de ese líder religioso. Destaca el caso de la ya varias veces citada ACLU. El documento que la ACLU le hizo llegar a la Suprema Corte hizo énfasis en que dicha asociación defensora de los derechos civiles estaba totalmente en contra del mensaje de la Iglesia Bautista Westboro. Sin embargo, sostenían que:

no se necesita que los tribunales protejan el discurso con el que todos están de acuerdo, porque ese discurso será tolerado. Se necesita una Primera Enmienda para proteger el discurso que la gente considera intolerable, indignante u ofensivo, porque es entonces cuando la mayoría ejercerá su poder para censurar o reprimir, y tenemos una Primera Enmienda para evitar que el gobierno haga eso. (Ito, 2010: párr. 7)

Reglas sobre la libertad de expresión contenida en la Primer Enmienda

La primera regla sobre la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda es que protege a las ideas, sobre todo si son políticas, al margen de si son agradables, desagradables, amorosas o hirientes. Como hemos mencionado, en Estados Unidos el “discurso de odio” está etiquetado políticamente, no jurídicamente. Al no existir una definición legal de ese término, un ciudadano o un autor puede usarlo en un sentido extenso mientras otra persona en un sentido más acotado. Pero no existe una excepción sobre el “discurso de odio” en la Primera Enmienda. La Suprema Corte, en *Gerts v. Robert Welch Inc.* de 1974, estipuló que: “Bajo la Primera Enmienda no existe tal cosa como ‘una idea falsa’. Sin importar qué tan perniciosa pudiera parecer una opinión, dependemos para su corrección, no de la conciencia de jueces y jurados, sino de la competencia entre las diferentes ideas” (Legal Information Institute, 2018a: párr. 21).

En este sentido, en *Matal v. Tam* de 2017, la Suprema Corte dejó claro que: “el alarde más orgulloso de nuestra jurisprudencia sobre libertad de expresión es que protegemos la libertad de expresar ‘el pensamiento que odiamos’” (Legal Information Institute, 2017a: párr. 72). En tal caso, el gobierno le negaba el registro de marca a una banda musical de ciudadanos

⁷ *Amicus curiae* o “amigos de la Corte”, son actores que no forman parte del juicio, ni como defensor ni como demandante, pero que asisten a los tribunales proveyendo información para ayudar a los magistrados en sus deliberaciones.

estadounidenses de ascendencia asiática, porque el nombre que ellos querían ponerse, *The Slants*, es considerado un insulto racista. El gobierno ni siquiera intentó prohibir el nombre, sino simplemente negaba el beneficio de registro de marca. Pero aun así, la Suprema Corte declaró que era inconstitucional y una violación al derecho a tener un punto de vista propio, contrario a lo que los funcionarios del gobierno crean (Legal Information Institute, 2017a).

Segunda regla sobre la libertad de expresión: Es verdad que no todo lo que se dice o escribe está protegido por la Primera Enmienda, pero eso es independiente de si lo expresado contiene o no un discurso degradante u ofensivo. Por ejemplo, las amenazas personales, al margen del tipo de individuo al que vaya dirigido el discurso, no gozan de ninguna protección constitucional. Incitar a la violencia intencionalmente, puede incluso ser sancionado penalmente. Las “palabras de pelea” no son libertad de expresión, como sería si alguien hace un llamado frente a un edificio para provocar a una multitud para que lo incendien y destruyan. Pero en ese caso, tal elemento es considerado aparte de si el edificio en cuestión se trataba de una mezquita, una fábrica, un centro de derechos humanos, un edificio gubernamental o una corporación transnacional; lo punible sería el llamado a cometer el delito de destruir propiedad ajena y dañar a otras personas.

Las ofensas o insultos personales también son sancionables. Sin embargo, eso es independiente de si existe o no una hostilidad personal u odio hacia el grupo al que pertenece la persona agredida, como puede ser el caso de su religión o grupo étnico/racial. En 1992, la Suprema Corte anuló una ordenanza que explícitamente prohibía “palabras de pelea intolerantes” (*bigoted fighting words*). En *R.A.V. v. City of St. Paul*, la Suprema Corte declaró inconstitucional el encarcelamiento de un adolescente —referido de forma anónima en los documentos de la Corte como *R.A.V.*—, por quemar una cruz en el jardín de una familia afroamericana. La ordenanza de la ciudad decía:

Cualquiera que coloque en propiedad pública o privada, un símbolo, objeto, denominación, caracterización o graffiti, incluyendo, pero no limitado a, una cruz en llamas o una esvástica Nazi, que alguien sabe o tiene motivos razonables para saber que despierta ira, alarma o resentimiento en otros por motivos de raza, color, credo, religión o género, comete una conducta desordenada y será culpable de un delito menor. (Legal Information Institute, 2018b: párr. 8)

Esa ley fue impugnada ante la Suprema Corte de Minnesota, argumentando que la legislación era demasiado amplia (*overbroad*)⁸ y contravenía la Primera Enmienda. Sin embargo, la Suprema Corte estatal rechazó esa impugnación, al considerar que una expresión puede

⁸ En Estados Unidos existe la “doctrina de la ley demasiado amplia” (*Overbreadth doctrine*), que consiste en la potencial invalidación en los tribunales de toda ley escrita (*statutes*) o regulación burocrática sobre la Primera Enmienda, que como consecuencia de la laxitud en su redacción, pueda prestarse para dañar derechos constitucionales (Pierce, 2011: 177-198).

ser censurada si “alguien sabe o tiene motivos razonables para saber que despierta ira, alarma o resentimiento en otros por motivos de raza, color, credo, religión o género” (Legal Information Institute, 2018b: párr. 1), por lo que se encuentra dentro de los límites de las palabras de pelea bajo la decisión del caso *Chaplinsky v. New Hampshire*. La Corte de Minnesota señaló que la ordenanza era válida, porque era “motivada por el interés del gobierno en proteger a la comunidad contra amenazas motivadas por prejuicios” (Legal Information Institute, 2018b: párr. 1).

El caso llegó hasta la Suprema Corte federal, quien en una votación de 9-0 revirtió la decisión de la instancia judicial de Minnesota y declaró a la citada ley como anticonstitucional, al considerar que excedía los límites establecidos en *Chaplinsky v. New Hampshire*. La Corte declaró que esa legislación implicaba una discriminación de ciertos puntos de vista:

Un estado puede optar por prohibir sólo la obscenidad más evidentemente ofensiva, es decir, la que implica las demostraciones más lascivas de la actividad sexual. Pero no puede prohibir esa obscenidad sobre la base de que incluye mensajes políticos ofensivos. (Legal Information Institute, 2018b: párr. 12)

La Suprema Corte de Estados Unidos también dejó claro que la prohibición a las “palabras de pelea” hace referencia al uso de la violencia física, pero no al contenido político del mensaje:

Aquellos que desean usar “palabras de pelea” en relación con otras ideas, para expresar hostilidad, por ejemplo, sobre la base de la afiliación política, la afiliación sindical o la homosexualidad, no entran en esa categoría. La Primera Enmienda no permite a la ciudad de San Pablo imponer prohibiciones especiales a aquellos oradores que expresan opiniones sobre temas desfavorecidos. (Legal Information Institute, 2018b: párr. 15)

La Suprema Corte federal hizo énfasis en que la conducta de quien prendió fuego a la cruz puede ser sancionada, no obstante tendría que hacerse bajo otras leyes del propio estado de Minnesota, como aquellas que castigan el vandalismo, pero no es constitucional castigar bajo la base de que se expresaron “ideas políticas prohibidas”, ya que para la Constitución no existen tales. Ante ello, la Corte aclaró que la prohibición de las “palabras de pelea” no sanciona el expresar algunas ideas en específico, sino “el modo particularmente intolerable y socialmente innecesario de expresar cualquier idea que el orador desee transmitir” (Legal Information Institute, 2018b: párr. 19). De esa forma, la normatividad de la ciudad de San Pablo era inconstitucional no porque prohibía expresarse de forma violenta, sino porque vetaba el expresar ciertas posiciones políticas.

La tercera regla es que las leyes que criminalizan el odio son constitucionales en tanto castiguen, no la idea o el discurso, sino el cometer actos violentos. Un caso clave en la ma-

teria fue *Wisconsin v. Mitchell* de 1993, en el que la Suprema Corte de forma unánime validó como constitucional una legislación sobre crímenes de odio, que son aquellos motivados por prejuicios étnicos, raciales, lingüísticos, religiosos, de apariencia, o de género.

En esa ocasión, Todd Mitchell, un afroamericano que acababa de ver la película “Misisipi en llamas” (*Mississippi Burning*), incitó a sus amigos a golpear a un adolescente que no conocían y que simplemente paseaba por la calle, sólo por ser blanco, dejándolo inconsciente y en coma por cuatro días. El fiscal de Wisconsin buscó que la pena por esa golpiza tuviera un castigo más severo, por el agravante de que tenía motivaciones raciales. La Suprema Corte dijo que el sancionar los crímenes de odio era constitucional porque no se sancionaba el discurso, sino las acciones. De manera enfática el fallo de la Corte señaló que el asalto físico no es, bajo ninguna circunstancia, una conducta de expresión protegida por la Primera Enmienda. Además, la Corte validó el incremento del castigo basado en las intenciones del perpetrador del delito (Demaske, 2009). Pero, en realidad, eso no fue algo innovador. Es común que las leyes consideren como agravante del delito el por qué se hizo lo que se hizo. Por ejemplo, matar a alguien por dinero, implica un castigo mayor que matar a alguien por un episodio momentáneo de ira. De la misma manera, despedir a un empleado por su raza, religión u orientación sexual puede ser motivo de una demanda civil, pero despedirlo por otros motivos, como su desempeño, puede ser perfectamente legal.

Los crímenes de odio sancionan lo que se hace, no lo que se dice. Los crímenes de odio no incluyen la simple expresión de ideas odiosas, degradantes, o el uso de palabras que algunas personas podrían considerar detestables, las cuales, como se ha mencionado, están generalmente protegidas por la Primera Enmienda. En síntesis:

- No existen las excepciones de discurso de odio en la Primera Enmienda. Las expresiones ofensivas o desagradables, para la Suprema Corte, no son algo diferente a la libertad de expresión, sino parte de ella;
- Las amenazas de violencia o las incitaciones a la violencia no están protegidas constitucionalmente, pero eso no tiene nada que ver con lo odioso de su contenido o lo desagradable de su mensaje;
- Los crímenes de odio no están compuestos por discursos de odio, sino por actos de odio. En Estados Unidos las leyes pueden criminalizar la violencia física y el vandalismo basándose en la intención del ofensor contra algún grupo en particular. Pero el castigo es por lo que se hace, no por lo que se expresa.

Conclusiones

Históricamente, tanto los magistrados de la Suprema Corte como las organizaciones defensoras de los derechos civiles en Estados Unidos han declarado que el discurso de odio, aquel que ofende y es hiriente para algunas o muchas personas, es detestable. Sin embargo, al mismo tiempo, defienden el derecho a expresar discursos con contenido degradante o amenazante, con la excepción de que provoque un “directo e inminente” acto de violencia física. Defender la libertad de expresión es defender el derecho de expresarse de aquellos con quienes no estamos de acuerdo. Si no se está de acuerdo con alguien en lo que dice, ¿por qué no silenciarlo por la fuerza?

La respuesta a esa pregunta yace en la razón por la que se creó el derecho de libertad de expresión: la censura es una *pendiente resbaladiza*⁹ en la que, una vez que se suprime un discurso, se genera un precedente y una preocupación real sobre quién, cómo y dónde se fijarán los límites a esa libertad, sobre todo porque considerar un discurso como ofensivo, es altamente subjetivo. Lo que ofende a una persona “en lo más profundo de su ser”, puede no resultar vejatorio para otra. Si cada persona o grupo —religioso, étnico, lingüístico o de género— pudiera escribir una lista de las ideas que le ofenden ¿qué tan larga sería esa lista? Dentro de la sociedad estadounidense, algunos se sienten amedrentados por el discurso nativista de Donald Trump. Otros se sienten amenazados y atemorizados por la narrativa progresista, de corte socialista, de Bernie Sanders y Alexandria Ocasio-Cortez. ¿Alguno o ambos discursos políticos deberían de prohibirse? ¿Tal situación mejoraría o empeoraría la convivencia entre esos grupos?

Uno de los pronunciamientos más sobresalientes de la Suprema Corte a favor de la libertad de expresión fue del magistrado Oliver Wendell Holmes, en el caso *Abrams v. United States* de 1919, donde en su opinión disidente dijo que:

Bajo la teoría de nuestra Constitución, el bien último deseado se alcanza mediante la libre competencia de las ideas [...] debemos estar eternamente vigilantes contra los intentos de controlar la expresión de opiniones que detestamos y creemos que están cargadas de muerte, a menos que amenacen de manera tan inminente los propósitos apremiantes de la ley, que se requiera el control inmediato del gobierno para salvar al país. (Legal Information Institute, 2017b: párr. 85)

Hay quienes argumentan que existen ciertas palabras que, al ser tan odiosas, es necesario prohibirlas y sancionar a quienes las expresen. En efecto existen palabras que fueron acu-

⁹ En el derecho estadounidense se usa el término “pendiente resbaladiza” (*Slippery-Slope Principle Law*), para referirse a que cada acción o inacción legal, desencadena un imprevisible efecto dominó sobre acciones futuras. Por ejemplo, cada relajación constitucional sirve de invitación a justificar más y más relajaciones posteriores, cuyo resultado no es posible prever en el presente (Younes, 2017).

ñadas con el único propósito de ridiculizar o propagar odio hacia algún grupo de personas en específico. Esas expresiones nunca han sido defendidas ni por la Suprema Corte ni por organizaciones defensoras de los derechos civiles de Estados Unidos. Lo que defienden es el derecho a usar esas palabras. Esa es una distinción conceptual importante. Se puede defender el derecho de una persona a usar ciertas palabras, sin defender el significado detrás de ellas. El compromiso con la libertad de expresión no se encuentra en defender discursos con los que estamos de acuerdo. Es al defender expresiones que nos desagradan y detestamos, cuando verdaderamente se muestra la convicción con el derecho a la libertad de expresión.

¿Por qué la Primera Enmienda protege expresiones consideradas ofensivas o cargadas de odio? Los magistrados de la Suprema Corte en términos generales están de acuerdo en que, por ejemplo, las ideas racistas son algo negativo y peligroso. Entonces, ¿por qué en sus sentencias constantemente se argumenta que ese discurso es libertad de expresión y debe de protegerse? Porque no confían en que los políticos o los burócratas gubernamentales decidan qué ideas son aceptables y cuáles son erróneas y/o peligrosas. Suelen preferir que sean los ciudadanos, la sociedad y no el Estado, en el libre mercado de las ideas (*marketplace of ideas*), quienes decidan qué debe de decirse y qué no.

Históricamente, los jueces de la Suprema Corte suelen tener la preocupación de que, si los oficiales públicos tienen el poder de censurar ideas “malas” (lo que sea que eso signifique), esa facultad pueda usarse para castigar a disidentes del gobierno o coartar el debate público. Los magistrados tienden a creer que, no solamente la Primera Enmienda, sino la Constitución de Estados Unidos, están construidas sobre la base de la desconfianza en el gobierno y la inclinación del Estado a abusar de su poder. En palabras del juez Hugo Black —citado por la Suprema Corte en *Healy v. James*— las libertades garantizadas por la Primera Enmienda “tienen que estar acorde con las ideas que odiamos, o tarde o temprano, esas libertades serán negadas a las ideas que apreciamos” (Legal Information Institute, 2016: párr. 35).

Sobre el autor

HÉCTOR GÓMEZ PERALTA es doctor en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Nacional Autónoma de México. Sus líneas de investigación son: el sistema político de Estados Unidos, la política comparada entre Estados Unidos y México, y la política criminal. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran: “The Rise of Evangelical Conservatism in Mexican Politics” (2020) *Journal of Religion & Society*, 1(22); *El ABC del sistema político de los Estados Unidos de América* (2019) Ciudad de México: UAEM/AM Editores; (con Karen Ramírez) “Migración infantil de retorno en Hidalgo: retos educativos y de inclusión social” (2023) *Política y Cultura*, 1(59).

Referencias bibliográficas

- Askin, Frank (2009) “Chilling Effect” *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/897/chilling-effect>> [Consultado el 27 de diciembre de 2021].
- Bietzer, Michael (2009) “Chaplinsky v. New Hampshire (1942)” *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/293/chaplinsky-v-new-hampshire>> [Consultado el 15 de diciembre de 2021].
- Brown, Alexander (2017) “What is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate” *Law and Philosophy*, 4(36): 419-468.
- Ciccio, Celine (2019) “Most Young Americans Support ‘Hate Speech’ exemption in First Amendment” *Campus Reform Review* [blog]. 25 de octubre. Disponible en: <<https://campusreform.org/?ID=13916>> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].
- Demaske, Chris (2009) “Wisconsin v. Mitchell (1993)” *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/426/wisconsin-v-mitchell>> [Consultado el 29 de diciembre de 2021].
- Djuric, Nemanja; Zhou, Jing; Morris, Robin y Mihajlo Grbovi (2015) “Hate Speech Detection with Comment Embeddings” en *ACM Proceedings of the 24th International Conference on World Wide Web*. DOI: <https://doi.org/10.1145/2740908.2742760>
- Elsherief, Mai; Nilizadeh, Shirin; Nguyen, Dana; Vigna, Giovanni y Elizabeth Belding (2018) “Peer to Peer Hate: Hate Speech Instigators and Their Targets” *Proceedings of the International AAAI*, 1(12): 52-61.
- Gómez Peralta, Héctor (2019) *El ABC del sistema político de Estados Unidos de América*. México: UAEM/AM Editores.
- Heinze, Eric (2016) *Hate Speech and Democratic Citizenship*. Oxford: Oxford University Press.

- Howard, Jeffrey (2019) “Free Speech and Hate Speech” *Annual Review of Political Science* (22): 95-96.
- Hudson, David (2018) “Miller Test” *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/1585/the-miller-test>> [Consultado el 15 de diciembre de 2021].
- Hudson, David (2009a) “Cohen v. California (1971)” *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/295/cohen-v-california>> [Consultado el 15 de diciembre de 2021].
- Hudson, David (2009b) “Miller v. California (1973)” *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/401/miller-v-california>> [Consultado el 15 de diciembre de 2021].
- Hudson, David (2017) “Synder v. Phelps (2011)” *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/1474/snyder-v-phelps>> [Consultado el 28 de diciembre de 2021].
- Hudson, David (2018) “Substantial Disruption Test” *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1584/substantial-disruption-test>> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].
- Ito, Suzanne (2010) “Protecting outrageous, Offensive Speech” *American Civil Liberties Union* [blog]. 6 de octubre. Disponible en: <<https://www.aclu.org/blog/free-speech/rights-protesters/protecting-outrageous-offensive-speech>> [Consultado el 28 de diciembre de 2021].
- Jay, John; Hamilton, Alexander y James Madison (2019) “Federalist Papers: Primary Documents in American History” *Library of Congress*. Disponible en: <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>> [Consultado el 27 de diciembre de 2021].
- Kahn, Robert (2013) “Why Do Europeans Ban Hate Speech? A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post” *Hofstra Law Review*, 3(41): 545-585.
- Lackland, Bloom (2019) “The Rise of the Viewpoint-Discrimination Principle” *Law Review Forum* (72): 20-40.
- Legal Information Institute (2016) *Catherine Healy et.al. Petitioners, V. F. Don James et. Al* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/169>> [Consultado el 29 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2017a) *MATAL v. Tam* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/15-1293>> [Consultado el 29 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2017b) *Abrams et.al. v. United States* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>> [Consultado el 29 de diciembre de 2021].

- Legal Information Institute (2018a) *Elmer Gertz, Petitioner, v. Robert Welch Inc* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/323#fn8>> [Consultado el 29 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2018b) *R.A.V., Petitioner, v. City of St. Paul, Minnesota* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377>> [Consultado el 29 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2019a) *Schenck v. United States* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47%26quot%3B>> [Consultado el 26 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2019b) *New York Times v. Sullivan (1964)* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/wex/new_york_times_v_sullivan_%281964%29> [Consultado el 27 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2019c) *Mens Rea* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/wex/mens_rea> [Consultado el 27 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2019d) *New York Times Co. V. United States* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/403/713%26hl%3D>> [Consultado el 27 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2020a) *Citizens United v. Federal Election Commission (2010)* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <[https://www.law.cornell.edu/wex/citizens_united_v_federal_election_commission_\(2010\)](https://www.law.cornell.edu/wex/citizens_united_v_federal_election_commission_(2010))> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].
- Legal Information Institute (2020b) *Central Hudson Gas & Electric Corporation, Apellant, v. Public Service Commission of New York* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/447/557>> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].
- Legal Information Institute (2020c) *Marvin L. Pickering, Apellant, v. Board of Education of Township High School District 205, Will County, Illinois* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/563>> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].
- Legal Information Institute (2020d) *Brandenburg v. Ohio* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444%26amp>> [Consultado el 15 de diciembre de 2021].
- Legal Information Institute (2020e) *Brandenburg Test* [en línea]. Cornell Law School. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/wex/brandenburg_test> [Consultado el 15 de diciembre de 2021].
- Lott, Maxim (2014) “Collage President Sorry for Saying ‘All Lives Matter’” *Fox News* [en línea]. 10 de diciembre. Disponible en: <<https://www.foxnews.com/us/college-president-sorry-for-saying-all-lives-matter>> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].

- MacAveney, Sean; Yao, Hao-Ren; Yang, Eugene; Russell, Katina; Goharian, Nazli y Ophir Frieder (2019) "Hate Speech Detection: Challenges and Solutions" *PLOS ONE*, 14(8).
- Merkle, Sarah (2010) "Snyder v. Phelps" *South Carolina Law Review*, 3(61): 657-667.
- Napier, Carol (1991) "Can Universities Regulate Hate-Speech After Doe V. University of Michigan?" *Washington University Law Review*, 3(69):991-998.
- Pierce, Christopher (2011) "The 'Strong Medicine' of the Overbreadth Doctrine: When Statutory Exceptions Are No More Than a Placebo" *Federal Communications Law Journal* (64): 177-198.
- Post Editorial Board, (2021) "Brooklyn Protest Suggests BLM is just about hate and rage" *New York Post* [en línea]. 21 de abril. Disponible en: <<https://nypost.com/2021/04/21/brooklyn-protest-suggests-blm-is-just-about-hate-and-rage/>> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].
- Rosenwald, Michael (2021) "The Landmark Klan Free-speech Case Behind Trump's Impeachment Defense" *Washington Post*, 12 de febrero. Retropolis.
- SCUS (2005) *Garcetti Et Al. V. Ceballos, Opinion of the Court*, Washington DC [pdf]. Disponible en: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/04-473.pdf>> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].
- SCUS (2011) *Brown, Governor of California v. Entertainment Merchants Association*, Washington DC pdf]. Disponible en: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/08-1448.pdf>> [Consultado el 15 de diciembre de 2021].
- US Constitution (2020) *First Amendment* [en línea]. CONAN. Disponible en: <<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>> [Consultado el 16 de noviembre de 2021].
- US Department of Justice (2020) "Obscenity" *General Information Child Exploitation and Obscenity Section* [en línea]. Disponible en: <<https://www.justice.gov/criminal-ceos/obscenity>> [Consultado el 16 de enero de 2021].
- Waldron, Jeremy (2012) *The Harm in Hate Speech*. U.S: Harvard University Press.
- Wermiel, Stephen (2009) "Actual Malice" *First Amendment Encyclopedia* [en línea]. Disponible en: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/889/actual-malice>> [Consultado el 27 de diciembre de 2021].
- Yachyshen, Dylan y Elizabeth Mather (2020) "Rhetoric and the Trump Presidency: Hate Speech vs. The First Amendment" *Political Science Boulder*. Disponible en: <<https://www.colorado.edu/polisci/2020/03/02/rhetoric-and-trump-presidency-hate-speech-vs-first-amendment>> [Consultado el 28 de diciembre de 2021].
- Younes, Javeria (2017) "The Slippery Slope of Freedom of Speech" *Courting the Law* [blog]. 22 de abril. Disponible en: <<https://courtingthelaw.com/2017/04/22/commentary/the-slippery-slope-of-freedom-of-speech/>> [Consultado el 29 de diciembre de 2021].

