

Alexander TESIS,
Free speech in the balance,
Cambridge University Press, New York 2020, 234 pp.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: libertad de expresión, formalismo, proporcionalidad
Keywords: free speech, formalism, proportionality

En materia de libertad de expresión, se está produciendo un doble proceso debido a Internet y a la globalización donde, por un lado, se requieren respuestas globales para temas que se plantean en la red y, por otro lado, y simultáneamente, se refuerzan los mecanismos locales de las diversas culturas jurídicas para dar respuesta a los casos planteados. En la obra titulada *Free speech in the balance*, Alexander Tesis ofrece un panorama sobre los avances legales y jurisprudenciales de la libertad de expresión, centrado en la cultura jurídica norteamericana. Su posición no es meramente descriptiva de los casos donde se ha ido desarrollando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, sino más bien se realiza un análisis crítico del enfoque mayoritario, que califica de formalista, categórico, “rígido y libertario”¹- y se ofrece una alternativa –proporcionalista–, más cercana a la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la cultura jurídica norteamericana, la concepción predominante de la libertad de expresión la considera un derecho muy valorado en el conjunto de libertades constitucionales, lo que tiene la paradójica consecuencia de desalentar, de forma general, las regulaciones gubernamentales e imponer un deber de justificación –de determinada solidez– para la intervención estatal. Esto ha sido desarrollado a partir de diversos casos por el Tribunal

¹ A. TESIS, *Free speech in the balance*, Cambridge University Press, New York 2020, p. 42. A partir de ahora, esta obra será citada en el texto, con la referencia a la página entre paréntesis.

Supremo que ha creado categorías jurisprudenciales, como la del conocido test del “*clear and present danger*”. En las primeras líneas de este libro, Tsesis marca la intrínseca conexión entre concepción norteamericana de libertad de expresión y democracia: “la libertad de expresión es un componente esencial de la operación de un Gobierno representativo comprometido con los derechos iguales y el bienestar general del pueblo.” (p. XI).

La visión tradicional de la jurisprudencia establece que existen unas categorías “históricas y tradicionales” que contienen discurso que no está protegido por la Primera Enmienda, como son: “obscenidad, difamación, fraude, incitación y el discurso integral de conducta criminal” (p. 5.). Es interesante porque el Tribunal Supremo reitera esta distinción en un caso donde ha de dilucidar si una regulación –*Animal Crush Videos Act*– (ACVA), que criminalizaba las fotos, los videos y películas donde se mostraba la tortura, herida, mutilación o muerte de animales estaba de acuerdo con la Primera Enmienda. En el caso *United States v. Stevens*², se consideró que esta regulación prohibitiva era parcialmente inconstitucional. Desde esta perspectiva, Tsesis manifiesta sus dudas con el fallo: “la reflexión del juez Roberts en el sentido de que es relevante establecer un adecuado marco constitucional para evitar juicios subjetivos que deriven en censura. Él rígidamente rechazó incluso considerar una ponderación rigurosa del interés nacional en liza para disuadir la crueldad con los animales que es parte de los esos videos” (pp. 4-5).

Sobre la categoría “no protegida” de obscenidad, es relevante el caso *Miller v. California*³, donde el razonamiento del Tribunal Supremo está compuesto de 3 partes: un hecho debe ser evaluado 1.- Cuando la “persona media” que se basa en los “principios contemporáneos de las comunidades” puede encontrar si “la expresión tomada como todo apela al interés lascivo”; 2.- Si “se describe o representa de una forma patentemente ofensiva una conducta sexual específicamente definida por la ley aplicable del Estado” y 3.- “Si la obra tomada como un todo no tiene ningún valor científico, político, artístico o literario” (p. 14).

En el caso *Beauharnais v. Illinois*⁴ afirmó como constitucional una ley sobre difamación, otra categoría “no protegida”, de grupos en Illinois “prohibiendo a los individuos exhibir materiales que exponen a los ciudadanos de cualquier raza, color, credo o religión a despreciar, hacer escarnio o deshonorar”.

² *United States v. Stevens*, 559 US 460, 472 (2010).

³ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

rar o lo que produzca la ruptura de la paz pública o desórdenes públicos” (p. 15). A este respecto, Tsesis afirma que “los legisladores del Estado creyeron que la ley era necesaria, dado el contexto de la historia de racismo de Illinois” (p. 16).

Después de analizar las categorías “no protegidas” por la Primera Enmienda, Tsesis hace un análisis sobre los principales valores que subyacen en la regulación de la libertad de expresión, en el contexto norteamericano. El primero que se suele mencionar es el valor de la autonomía de la autoexpresión. Frente al cual, Alexander Tsesis marca una cierta distancia crítica con estas palabras: “Sin otros factores adicionales, llegar a garantizar la autorrealización del discurso falla al diferenciar entre los valores sociales plurales del discurso, incluyendo aquellos informativos de forma personal y política. Centrarse exclusivamente en la agencia personal crea una presunción contra las limitaciones establecidas a los individuos, más que identificar la importancia del discurso en términos contextuales y equilibrados” (p 22).

El segundo gran valor justificante de la libertad de expresión es al autogobierno político. Existe un trabajo clásico de Meiklejohn⁵ sobre el tema y es más actual la reflexión de Cass Sunstein⁶, en el contexto de la democracia deliberativa. En este sentido, Tsesis afirma que “las comunicaciones de un nivel más bajo incluyen todos los tipos de discurso, esto lleva a un conjunto dispar y amplio de información fuera del nexo de las comunicaciones protegidas. El discurso político disfruta de mayor protección que todos los otros, pero lo que es político no siempre está claro. La Literatura y el Arte, por ejemplo, pueden estar en ambos campos y la gente puede no estar de acuerdo en cuál es el mensaje central de un libro, una pintura o una pieza musical” (p. 30).

El tercer valor que subyace a las teorías de la libertad de expresión podría sintetizarse como la *búsqueda de la verdad*. Sobre lo que Tsesis sostiene que se incluye aquello que ayuda a adquirir un conocimiento preciso, lo cual comprendería: “indudablemente, las conversaciones y debates robustos sobre formas de conocimiento comerciales, históricas, políticas, médicas, jurídicas y otras. Pero esta estrecha definición falla para dar cuenta de la protección de opiniones como el sarcasmo, el arte abstracto e incluye otras categorías –no-informativas, pero protegidas– de expresión” (p. 35).

Una vez se ha proporcionado un panorama sobre la jurisprudencia norteamericana acerca de la libertad de expresión, sobre categorías “no protegi-

⁵ A. MEIKLEJOH, *Free speech and its relation to self-government*, The Lawbook Exchange, 2011.

⁶ C. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, The Free Press, 1993.

das” y los valores que justifican las categorías protegidas, Tsesis realiza un balance crítico cuando afirma “el Tribunal Supremo ha adoptado una perspectiva libertaria, rígida más que desarrollado un marco teórico comprensivo para evaluar los casos de la Primera Enmienda” (p. 42). Como ejemplo, el autor de *Free speech in the balance* señala el caso de 2015 *Reed v. Town of Gilbert*⁷, donde el Tribunal Supremo basándose en precedentes recientes encontró que la Ordenanza de una ciudad violaba la Primera Enmienda por distinguir entre señalización política, ideológica y direccional. El Tribunal homogenizó todas las formas de discurso sosteniendo que el escrutinio estricto se aplica a cualquier ley que distinga entre el contenido de varias formas de información (p. 42). Por tanto, se insiste en afirmar la neutralidad de contenido, como características de la Primera Enmienda, donde el Tribunal ha de mantenerse neutral y no puede entrar a enjuiciar el fondo del discurso. Esto se aplicó, por ejemplo, al famoso caso *R.A.V. v. City of St. Paul*⁸, donde la Ordenanza municipal que prohibía símbolos como una cruz en llamas, en ese caso en el jardín de una familia negra, se consideró contraria a la Primera Enmienda.

La alternativa por la que aboga Alexander Tsesis es aplicar, en el contexto norteamericano, el razonamiento proporcional, influido por consideraciones de cómo se concibe la ponderación en el contexto europeo. Concluye Tsesis su análisis reivindicando, en cierta forma, las categorías construidas jurisprudencialmente –como la de incitación– de la libertad de expresión “ciertamente sirven como máxima de la experiencia –*rules of thumb*– de análisis” (p. 49). Aquí la referencia al enfoque de Robert Alexy resulta oportuna, siendo éste su enfoque referencia de múltiples estudios y su método es mencionado y aplicado por Altos Tribunales de diversos países. Es ya un método general de aproximación a la proporcionalidad.

Unos casos judiciales originan unas categorías jurisprudencialmente construidas, que se aplican a otros casos y cuándo no son consideradas ya adecuadas se crean nuevas categorías. En cambio, Tsesis propone un marco que busca ser más sistemático y un método interpretativo con más consistencia. De esta forma, “a nivel judicial, debe proveer guía para proteger la expresión, ponderar cualquier política alternativa y examinar si las regulaciones restrictivas de la expresión se sobrepasan o son sobreinclusivas, e identificar si los objetivos establecidos pueden ser conseguidos con estrategias menos restrictivas” (p. 61)

⁷ *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155 (2015).

⁸ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992),

Desde esta perspectiva, el enfoque formalista, predominante de forma tradicional en Estados Unidos, resulta insuficiente: “la estrecha dependencia sobre categorías creadas judicialmente fuerza a disputas complejas sobre hechos en un pequeño conjunto de identificadores jurídicos que son sujetos de interpretación selectiva y pueden no capturar todas las consideraciones relevantes para la resolución jurídica. La elección del Tribunal de las categorías que pueden ser discurso –como discurso gubernamental, *forum* público o doctrinas basadas en el contenido– puede dar lugar a resultados que comporten desafíos a las restricciones sobre el discurso como regulaciones prohibiendo el uso de símbolos confederados en las matrículas” (p. 65).

Los académicos norteamericanos, por lo general, argumentan de forma típica, advierte Tsesis, que la revisión basada en el enfoque de la proporcionalidad permanece “de forma fundamentalmente subjetiva y no provee un enfoque judicial adecuado” (p. 78). Esta crítica también se afirma por ciertos sectores en Europa, por ejemplo, el enfoque de Habermas contrario a la ponderación. Sin embargo, el enfoque de la proporcionalidad tiene importantes seguidores y es influyente a la hora de tomar decisiones de diversos Tribunales. Es interesante porque Tsesis en esta obra, *Free speech in the balance*, pone al Tribunal Europeo de Derechos humanos como ejemplo de razonamiento en base a la proporcionalidad.

En un caso de 2012, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Princesa Carolina de Mónaco en el que se sostuvo que los fotógrafos crearon “un clima de continuo acoso que puede inducir a una persona a un fuerte sentido de intrusión en su vida privada o incluso persecución.” En la ponderación, se favorece la intimidad sobre la libertad de expresión. La decisión se basa en 5 factores de proporcionalidad para ponderar la intimidad sobre la libertad de expresión: 1.-La contribución del trabajo a un debate de interés general; 2.- Cómo la persona interesada es conocida públicamente y la materia del reportaje; 3.- La conducta anterior de la persona interesada; 4.- El contenido, la forma y las consecuencias de la publicación; 5.- Las circunstancias en que las fotografías fueron tomadas⁹. Más importante para la aproximación de Tsesis es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconfirmado en un caso más reciente que “el contexto y las circunstancias en que las fotos fueron publicadas no pueden ser obviadas”¹⁰ (p. 80).

⁹ STEDH 24 junio 2004, *Von Hannover v. Alemania* demanda no 59320/2000.

¹⁰ STEDH 7 febrero 2012, *Von Hannover v. Alemania* no 2, demandas 40660/08 y 6041/8.

El enfoque de Tesis desafía la visión de categorías de Estados Unidos y elabora una teoría para el análisis contextual judicial en el Tribunal Supremo en Estados Unidos, donde los académicos tienden a ser libertarios en oposición a este enfoque de la proporcionalidad en la libertad de expresión (p. 77).

En la segunda parte de libro se aborda la problemática específica de determinadas materias vinculadas con la libertad de expresión, aportando matices distintos y enfoques propios desde la perspectiva norteamericana. Una de ellas analiza la regulación sobre material en apoyo de organizaciones terroristas extranjeras. A este respecto Tesis afirma que “la ley de apoyo del material prohíbe a cualquiera dar consejos a organizaciones terroristas extranjeras o proyectos científicos, diplomáticos, técnicos, pero la culpabilidad no está determinada solo por palabras o simplemente por asociación. Al contrario, la ley prohíbe solo la coordinación del discurso con una organización terrorista extranjera” (p. 101)

Una temática propia en los Estados Unidos es la libertad de expresión en los Campus Universitarios donde deben seguir las reglas generales de las regulaciones sobre el lenguaje del odio o deben ser estrictas. De esta forma, Tesis sostiene que “prohibiciones contra formas antisemitas, racistas, chovinistas, homofóbicas y otro tipo de lenguaje discriminatorio y de acoso deben ser adaptadas estrictamente y de forma consistente con los fines del Título Octavo del *Civil Rights Act* de 1964, el discurso que es de forma inminente dañino o verdaderamente amenazador de declaraciones está dentro del poder de sanción de la Universidad” (p. 137). O sea, parece que aquí se estaría en la línea del test del *clear and present danger*, pero quizá la ponderación a realizar sea más amplia considerando “los intereses de los hablantes, teniendo en cuenta los intereses educativos, las provisiones probablemente tienen que tener en cuenta los fines académicos, la disponibilidad de canales alternativos de comunicación y los principios pertinentes de la Primera Enmienda” (p. 137).

Otra interesante temática analizada en el libro es la libertad de expresión de escolares de escuelas secundarias *-high schools-* en la era de Internet. Aquí Alexander Tesis muestra su preocupación por la deriva de la reciente jurisprudencia de los Tribunales norteamericanos sobre el tema, que buscan restringir la libertad de expresión de adolescentes escolarizados sobre temas controvertidos, incluso fuera de horas de clase. Desde esta perspectiva, Tesis incide en el punto de que “más que implicarse en un análisis de proporcionalidad, las decisiones recientes del Tribunal Supremo han sido fa-

vorables a las autoridades en las escuelas en casos que desafían los castigos de los estudiantes que hicieron comentarios controvertidos de tipo político y social. Esta deferencia se ha visto incrementada con suspensiones por declaraciones que están fuera del horario y las premisas de las escuelas. Esta protección reducida a los derechos de la Primera Enmienda deja fuera el rigor de la revisión judicial en los casos de censura” (p. 155).

Dinero y política pueden tener múltiples vinculaciones, alguna de ellas claramente indeseables porque afectan a la igualdad política de los ciudadanos. Es interesante porque la doctrina en Estados Unidos sobre libertad de expresión suele dedicar su atención a la igualdad política en cuanto manifestación de la libertad de expresión. El *leading case* *Buckley v. Valeo*¹¹ estableció que las *expenditures*, –el dinero donado para abogar por ideas–, no estaban limitadas según la Primera Enmienda. mientras que las *contributions*, –dinero donado a un candidato o partido–, sí tienen límites. A este respecto, Tesis crítica este enfoque ya que “revindicando ser categórico en esta interpretación del discurso, el Tribunal Supremo ha dado más peso a los intereses de las personas que pueden proveer más dinero en el sistema y se ha construido menos en las ideas sobre el bien común, y más sobre los intereses de las personas ricas y corporaciones” (p. 171-172)

Esta obra titulada *Free speech in the balance* es un interesante panorama sobre la concepción de la libertad de expresión predominante en Estados Unidos, donde se muestran diversas críticas y se propone una alternativa de interpretación judicial proporcionalista. El manejo de las fuentes bibliográficas y jurídicas es excelente y muy apropiado para reforzar los argumentos expuestos. Al principio aludía a la relevancia de las culturas jurídicas para comprender las diversas concepciones sobre la libertad de expresión. El enfoque propuesto por Tesis es muy atractivo, especialmente para un jurista europeo. No obstante, para su éxito fecundo en Estados Unidos, me parecería que subyace un tema clásico de Filosofía del Derecho. Un primer elemento el de la importancia de los precedentes en los países del *common law* y un segundo, es la relevancia del realismo jurídico en la tradición iusfilosófica norteamericana. Quizá el enfoque de la proporcionalidad sea más plausible dentro de opciones interpretativas que afirmen de forma más clara nociones como sistema, coherencia, o plenitud.

Pero este puede ser un cambio en el enfoque iusfilosófico para hacer evolucionar la interpretación de la Primera Enmienda en el contexto norteameri-

¹¹ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

cano. No sería el primero ya que ésta “ha evolucionado desde una tolerancia silenciosa de las leyes sobre el libelo sedicioso a encontrarlas repugnantes para el discurso político; de alabar los saludos obligatorios a la bandera, a reconocer que esas leyes socavan las libertades religiosas; desde sostener leyes contra la ofensa a la bandera americana, hasta reconocer que esa conducta es una expresión de ideas y, desde una estricta responsabilidad de todas las formas de libelo, a un análisis complejo del libelo, contra los funcionarios públicos, implicados en una conducta oficial.” (p. 177).

Esta deseable evolución en la interpretación –en un sentido más proporcionalista–, como propone Alexander Tsesis, podría aproximar la forma de resolver conflictos en las diversas culturas jurídicas, en un tema como la libertad de expresión, donde resulta relevante poder ofrecer respuestas globales, en ámbitos como Internet, que implican nuevos desafíos a la eficacia de los derechos humanos.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: oscar.perez@uc3m.es