

La libertad de expresión en el derecho norteamericano

Raúl F. Campusano Droguett

Master en Derecho

UNIVERSIDAD LEIDEN, HOLANDA

Master of Arts

UNIVERSIDAD NOTRE DAME, USA

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

José Manuel Astudillo Sepúlveda

Magíster en Derecho con mención en

Contratación Comparada e Internacional (C),

UNIVERSIDAD DE CHILE

It does me no injury for my neighbor to say there are twenty gods, or no god.

It neither picks my pocket nor breaks my leg.

Thomas Jefferson

1. Introducción

El 17 de mayo de 2009 el Presidente Obama dio el discurso de inauguración del año académico de la Universidad de Notre Dame. Esta es una tradición de la prestigiosa universidad católica de los Estados Unidos que este año adquirió ribetes especiales ante una petición escrita, firmada por miles de estadounidenses, pidiéndole al Presidente de la Universidad, reverendo John Jenkins, que retirara la invitación sobre la base que no era aceptable que una universidad católica invitara a dar la conferencia inaugural del año académico a una persona que era partidaria del aborto.¹

Siendo la posición de la iglesia católica el rechazo al aborto, la petición buscaba generar un hecho político ante el retiro de la invitación. Sin embargo, las

¹ Patrick Reilly, presidente de la asociación "Cardenal Newman" explicó en los siguientes términos las razones para oponerse a la presencia del presidente Obama en la inauguración del año académico en Notre Dame: "His abortion stance, his views on stem cell research, his threat to remove conscience protections for Catholic health care workers and his support of the Freedom of Choice Act (proposed legislation that would prevent local governments from interfering with a woman's right to choose) would essentially nullify pro-life protections that have been legislated".

autoridades de Notre Dame no retiraron la invitación y la inauguración tuvo lugar de acuerdo con lo planificado.² El evento estuvo marcado no solo por la polémica alrededor de la petición, sino también por varias interrupciones al discurso inaugural realizadas por estudiantes católicos “pro vida” y la presencia de grupos simpatizantes a este movimiento en los alrededores de la universidad.

El presidente Obama sabía que su discurso sería interrumpido y que habría manifestaciones en su contra.³ Las autoridades de la universidad, todos ellos católicos observantes, sabían la posición frente al aborto del presidente Obama y aun así perseveraron en la invitación. Más interesante aún, los promotores de la petición se estaban claramente manifestando en contra de la primera autoridad del país, y lo hacían en términos claros e inequívocos. Y el discurso se llevó a cabo, entre aplausos y pifias. ¿Por qué? Para entender estos eventos de manera adecuada pareciera necesario observar la forma en que los ciudadanos norteamericanos entienden y practican, todos ellos (el Presidente, el Rector, la organización católica de peticionarios, los estudiantes, y la sociedad en general), su derecho a la libre expresión.⁴

² John I. Jenkins no encontró razones para acceder a la petición de retiro de la invitación al presidente Obama, a quien llamó “an inspiring leader who is courageously grappling with the huge challenges confronting the country”. También lo llamó un “healer who has spoken eloquently and movingly about race in this nation”. Finalmente, argumentó que “the invitation to President Obama to be our commencement speaker should not be taken as condoning or endorsing his positions on specific issues regarding the protection of human life, including abortion and embryonic stem cell research, yet, we see his visit as a basis for further positive engagement”.

³ En su discurso, el presidente Obama no ocultó ni relativizó su posición frente al aborto, pero evitó ser confrontacional y situó el tema en el plano de los legítimos debates dentro de una sociedad libre y plural: “The question, then –the question then is how do we work through these conflicts? Is it possible for us to join hands in common effort? As citizens of a vibrant and varied democracy, how do we engage in vigorous debate? How does each of us remain firm in our principles, and fight for what we consider right, without, as Father John said, demonizing those with just as strongly held convictions on the other side? And of course, nowhere do these questions come up more powerfully than on the issue of abortion. As I considered the controversy surrounding my visit here, I was reminded of an encounter I had during my Senate campaign, one that I describe in a book I wrote called “The Audacity of Hope”. A few days after I won the Democratic nomination, I received an e-mail from a doctor who told me that while he voted for me in the Illinois primary, he had a serious concern that might prevent him from voting for me in the general election. He described himself as a Christian who was strongly pro-life- but that was not what was preventing him potentially from voting for me”.

⁴ Frente a un tema importante y de profundo desacuerdo en la sociedad estadounidense, el Presidente Obama habla como Presidente de todos los ciudadanos de ese país, haciéndose cargo del debate y buscando puntos de encuentro al tiempo de reconocer que existen amplios espacios de desacuerdo. Tal vez, el argumento más interesante se encuentra al final de este párrafo, al decir que todo esto es posible sin reducir la posición del otro a una caricatura: That’s when we begin to say, “Maybe we won’t agree on abortion, but we can still agree that this heart-wrenching decision for any woman is not made casually, it has both moral and spiritual dimensions. So let us work together to reduce the number of women seeking abortions, let’s reduce unintended pregnancies. Let’s make adoption more available. Let’s provide care and support for women who do carry their children to term. Let’s honor the conscience of those who disagree with abortion, and draft a sensible conscience clause, and make sure that all of our health care policies are grounded not only in sound science, but also in clear ethics, as well as respect for the equality of women”. Those are things we can do. Now, understand -unders

En este artículo buscamos presentar los elementos centrales de la institución de la libertad de expresión, tal vez la enmienda más importante de la Constitución de los Estados Unidos, o al menos aquella que más interés suscita entre sus ciudadanos y que ha generado parte de la jurisprudencia más iluminadora para Estados Unidos y para el mundo de lo que significa vivir en una sociedad libre.

2. La enmienda constitucional

Si bien inicialmente la Constitución de los Estados Unidos de América no contaba con un listado de los derechos y garantías fundamentales que los ciudadanos tendrían frente al Estado, durante el proceso de ratificación de dicho texto constitucional se demandó la inclusión de una Carta de Derechos, cuya incorporación se acordó se hiciera mediante un conjunto de diez enmiendas,⁵ la primera de las cuales establece:

“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 to peaceably assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

Ahora bien, en lo que respecta a las razones que se tuvieron en consideración para consagrar la referida garantía, es necesario tomar en cuenta que “la introducción de la imprenta por Gutenberg en el siglo quince marcó el inicio de una nueva era [en la que] por primera vez en la historia, reproducir la palabra impresa se volvió fácil y, como consecuencia, libros y periódicos pronto empezaron a florecer”.⁶

Lo anterior conllevó también que la autoridad se preocupara aun más por el tipo de información que se intercambiaba, particularmente cuando ésta atentaba contra sus intereses. Con el fin de mantener cierto grado de vigilancia respecto al contenido de la información, los gobiernos hicieron uso, por una parte, de un mecanismo de control *a priori*, que consistía en un sistema de licencias cuya obtención autorizaba la publicación de un determinado material;

tand, Class of 2009, I do not suggest that the debate surrounding abortion can or should go away. Because no matter how much we may want to fudge it -indeed, while we know that the views of most Americans on the subject are complex and even contradictory- the fact is that at some level, the views of the two camps are irreconcilable. Each side will continue to make its case to the public with passion and conviction. But surely we can do so without reducing those with differing views to caricature”.

⁵ Ver BURNHAM (2006) p. 3.

⁶ ZECCHINO (1999) p. 983.

y por otra parte, se hizo uso de medios de control *a posteriori* consistentes en la tipificación penal de figuras como el *sedition libel*, las cuales estaban dirigidas a sancionar “expresiones que pudiesen resultar ofensivas a la autoridad”⁷ (y de paso actuar preventivamente disuadiendo a los ciudadanos que tuviesen la intención de criticar a la misma).

Además de las razones históricas señaladas en el párrafo precedente, existen variadas teorías que pretenden explicar las razones por las cuales se justifica la protección de la libertad de expresión en el catálogo de garantías fundamentales. Una de estas teorías es aquella según la cual la libertad de expresión es necesaria para permitir el libre intercambio de opiniones en el mercado de las ideas.

Parte de esta teoría se explica de forma articulada en la opinión disidente de *Mr. Justice Holmes* en *Abrams v. United States*⁸⁻⁹, quien señala que “[con el tiempo los hombres] han llegado a creer, más que lo que creen en los cimientos de sus propias conductas, que el último bien deseado es mejor alcanzado por el libre intercambio de ideas, que la mejor prueba de verdad es el poder del pensamiento de ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es la única base sobre la cual sus deseos pueden ser realizados de forma segura. Lo anterior es la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como todo en la vida, y mientras ese experimento es parte de nuestro sistema, yo pienso que debemos estar eternamente vigilantes contra intentos de revisar la expresión de opiniones que odiamos y creemos están llenas de muerte, a menos que inminentemente amenacen interferir con los propósitos legales y urgentes del ordenamiento jurídico, de forma que una revisión inmediata se requiera para salvar al país”. De lo expresado, además de la idea de un mercado ficticio en el cual compiten las opiniones, se abriga la idea de que aquella opinión que prevalece en la contienda consiste en la verdad.

Este postulado ha sido muy criticado por cuanto, “el juicio humano [...] puede estar errado, al estar sujeto a emociones, prejuicios o intereses personales”,¹⁰ además de “mantenerse siempre incompleto y sujeto a mayor extensión, refina-

⁷ BOGEN (1983) p. 443.

⁸ 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, dissenting).

⁹ En este caso Jacob Abrams y otros fueron condenados por conspirar para violar la *Espionage Act* al publicar y distribuir una serie de panfletos ofensivos de la forma de gobierno de los Estados Unidos, que alentaban la resistencia a la participación de este país en la guerra contra Alemania, e incitaban boicots a la producción para afectar la prosecución de la guerra, entre otros. Al término de la opinión disidente transcrita, *Mr. Justice Holmes* señaló: “Lamento no poder poner en palabras más elocuentes mi creencia que en la condena de [Mr. Abrams *et al.*], ellos fueron privados de sus derechos bajo la Constitución de los Estados Unidos”.

¹⁰ EMERSON (1963) p. 881.

miento, rechazo o modificación”. Por otra parte, algunos plantean que asumir una analogía al mercado también implica aceptar que en los mercados reales la regulación permite que “productos de consumo peligroso sean prohibidos en el mercado real, [y que por tanto, no existiría razón para no prohibir] ideas peligrosas –como el odio racial y el genocidio– en el mercado de las ideas”.¹¹ En este orden de ideas, es interesante analizar como la jurisprudencia ha abordado el tema de las *fighting words*, expresiones “que por su naturaleza y odiosidad infligen daño o tienden a llevar a un rompimiento de la paz inmediato”.¹²

En *Chaplinsky v. New Hampshire*^{13 14}, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que “[h]ay ciertos casos de palabras [–como las *fighting words*–] cuyo castigo y prevención nunca ha presentado problemas constitucionales [...] [observándose] que estas palabras no son parte esencial de ninguna exposición de ideas, y de un valor social tan bajo como paso a la verdad que cualquier beneficio que de ellas se pueda derivar, es claramente menos importante que el interés social en el orden y la moral”. Sin embargo, lo anterior plantea la cuestión de si lo que se protege son las ideas en general o sólo las ideas con algún contenido “explícitamente político”.¹⁵

3. Teoría de la válvula de seguridad

Otra de las teorías que han sido recogidas por la doctrina es aquella que, a partir de los efectos que produce la libertad de expresión, justifica la misma al considerar que ésta actúa como una válvula de seguridad en la sociedad. Lo anterior importa que, al permitirse a las personas manifestar sus opiniones, de alguna forma se estará liberando la presión social.

Ello queda ilustrado en el caso de *Whitney v. California*,¹⁶ caso que si bien fue revocado por precedentes posteriores, señala en uno de sus votos concurrentes que “[e]l orden no puede ser asegurado mediante el miedo al castigo por su infracción; eso es peligroso, pues desalienta el pensamiento, la esperanza e imaginación; ese miedo engendra represión; esa represión engendra odio; ese odio amenaza un gobierno estable[.] [Por tanto] el camino a la seguridad reside en la oportunidad para discutir libremente supuestos agravios y propuestas

¹¹ BURNHAM (2006) p. 361.

¹² *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571 (1942).

¹³ Íd.

¹⁴ En el caso en cuestión, Walter Chaplinsky fue condenado por violar normativa del Estado de New Hampshire (que prohibía dirigir palabras ofensivas a otras personas que se encontrasen legalmente en espacios públicos) cuando profirió insultos de palabra en contra de un agente estatal.

¹⁵ BORK (1971) p. 20.

¹⁶ 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, concurring).

reparaciones; y que la reparación que mejor sienta para malos consejos son buenos [consejos]”.

Reafirmando las ventajas de esta teoría, Emerson señala que, “[e]n primer lugar, la supresión de la discusión hace imposible el juicio racional. En efecto sustituye la fuerza por la lógica. Más aún, [...] la supresión promueve la inflexibilidad y el absurdo, previniendo a la sociedad de ajustarse a las circunstancias cambiantes o de desarrollar nuevas ideas. [...] [La] supresión de la expresión esconde los verdaderos problemas que enfrenta la sociedad y desvía la atención pública de los asuntos críticos. [En pocas palabras] la supresión de la oposición puede bien significar que cuando el cambio sea finalmente introducido en la comunidad, vendrá en una forma más violenta y radical”.¹⁷ A pesar de lo señalado, lo anterior lleva a preguntarse cómo actúa esta teoría en aquellos casos en los cuales un grupo, al manifestar su opinión, aboga públicamente por la ejecución de una acción contraria al ordenamiento jurídico.

A este respecto, la Corte Suprema en *Brandenburg v. Ohio*¹⁸⁻¹⁹, señaló que “[l]a línea entre lo que es permitido y no sujeto a control, y lo que no es permitido y sujeto a regulación, es la línea entre ideas y abiertamente actos. Un ejemplo usualmente dado por quienes castigarían la expresión es el caso de quien falsamente grita incendio en un teatro lleno de gente. [...] Aparte de casos únicos como éste, la expresión es, yo pienso, inmune de ser criminalmente perseguida”.²⁰ Por tanto, se concluye por gran parte de la doctrina que la sociedad retiene su interés en mantener el orden público, pudiendo intervenir a través de la autoridad sólo cuando el acto de abogar por una acción ilegal sea dirigido a incitar o producir una acción ilegal inminente y sea probable que incite o produzca dicha acción. Sin perjuicio de lo señalado, esta teoría genera polémicas cuando en el uso de la libertad de expresión se manifiestan o cultivan ideas y opiniones que se enmarcan en algún estándar de discriminación, particularmente cuando aquellas no logran ser calificadas como *fighting words*.

¹⁷ EMERSON (1963) p. 884.

¹⁸ 395 U.S. 444, 457 (1967) (Black, concurring)

¹⁹ En *Brandenburg* se revocó la sentencia que condenaba a un miembro del Ku-Klux-Klan que, ante un pequeño grupo de simpatizantes, manifestaba la posibilidad de tomar venganza en contra del Presidente y el Congreso, entre otros, por la implementación de políticas a las cuales dicho grupo se oponía.

²⁰ *Mr. Justice Black* va más allá de la doctrina más aceptada al señalar: “No veo lugar en el régimen de la Primera Enmienda, para ningún test de [‘peligro inminente’], sea estricto y ajustado [...] o [abierto]. Cuando uno lee de cerca las opiniones y ve cuándo y cómo el test de [‘peligro inminente’] ha sido aplicado, grandes dudas se levantan”. De los casos citados, ver respecto a este último punto *Abrams v. United States* y *Whitney v. California*.

4. Teoría de la satisfacción personal

En tercer lugar se cita la teoría de la satisfacción personal. Ella “deriva de la premisa ampliamente aceptada en el pensamiento occidental que el fin propio del hombre es la realización de su carácter y potencialidades como ser humano”.²¹ Agrega Emerson que “cada hombre en el desarrollo de su propia personalidad tiene el derecho de formar sus propias creencias y opiniones [así como también tiene] el derecho de expresarlas [...]. Por lo tanto, la supresión de creencias, opiniones y expresiones es una afrenta a la dignidad del hombre, una negación de [su] naturaleza esencial”.

La teoría expuesta en el párrafo precedente se encuentra en directa relación con la cuarta justificación que se da para consagrar la libertad de expresión en la parte dogmática de la Constitución de los Estados Unidos y dice relación con la mantención de un proceso democrático. En este orden de ideas, tanto en un concepto formal de democracia²² como en uno material, la libertad de expresión tiene un lugar privilegiado. En este sentido, “es a través del proceso político que la mayoría de las decisiones inmediatas sobre la sobrevivencia, el bienestar y el progreso de una sociedad son hechas.

Es aquí donde el Estado tiene un incentivo especial para suprimir la oposición, [pasando a ser la libertad de expresión] una condición necesaria para asegurar la libertad en otras áreas”.²³ Ahora bien, al referirnos a la teoría del mercado de las ideas señalamos la crítica planteada de que, al parecer, lo único protegido eran los contenidos explícitamente políticos, pues bien, en este contexto, podemos decir que la teoría del proceso democrático va más allá de la arena política en un sentido restringido, abriga también “el derecho a participar en la construcción de toda la cultura, e incluye la libertad de expresión en la religión, literatura, arte, ciencia y todas las áreas del aprendizaje y conocimiento humanos”²⁴ acercándose en este punto al concepto material de democracia.

Un ejemplo claro de la aplicación de esta doctrina se encuentra en la decisión de la Corte Suprema en el caso *Hustler Magazine v. Falwell*,²⁵ caso en el cual

²¹ EMERSON (1963) p. 879

²² Ver BOBBIO (1996) p. 26. En este sentido, el autor italiano, al abrazar un concepto de democracia, señala que es “indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Con el objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc”.

²³ EMERSON (1963) p. 883

²⁴ Íd.

²⁵ 485 U.S. 46, 52 (1988)

una figura pública demandó a una revista por calumnias y por infligirle intencionalmente un daño emocional. En el caso citado la Corte falló a favor de la revista señalando que “las falsas declaraciones de hecho son particularmente sin valor; ellas interfieren con la función de buscar la verdad del mercado de las ideas, y ellas causan daño a la reputación de un individuo [...]. Pero, a pesar de [lo anterior], ellas son inevitables en el debate libre y una regla que impusiere una responsabilidad estricta en los editores por declaraciones de hechos falsos tendría sin duda un efecto “congelador” en las expresiones relacionadas con figuras públicas”.²⁶

5. Principio de la neutralidad

A la luz de las teorías antes expuestas, no se hace difícil entender por qué los principios regulatorios que rigen la actuación del Estado en materia de libertad de expresión son la neutralidad de contenido y punto de vista.²⁷ Lo anterior implica que el Estado, con el fin de regular, debe demostrar la existencia de un *compelling governmental interest*. A partir de lo señalado, es que en relación a los casos en que se establecen mecanismos de control *a priori* o *a posteriori*, como los señalados al inicio del presente artículo, la carga o nivel de escrutinio que se exige al Estado y aplicado a aquellas normas que pretenden regular la expresión, sea la más alta. En este orden de ideas, y con respecto a los mecanismos de control *a priori* (que usualmente adoptan la forma de medidas prejudiciales), la Corte Suprema ha mantenido el criterio de que generalmente este tipo de medidas suelen ser inconstitucionales.

Ejemplo de lo anterior se encuentra en *New York Times Co. v. United States*,²⁸ caso en el cual la Corte, enfrentada a un caso en el cual la Administración de turno requería la aplicación de una medida prejudicial que prohibiera la publicación de un artículo que contenía información secreta filtrada a la prensa, señaló que “lejos de merecer condena por su valiente reportaje, el *New York Times*, el *Washington Post* y otros periódicos deberían ser condecorados por servir el propósito que los fundadores de la patria vieron tan claramente. Al revelar los trabajos del gobierno que llevaron a la guerra de Vietnam, los periódicos noblemente hicieron precisamente aquello que los fundadores de la patria esperaban y confiaban ellos harían”.

²⁶ Ver también a este respecto *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)

²⁷ Ver BURNHAM (2006) p. 362

²⁸ 403 U.S. 713, 717 (1971)

De forma similar, y en relación a medidas de control posterior relativas al *seditionous speech*, la Corte Suprema en *New York Times v. Sullivan*,²⁹ haciendo referencia a la *Sedition Act* de 1798 (que tipificó como crimen la crítica a los Oficiales del Gobierno Federal), señaló que “dicha Acta terminó en la ignominia y por sentido común ha sido tratada generalmente como haber sido completamente injustificada y una lamentable violación de la primera enmienda”.

Finalmente, los casos que mejor ilustran la neutralidad que debe mantener el Estado frente al contenido y al punto de vista expresado, son los casos de quema o ultraje de banderas o símbolos patrios.³⁰⁻³¹ Uno de los fallos más elocuentes de la Corte Suprema sobre este tema se dio en *Texas v. Johnson*,³²⁻³³⁻³⁴ caso en el cual reafirmó el fallo de un tribunal estatal de alzada que dejó en libertad a un joven que participando de una protesta procedió a quemar una bandera de los Estados Unidos, hecho que se encontraba sancionado según el ordenamiento del Estado de Texas.

En su decisión, la Corte señaló que “[e]stamos tentados a decir, de hecho, que el lugar preferente que merecidamente tiene la bandera en nuestra comunidad, será fortalecido, no debilitado, por nuestro fallo de hoy. Nuestra decisión es la reafirmación de los principios de libertad e inclusión que la bandera mejor refleja, y de la convicción que nuestra tolerancia a la crítica como la de Johnson es signo y fuente de nuestra fortaleza. De hecho, una de las imágenes más orgullosas de nuestra bandera es aquella inmortalizada en nuestro himno nacional, aquella del bombardeo que sobrevivió en el Fuerte McHenry. Es la resiliencia de la Nación, no su rigidez, lo que Texas ve reflejado en la bandera, y es esa resiliencia lo que aseguramos hoy. La forma de preservar el rol especial de la bandera no es castigando a quienes sienten diferente sobre estos asuntos. Es persuadirlos de que están equivocados. Que con hombres valientes, seguros, con confianza en el poder del razonamiento libre y sin temor, aplicado a través de procesos de gobierno popular, ningún peligro fluirá de la palabra que pueda

²⁹ 376 U.S. 254 (1964)

³⁰ Ver Ley 12.927, Sobre Seguridad del Estado, artículo 6° b).

³¹ Las libertades de expresión no sólo comprenden las formas verbales o escritas, sino también las simbólicas. Según Burnham, en *O'Brien* la Corte Suprema “desarrolló un test para juzgar aquellas actividades que envuelven ambas, expresiones simbólicas protegidas y elementos no expresivos que no son protegidos. La regulación de los elementos no comunicativos de una conducta serán válidos (1) Si conllevan un interés gubernamental importante o sustancial y ese interés no está relacionado con la supresión de la libre expresión” y (2) si la restricción incidental en actividades en que la protección de la Primera Enmienda se reclama no es más que lo esencial para la consecución de ese interés”.

³² 491 U.S. 397, 419 (1989)

³³ Otro caso similar en este sentido es *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), caso referido al *compelled speech*.

³⁴ Ver en contraposición a *Texas v. Johnson*, el caso de *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

ser juzgado como claro y presente, a menos que la incidencia del mal sea tan inminente que pueda suceder antes de que haya posibilidad de discutirlo”.

6. Algunas reflexiones finales

La libertad de expresión se encuentra en el núcleo de la concepción política, jurídica y jurisdiccional norteamericana. Existe una larga historia que se remonta a los fundadores de la nueva república y que ha sido desarrollada, adaptada y aplicada a una gran cantidad de situaciones y circunstancias desde entonces hasta nuestros días. Si bien es cierto, la institución que más adecuadamente expresa esta institución es la Corte Suprema Federal, la libertad de expresión como derecho vivo y aplicable es parte significativa de las otras dos ramas del aparato público, el Poder Ejecutivo y el Congreso. Adicionalmente, también debe señalarse que la libertad de expresión es comprendida, aceptada, ejercida y defendida con fuerza, convicción y pasión por los ciudadanos, tanto en forma individual como a través de organizaciones de la sociedad civil. Una organización de la sociedad civil norteamericana que se ha destacado por su promoción y defensa de la libertad, y dentro de ella la libertad de expresión, es la Asociación de Libertades Civiles de Norteamérica, ACLU, la que ha realizado significativas acciones legales en aplicación de esta libertad.³⁵

Cabe, como especulación final, intentar observar esta institución desde la mirada chilena. Una primera reflexión que puede hacer un analista chileno frente a la teoría y práctica del derecho de libertad de expresión en Estados Unidos

³⁵ La ACLU entrega las siguientes razones para la legitimación de la libertad de expresión a nivel constitucional en el derecho norteamericano: “I. Es la fundación de la autorrealización. El derecho de expresar nuestros pensamientos y de comunicar libremente con otros afirma la dignidad y da valor a cada uno de los miembros de la sociedad, permitiendo a cada individuo realizarse a su pleno potencial humano. Por tanto, la libertad de expresión es un fin en sí y como tal merece la más grande protección de la sociedad. II. Es vital al alcance y el avance del conocimiento y de la búsqueda de la verdad. El eminente escritor del siglo 19 y libertario civil, John Stuart Mill, sostenía que el juicio iluminado solo es posible si se consideran todos los hechos e ideas de cualquier fuente, para probar las conclusiones propias contra posiciones opuestas. Por tanto, todo punto de vista, aun los que son “malos” o socialmente dañinos deben estar representados en “el mercado de ideas” de la sociedad. III. Es necesario para nuestro sistema de autogobierno y le da al pueblo americano una “función de chequeo” contra los excesos y la corrupción administrativa. Si quienes conforman el pueblo americano han de ser maestros de su destino y de su gobierno elegido, deben estar bien informados y tener acceso a toda la información, todas las ideas y puntos de vista. La ignorancia masiva es el terreno donde crecen la opresión y la tiranía”.

es observar la importancia y centralidad que tiene la institución en el derecho norteamericano, y más allá del derecho, en la política y en la forma de comprender la vida en sociedad que tienen los ciudadanos de ese país. La libertad en general y la libertad de expresión como manifestación privilegiada de aquella. Así, es difícil comprender adecuadamente el sistema jurídico norteamericano sin integrar este derecho, esta institución y esta aspiración de la sociedad norteamericana. Allí se entiende que la celosa protección de esa libertad es una garantía para todos que el día de mañana no aparecerá un gobierno que por razones políticas, religiosas, morales, o de otra índole, promueva un discurso intolerante que pueda hacer peligrar la diversidad y riqueza multicultural de esa nación.³⁶ Y eso es precisamente lo que la ha hecho grande en la historia y que asegura que grupos diversos compartan un proyecto general, con creatividad y seguridad.

En nuestro país, la situación es distinta desde diversos puntos de vista. No tenemos el mismo entorno histórico cultural, ni la experiencia de la diversidad y multiculturalidad de los norteamericanos. Por el contrario, nuestra historia parece asentarse en una cierta homogeneidad cultural en la que no se perciben como peculiares las hegemonías que conforman y explican nuestro ser nacional. El registro jurídico reciente así lo afirma y reafirma en forma consistente. Desde "Impunidad Diplomática" a "El Libro Negro de la Justicia en Chile", pasando por la película "La Última Tentación de Cristo", a menudo aparece un valor jurídicamente protegido que se considera más relevante que la libertad de expresión, sea el derecho a la intimidad, el respeto a instituciones y

³⁶ Como señala la Unión Americana de Libertades Civiles, el sistema tiene limitaciones y restricciones. No se trata de una libertad absoluta que no admita matices y ponderaciones. En efecto, "En *Chaplin v. New Hampshire* (1942), la Corte sostuvo que las denominadas "palabras de pelea... que por el hecho de ser pronunciadas infligen lesión o tienden a incitar un rompimiento de la paz inmediato", no están amparadas. Esta decisión se basó en el hecho que las palabras de pelea son de "leve valor social como un paso a la verdad". En *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) la Corte sostuvo que falsedades difamatorias acerca de funcionarios públicos eran castigables solo si el funcionario ofendido podía probar que las falsedades fueron "en efecto" publicadas con "malicia," p.e.: "conocimiento de que la declaración era falsa o temerariamente sin miramiento a si era falsa o no". Otros tipos de "declaraciones difamatorias" son también castigables. El material legalmente "obsceno" ha sido excluido históricamente del amparo de la Primera Enmienda. Desafortunadamente, la relativamente angosta excepción de obscenidad descrita abajo ha sido abusada por autoridades de gobierno y por grupos de presión privados. La expresión sexual en arte y entretención es y lo ha sido históricamente el blanco más frecuente de las cruzadas de censura, desde el clásico de James Joyce *Ulises* hasta las fotografías de Robert Mapplethorpe. En la decisión de 1973 de *Miller v. California*, la Corte estableció tres condiciones que deben estar presentes si se ha de estimar que una obra es "legalmente obscena". Deberá 1) atraer el interés lascivo (vergonzoso, mórbido) de sexo de una persona promedio; 2) ilustrar la conducta sexual de una "manera obviamente ofensiva" según lo definen los estándares de la comunidad; 3) tomado en su conjunto, estar falta de valor literario, artístico, político o científico serio. Los intentos de aplicar "la prueba Miller" han demostrado lo imposible que es formular una definición precisa de obscenidad. El Juez de la Corte Porter Stewart una vez dijo la famosa frase sobre el tema: "Lo conozco cuando lo veo". Pero el hecho es que la excepción de obscenidad a la Primera Enmienda es altamente subjetiva y en la práctica convida al abuso de gobierno".

sentimientos religiosos, tipos penales de injurias y calumnias, ideas sobre la decencia y las buenas costumbres, etc. Nuestros tribunales tienden a sentir mayor inclinación a defender y proteger estos conceptos, ideas, y concepciones de la vida en sociedad que la libertad de expresión como fundamento de una sociedad libre.

De aquí surgen numerosas preguntas que podrían ser objeto de futuras reflexiones en estas páginas, como por ejemplo, ¿cuánta protección debiera dar el sistema jurisdiccional a la libertad de prensa?³⁷ Y antes que eso, ¿hay razones para proteger la libertad de prensa?³⁸ ¿Es aceptable (conveniente) que la prensa goce de amplias libertades? ¿Puede burlarse de una persona? ¿Decir cosas que resultan falsas en definitiva? ¿Poner a disposición del público información obtenida a través de métodos ilícitos?³⁹

Y otra pregunta. ¿Hasta qué punto una persona pública puede oponerse a que se expongan aspectos de su vida en la prensa? Por ejemplo, un político que aspira a ocupar un cargo de elección popular ¿debiera tener la protección del sistema jurisdiccional para que los ciudadanos no se enteren de aspectos de su vida que pueden tener relación directa con su probidad o con otros aspectos de su vida y actuaciones?⁴⁰ Y un artista de televisión que ha construido su fama parcialmente a través de compartir con la prensa su vida privada, ¿puede aspirar a la protección de los tribunales si un medio de prensa publica fotos

³⁷ *Near vs. Minnesota*. El Tribunal Supremo amplió la protección a la prensa del alcance de las leyes estatales así como las federales. Hasta ese momento la prensa solo estaba protegida del alcance del gobierno federal. Esta decisión trascendental también proscribió la mayor parte de las restricciones previas, 1931. *Gorsjean vs. American Press Co.* El Tribunal Supremo dictaminó que los gobiernos no pueden imponer impuestos a la tirada de un periódico. Los impuestos discriminatorios son un método que aún usan muchos gobiernos del mundo para apuntar injustamente y presionar a la prensa, 1936.

³⁸ *New York Times vs. United States*. El Tribunal Supremo decidió que la libertad de la prensa contra las "restricciones previas" es casi absoluta. El periódico fue autorizado a publicar "Los documentos del Pentágono", sobre la guerra del Vietnam, a pesar de que el gobierno sostuvo que ello perjudicaría la seguridad nacional. El tribunal determinó que el gobierno no había demostrado que la publicación causaría "daño directo, inmediato e irreparable al interés nacional". 1971.

³⁹ *Hustler Magazine vs. Falwell*. El Tribunal Supremo decidió que la prensa tiene el derecho de burlarse de los personajes públicos, aun cuando esas burlas sean "ultrajantes" e incluso si causan angustia emocional, 1988. *Bartnicki vs. Vopper*. El Tribunal Supremo determinó que en lo que respecta a cuestiones de interés público, la Primera Enmienda protege a los medios de comunicación aun cuando hayan difundido conversaciones por teléfono celular interceptadas ilegalmente por otra persona, 2001. *New York Times vs. Sullivan*. El Tribunal Supremo dictaminó que un funcionario público no puede cobrar daños y perjuicios en base a la publicación de una falsedad difamatoria relacionada con su cargo, a no ser que demuestre que la declaración fue hecha con "dolo deliberado". Más tarde se amplió a todas las figuras públicas, 1964.

⁴⁰ *Miami Herald vs. Tornillo*. El Tribunal Supremo determinó que un candidato que se postula a un cargo no tiene derecho a igualdad de espacio en el que responder a ataques de la prensa en contra suyo. Sin embargo, el tribunal corte no ha ampliado esta protección a los medios de radiodifusión. Los radiodifusores deben otorgar el derecho a la contestación bajo ciertas circunstancias. 1974.

sin su consentimiento? ¿Las personas públicas tienen el mismo derecho a la intimidad que las que no lo son?

Y otra pregunta que puede surgir para posterior debate tiene que ver con los parámetros, valores y reglas que debieran usar los jueces para determinar la ofensa a sentimientos religiosos ¿Son los de una religión? ¿Los de todas? ¿Los de cualquiera?

Como decía un juez norteamericano, si la libertad de expresión fue agregada a la Constitución para que protegiera ideas razonables, gratas, consensuales y apropiadas, la verdad es que no se entiende cuál sería la razón de darle tanta importancia. Esas ideas se protegen solas por la sociedad que las produce y acoge. Para que la libertad de expresión tenga sentido como garantía de protección constitucional, ésta debe dirigirse a proteger precisamente aquellas ideas que nos parecen desagradables, desproporcionadas, ofensivas, obscenas e inaceptables. Aquí sí que tiene sentido que exista una garantía constitucional. En el contexto norteamericano, esta idea se encuentra bastante aceptada. La pregunta relevante es ¿cómo se entendería y acogería esta proposición en nuestro ordenamiento jurídico? La respuesta que demos a esta pregunta iluminará de alguna forma el tipo de derecho que tenemos y la clase de sociedad en la que queremos vivir.

7. Referencias

Textos doctrinarios

1. BERMAN, Harold. (1983). *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente* (Título original: *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*). Fondo de Cultura Económica. México.
2. BOBBIO, Norberto (1996): *El Futuro de la Democracia* (2ª ed., Fondo de Cultura Económica).
3. BOGEN, David S. (1983): "The Origins of Freedom of Speech and Press", en *Maryland Law Review*, Spring, 1983: pp. 429-464.
4. BURNHAM, William (2006): *Introduction to the Law and Legal System of the United States* (4th ed., Thomson West).
5. CAMPUSANO Droguett, Raul F., y Pablo Romero: "Nuestras Raíces en el Derecho Civil y nuestro Futuro en el Derecho Común". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año VIII, volumen 18, julio 2008.
6. EMERSON, Thomas I. (1963): "Toward a General Theory of the First Amendment", en *Yale Law Journal*, April, 1963: pp. 877-956.
7. FARBER, Daniel A. (1998). *The First Amendment*. The Foundation Press. New York.
8. MONK, Linda R. (2003) *The Words we live by: Your annotated guide to the Constitution*. A Stonesong Press book. New York.
9. PITTS, David (2005). "Primera Enmienda recalca libertad de prensa en Estados Unidos". Sitio web del gobierno de los Estados Unidos. www.america.gov
10. UROFSKY, Melvin L. (Ed.). *Basic Readings in U. S. Democracy*.
11. VILE, M. J. C. *Politics in the USA*. Hutchinson, Suffolk, 1987. US Information Agency, Washington DC, 1994.
12. Unión Americana de Libertades Civiles, ACLU. Libertad de Expresión, Boletín Informativo. Sitio web de la ACLU: www.aclufl.org
13. ZECCHINO, Richard J. (1999): "Could the Framers ever have imagined? A discussion on the First Amendment and the Internet", en *Law Review of Michigan State University Detroit College of Law*, Winter, 1999: pp. 981-1018.

Jurisprudencia

1. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).
2. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
3. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).
4. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1967).
5. *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).
6. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
7. *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).
8. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).
9. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
10. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).