



Universidad
de Alcalá

Derecho Constitucional Comparado: la Libertad de Expresión en España y EE.UU.

Constitutional Comparative Law: Freedom of Speech in Spain and the U.S.

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autora: D^ª GABRIELA BARRIUSO CLARK

Tutora: Dra. D^ª YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS

Alcalá de Henares, a 6 de febrero de 2017

Resumen: El presente trabajo tiene como propósito realizar un análisis comparativo entre la Libertad de Expresión recogida por la legislación española y estadounidense, teniendo en cuenta que estos Estados cuentan con dos sistemas legales diferenciados, como son el europeo continental y el anglosajón. Con este propósito, se contrastarán las leyes destacadas sobre la materia, así como la jurisprudencia emitida por los más altos tribunales de ambos Estados.

Palabras clave: Constitución, Derechos Fundamentales, Libertad de Expresión, Derecho Comparado, Derecho Continental, Derecho Anglosajón.

Abstract: The present document's aim is to perform a comparative analysis concerning the freedom of speech included in both the Spanish and the United States Constitutions, while considering that those countries are part of two differentiated legal systems, such as the continental European and the Anglo-Saxon. For this purpose, we will review this subject's relevant laws, as well as the case laws issued by the Supreme Courts of each country.

Key words: Constitution, Fundamental Rights, Freedom of Speech, Comparative Law, Civil Law, Common Law.

Índice

1. Introducción
2. El Derecho Constitucional Comparado como método de investigación
3. La Libertad de Expresión
4. La Libertad de Expresión en España
 - 4.1. Reconocimiento de la Libertad de Expresión en el ordenamiento jurídico español
 - 4.2. La Libertad de Expresión en la Constitución (art. 20.1)
 - 4.3. Límites a la Libertad de Expresión en el ordenamiento jurídico español
 - 4.3.1. Otros Derechos Fundamentales reconocidos constitucionalmente
 - 4.3.2. La ley
 - 4.4. La Libertad de Expresión según el Tribunal Constitucional
5. La Libertad de Expresión en EE.UU.
 - 5.1. Reconocimiento de la Libertad de Expresión en el ordenamiento jurídico estadounidense
 - 5.2. La Libertad de Expresión en la Constitución. La Primera Enmienda
 - 5.3. Límites a la Libertad de Expresión en el ordenamiento jurídico estadounidense
 - 5.3.1. Apología de comportamientos ilegales
 - 5.3.2. Difamación
 - 5.3.3. “Fighting words” o palabras que inducen a la violencia
 - 5.3.4. Declaraciones falsas
 - 5.3.5. Obscenidad
 - 5.3.6. Afirmaciones engañosas o falsas
 - 5.4. La Libertad de Expresión según el Tribunal Supremo
 - 5.4.1. Leyes que restringen el contenido del discurso: el “test del escrutinio estricto”
 - 5.4.2. Leyes que restringen el tiempo, lugar y forma del discurso sin afectar al contenido: el “test de nivel medio”
6. Análisis comparado
 - 6.1. El papel otorgado a la Libertad de Expresión en el sistema democrático
 - 6.2. Los límites a la Libertad de Expresión
 - 6.2.1. Como derecho preferente
 - 6.2.2. Otras modalidades de ejercicio
7. Conclusiones

1. Introducción

El presente trabajo, como su título, Derecho Constitucional Comparado: la Libertad de Expresión en España y EE.UU., bien indica, se centra en el estudio del Derecho Constitucional español y estadounidense, y más en concreto, de la Libertad de Expresión como Derecho Fundamental básico.

El objetivo principal del documento es examinar un Derecho Fundamental de primera generación, considerado imprescindible en la sociedad contemporánea y consolidado en los principales sistemas jurídicos del mundo.

Pero, precisamente por su larga trayectoria constitucional, no son pocos los interrogantes y conflictos que se han planteado en torno a él. ¿Cómo podemos definir la Libertad de Expresión?, ¿Cuál es su contenido? o ¿Existen límites a su ejercicio? son algunas de las preguntas que históricamente han tenido que responder gobiernos, legisladores y jueces, llegando incluso a ser materia de discusión por parte de los profanos en la materia.

En nuestro caso, la cuestión que nos hemos querido plantear es: ¿Son las respuestas a todas las anteriores preguntas invariables, según quién responda? Y es que el derecho, sobre todo en materia constitucional, tiene un fuerte cariz social y político. Ello implica que, a la hora de crear una Constitución, sean los valores y la tradición del Estado en cuestión los que guiarán el proceso de construcción democrática.

Y para responder a esta pregunta, hemos decidido recurrir al método comparativo: partir del estudio de dos legislaciones suficientemente semejantes en cuanto a valores y garantías constitucionales, pero al mismo tiempo dispares en cuanto a procedimientos y desarrollo legislativo. De esta forma, hemos escogido los sistemas jurídicos español y estadounidense, ambos parte integrante de la rama occidental del derecho, pero pertenecientes a distintos sistemas en cuanto a la jerarquía de fuentes del derecho.

Al realizar la comparación, nuestra primera labor será examinar una serie de aspectos básicos de la Libertad de Expresión en cada legislación. Una vez determinadas las perspectivas históricas que explican el modo de ver la Libertad de Expresión en el Estado determinado, procederemos a examinar el tenor literal del derecho según viene expresado en la Constitución. Posteriormente, determinaremos los límites impuestos a esta libertad, para terminar con un análisis del papel desempeñado por el máximo tribunal estatal a la hora de matizar e interpretar este derecho.

Finalmente, trataremos de localizar las principales divergencias y puntos de encuentro en el tratamiento a la Libertad de Expresión, constituyendo nuestras conclusiones. Para ello, analizaremos la tradición constitucional y características de la Libertad de Expresión en ambos sistemas legislativos, haciendo hincapié en sus notas características.

A lo largo de este trabajo descubriremos como la Libertad de Expresión, *a prima facie*, un derecho con una definición reconocida por todos y que se extiende a lo largo de los diferentes sistemas legislativos del mundo, puede variar notoriamente en su configuración e interpretación. Son precisamente estas diferencias las que motivan las siguientes páginas: observando las trayectorias que toma un mismo derecho, en un mismo período histórico, aunque en diferentes contextos culturales, podemos llegar a aventurar el futuro desarrollo del mismo y, en concreto, si será posible alcanzar una homogeneidad absoluta que asegure un estándar mínimo de libre expresión para un individuo, sin importar el lugar en que se encuentre ejercitándola.

2. El Derecho Constitucional Comparado como método de investigación

El Derecho Comparado se define como “una técnica para estudiar el Derecho, caracterizada por contrastar instituciones o figuras jurídicas de distintos ordenamientos con el fin de profundizar en el conocimiento del ordenamiento propio”¹. Para ello, se emplea la legislación vigente de varios Estados objeto del estudio.

Para realizar esta labor de contraste, normalmente se opta por escoger un agente concreto y común de ambos ordenamientos jurídicos, que además ha de ser similar sin ser idéntico. Una vez identificado el objeto de estudio, se habrá de realizar una investigación preliminar del contexto jurídico y político de los distintos Estados a examinar, con el fin de poder llegar a conclusiones adecuadas acerca de las diferencias observadas a la hora de modelar e interpretar una figura jurídica común².

¹ Definición proporcionada por la página web “Enciclopedia-jurídica”: *Derecho Comparado* [en línea]. [Citado el 8/12/2016], <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-comparado/derecho-comparado.htm>

² *Vid.* SALVADOR MARTÍNEZ, María. “Derecho Constitucional Comparado en el Contexto de la Integración Supranacional y la Globalización”. *Teoría y Realidad Constitucional*. 2008. Nº 21, p. 375-395.

Las funciones principales del Derecho Comparado son su uso para la creación legislativa, incluyendo los textos constitucionales; la uniformización del material normativo o elaboración de normativa internacional³.

El estudio del derecho extranjero, parte necesaria para el desarrollo del Derecho Comparado, ha supuesto, históricamente, una fuente de inspiración y referencia para aquellos Estados que han requerido de una transformación política o legislativa. Es conocido, por ejemplo, como la Constitución Española de 1978 ha acogido entre sus preceptos diversas instituciones previamente adoptadas en otras Cartas Magnas como la Constitución Italiana de 1947 o la Ley Fundamental Alemana de 1949. Asimismo, los Padres Fundadores de la Constitución Estadounidense declararon haberse inspirado en diversos textos legislativos europeos, en su gran mayoría procedentes del *Common Law*, como la obra “*Commentaries on the Laws of England*”, escrita por el célebre jurista, juez y político inglés William Blackstone o los ensayos políticos escritos por filósofos como Locke o Hobbes; sin olvidar la aportación de Europa continental, con autores como Montesquieu, que desarrolla la teoría de la separación de poderes⁴.

Esta tendencia de los órganos legislativos a acudir a la normativa extranjera se da con especial trascendencia en el ámbito del Derecho Constitucional, que recoge aspectos tan importantes como las bases de la organización política, social y económica del Estado, o la proclamación de una serie de derechos básicos para los ciudadanos. Es el contenido de estas normas, de hecho, el que justifica una tendencia a la homogeneización, que se puede observar no sólo por esta incorporación de preceptos extraídos de la experiencia legislativa de otros Estados, sino también en la amplia influencia de los múltiples Tratados y Acuerdos Internacionales existentes sobre la materia.

Es, pues, esta tendencia a la homogeneización en materia constitucional, y especialmente, en Derechos Fundamentales, la que hace necesario plantearse por qué si bien la totalidad de Estados democráticos occidentales reconoce una serie de derechos que vienen siendo proclamados desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en el siglo XVIII, la aplicación práctica de los mismos difiere significativamente en función del territorio en que nos encontremos.

³ Vid. LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Fco. y PEGORARO, Lucio (Directores). *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. 1ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, 671 p., ISBN: 978-84-8442-186-3. pp. 35-37.

⁴ En relación con lo anterior, son de interés las obras: BLACKSTONE, William (Autor) y DRAPER LEWIS, WILLIAM (Editor). *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. Edición Final. Filadelfia: Geo. T. Bissel Company, 1922, ISBN: 978-15-8477-763-2.
BARON DE MONTESQUIEU, Charles. *The Spirit of Laws*. 1ª Edición, Novena Reimpresión. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, ISBN: 0-521-36183-4.

Con este objeto hemos escogido realizar el estudio comparativo de un derecho básico de primera generación y larga trayectoria constitucional como es la Libertad de Expresión, dedicándonos a examinarlo en dos legislaciones diferenciadas: la legislación española y estadounidense.

El motivo de la elección de estos Estados parte de dos razones primordiales: en primer lugar, las diferencias entre el Derecho Continental europeo, o *Civil Law* y el Derecho Anglosajón, o *Common Law*, que presentan teorías divergentes en cuanto a la codificación del derecho y especialmente, respecto a la fuerza de las decisiones del poder judicial. En segundo lugar, el contraste entre la producción legislativa de una democracia “joven” como es la española, que cuenta con una Constitución actual pero inflexible a la hora de la modificación, y uno de los sistemas democráticos más antiguos del mundo, como es el estadounidense, con una Constitución que se remonta al año 1787, pero que cuenta con una flexibilidad característica mediante el sistema de Enmiendas e interpretación jurisprudencial.

Doscientos años separan la creación de las Constituciones en cuestión, y evidentemente, su contenido se encontrará notablemente diferenciado por ese motivo. A lo largo de las siguientes páginas podremos observar cómo afectan a la hora de configurar la Libertad de Expresión aspectos como la redacción constitucional, el contexto histórico, social y político de ambos Estados, y por supuesto, la relevante acción judicial de sus más altos tribunales.

3. La Libertad de Expresión

Los orígenes de la Libertad de Expresión se remontan al comienzo de la representación popular en las monarquías autoritarias en países como Inglaterra. La “Magna Carta” de 1215, suscrita por el Rey Juan I de Inglaterra, concede por primera vez representatividad a los nobles de la sociedad inglesa, aunque exclusivamente en materia impositiva. Con el paso de los siglos, se amplían tanto el espectro de la representación, incluyendo no sólo a miembros de la nobleza, sino también de la burguesía, como los ámbitos en los cuales estos representantes tienen poder de actuación.

De esta forma, el esquema legislativo se transforma desde un sistema en el cual los representantes solicitaban al Rey la resolución de un problema hacia la creación por parte de estos de leyes cuyo contenido no podía ser modificado por la Corona, y que únicamente requerían del consentimiento del regente. Estos cambios, junto con el aumento de responsabilidad de los representantes, propiciaron el debate y el discurso político.

Progresivamente, el debate incluye no sólo la discusión acerca de medidas a adoptar por la Cámara, sino también actitudes críticas acerca de aquellas iniciativas provenientes de la Corona.

Con la evolución del sistema, los representantes comienzan a reclamar la existencia de una norma que garantizase la Libre Expresión en el Parlamento. Mientras tanto, esta libertad, que ha sido concedida como privilegio real hacia los representantes, se emplea como método de castigo de aquellos sujetos privados que intentan interferir o criticar la actividad parlamentaria.

A mediados del siglo XVII, convulso en cuanto a las acciones reales en contra de la representación popular, la petición del reconocimiento de la Libertad de Expresión de los parlamentarios se convierte en un clamor, incluyendo la creación de una jurisdicción exclusiva para castigar el abuso del mismo. Finalmente, estos derechos se cristalizan tras la Revolución de 1689, por la cual son coronados Guillermo III y María II de Inglaterra. Es en este mismo año cuando se promulga la Carta de Derechos inglesa, que proclama en su provisión novena: “Que las Libertades de Expresión, Discusión y Actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por ningún otro Tribunal que el Parlamento”⁵.

A su vez, los colonos ingleses en tierras de ultramar desean obtener los mismos privilegios en sus territorios. De esta manera, la Libertad de Expresión se convierte en una forma de demandar independencia y autoridad ante la monarquía⁶. Siendo así, no es sorprendente que las primeras Declaraciones de Derechos en los estados que llegaron a formar lo que hoy es Estados Unidos ya recogieran aspectos sobre la Libertad de Expresión. Buenos ejemplos son el artículo duodécimo de la Declaración de Derechos de Virginia: “Que la Libertad de Prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y que jamás puede restringirla un gobierno despótico”^{7, 8} o el artículo quinto, apartado

⁵ Reino Unido. Bill of Rights. *Parlamento Inglés*, 13 de febrero de 1689, 4 pp. Traducción obtenida de la página web del departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra. *Materiales* [en línea]. [Citado el 11/12/2016], <https://www.unav.edu/departamento/constitucional/materiales>.

⁶ Vid. BOGEN, David S. “The Origins of Freedom of Speech and Press”. *Maryland Law Review*. 1983. Vol. 42, n°. 3, art. 3. pp. 429-465. Disponible en: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol42/iss3/3>

⁷ Estado de Virginia. Virginia Declaration of Rights. *Quinta Convención de Virginia*, 12 de junio de 1776, 4 pp. Traducción obtenida de la página web del departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra. *Materiales* [en línea]. [Citado el 11/12/2016], <https://www.unav.edu/departamento/constitucional/materiales>.

⁸ La razón de proteger expresamente la libertad de prensa, en lugar de realizar una protección más genérica de la libertad de expresión reside en el importante papel que tuvo la misma como medio de debate político en los prolegómenos de la independencia de Estados Unidos. Importantes figuras políticas del país, como James Madison (quien junto con Alexander Hamilton y John Jay publicó la famosa serie de escritos “The Federalist papers”), Thomas Jefferson o Thomas Paine contribuyeron con sus obras a la difusión de ideas políticas contrarias a la continuidad del poder ejercido por Inglaterra en Estados Unidos. Para más información, vid. HEFFNER, Richard D. y HEFFNER, Alexander. *A Documentary History of the United States. Expanded and Updated Edition*. 1ª Edición. Nueva York: Penguin Group, 2013. 674 pp. ISBN: 978-0-451-46647-1.

quinto de los Artículos de la Confederación: “La Libertad de Expresión y debate en el Congreso no serán impugnados o cuestionados en ningún Tribunal o lugar ajeno al Congreso (...)”⁹.

En 1789, año en que da comienzo la Revolución Francesa, que acabaría con la época de esplendor de las monarquías absolutistas, se publica la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que recoge en su artículo undécimo: “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”¹⁰.

Desde entonces, en el siglo XVIII, hasta hoy, la Libertad de Expresión se ha convertido en baluarte del Estado Social y Democrático de Derecho, constituyendo no sólo un Derecho Fundamental reconocido internacionalmente y recogido en múltiples Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino también un valor defendido con el más alto grado de cautela por nuestros Tribunales.

A continuación, procederemos a determinar cómo se configura en la actualidad la Libertad de Expresión en los dos Estados que hemos escogido como objeto de examen.

4. La Libertad de Expresión en España

4.1. Reconocimiento de la Libertad de Expresión en el ordenamiento jurídico español

Los inicios del siglo XX se caracterizan por la proliferación en el continente europeo de diversos regímenes dictatoriales: Italia, Portugal, Alemania, la Unión Soviética o España, son algunos de los países en los que el totalitarismo imperó durante décadas. Finalmente, a lo largo de mediados de siglo y especialmente, durante los años setenta, se produce una tendencia al cambio democrático en la que nuestro país se ve envuelto.

Tras el cambio político sufrido en España en el año 1975, el país se transforma en una monarquía parlamentaria que precisa de modificaciones drásticas en cuanto a su regulación, ya que el régimen dictatorial que tuvo lugar entre 1939 y 1975 cercenó en gran medida los derechos básicos

⁹ Estados Unidos de América. The Articles of Confederation. *Congreso Continental*, 15 de noviembre de 1777, 7 pp.

¹⁰ Francia. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. *Asamblea Nacional Constituyente francesa*, 26 de agosto de 1789, 3 pp. Traducción obtenida de la página web del Consejo Constitucional de Francia. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, [en línea]. [Citado el 11/12/2016], http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

reconocidos a los ciudadanos, especialmente en el ámbito de la participación civil y política, incluyendo la Libre Expresión y Reunión de individuos, cualquiera que fuera su objeto.

Por ello, no es de extrañar que una gran cantidad de Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, entre los que se encuentra la Libertad de Expresión, gocen de una relativamente reciente incorporación (o reincorporación, ya que estos derechos habían sido declarados durante el período republicano anterior a 1936) al entramado jurídico español.

Esta incorporación a la vida jurídica de los Derechos Civiles y Políticos, debido a su preeminencia en los órdenes democráticos, se convierte en objeto del primer gran cambio legislativo del país: la creación de una Constitución, como pilar fundamental del Estado de Derecho. El desarrollo de la Carta Magna tiene lugar durante el período conocido como “la transición” y aún para su redacción a representantes de partidos políticos plurales.

De esta forma, la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 reconoce nuestro Estado como un “Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. De la propia definición se deriva que estos valores, no son solo tales, sino también principios a perseguir por el Estado. Y es, por ello, que un aspecto primordial de nuestra Constitución es el reconocimiento de una serie de derechos básicos de la persona, mediante los cuales se afirmarán estos valores superiores de nuestro Estado Democrático.

El Título Primero de la Constitución Española (en adelante, CE), bajo la denominación “de los Derechos y Deberes Fundamentales”, recoge, entre otros aspectos, una declaración de derechos en su Capítulo Segundo. Este Capítulo se divide, a su vez, en dos secciones, de las cuales es de nuestro interés la primera: “de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas”, ya que en ella se encuentra el artículo 20, que reconoce y garantiza la Libertad de Expresión. Este forma parte de lo que conocemos como el núcleo duro de la Carta Magna: esto es, aquellos derechos recogidos entre los artículos 14 y 29 CE, que, debido a su importancia y reconocimiento como Fundamentales, cuentan con una regulación que refuerza su estatus jurídico, o lo que es lo mismo, un sistema reforzado de garantías¹¹.

¹¹ Podemos encontrar estas garantías destinadas a proteger a los Derechos Fundamentales en el artículo 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable también a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Cabe remarcar que el Tribunal Constitucional, conforma una pieza clave en la interpretación de la Constitución y en la protección de los Derechos Fundamentales. De esta forma, «(...) es el máximo garante de estas libertades y genera la doctrina que debe ser seguida por todos los tribunales ordinarios (...) debe resolver el eventual conflicto entre los derechos enfrentados “atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos jurisdiccionales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal” (STC 244/2007, de 10 de diciembre)»¹². En ejercicio lógico de sus funciones, se ha pronunciado acerca de la Libertad de Expresión en numerosas ocasiones: “La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. (...) La reciente STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, destaca estos tres aspectos cuando expone los siguientes elementos caracterizadores de este derecho: (i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. (...), (ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. (...) y (iii) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión”¹³.

Además, la importancia de este derecho ha sido reafirmada en múltiples ocasiones por distintas instancias judiciales, empezando por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, como ya hemos señalado, nuestro Tribunal Constitucional: “(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que la Libertad de Expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells c. España, de 23 de abril de 1992, § 42, y Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000, § 43)”¹⁴.

¹² ORTEGA, Carlos. “Libertad de Expresión y Libertad de Información en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” *Fundación Ciudadanía y Valores*. Abril de 2013. 13 pp. p. 6. La obra se puede consultar en el siguiente enlace: “http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1366113248_libertad_de_expresion.pdf”

¹³ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 112/2016, de 20 de junio [FJ 2]. BOE nº. 181, de 28 de julio de 2016.

¹⁴ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre [FJ 4]. BOE nº. 295, de 10 de diciembre de 2007. Asimismo, también es de interés la mención al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que realiza el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio [FJ 3]. BOE nº. 200, de 21 de agosto de 2015: “(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado que el art. 10 CEDH no protege sólo las ideas e información objeto de expresión, sino también la forma en que se plasman, por lo que su jurisprudencia en relación con

Asimismo, en la STC 12/82, de 31 de marzo, el Tribunal Constitucional se pronuncia de la siguiente forma: “Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre”¹⁵.

Acerca de la interpretación de este derecho por parte de la jurisprudencia, y aunque hablaremos con mayor profundidad sobre ello en las siguientes páginas, el Tribunal Constitucional se ha centrado especialmente en dos facetas relativas al artículo 20 CE: por un lado, diferenciar la Libertad de Expresión en su vertiente genérica de la Libertad de Información ejercida por parte de los medios de comunicación y, por otro lado, establecer los límites a la Libre Expresión en aquellos supuestos en que la misma colisiona con otros derechos, especialmente, el Derecho al Honor.

A continuación, realizaremos una síntesis acerca de la Libertad de Expresión, tal y como aparece recogido en la CE, así como de las matizaciones proporcionadas por el Tribunal, con un énfasis especial en los límites por éste establecidos.

4.2. La Libertad de Expresión en la Constitución (art. 20.1)

El artículo 20.1 CE reconoce la Libertad de Expresión e Información, determinando a la vez múltiples manifestaciones del mismo que pueden producirse: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

De esta forma, vemos cómo mientras el apartado a) del artículo 20.1 CE engloba la definición de Libertad de Expresión “en sentido estricto”, los restantes concretan otros tipos de manifestaciones o

tal precepto abarca las modalidades habituales de expresión (discurso oral y escrito), pero también otros medios menos obvios de expresión, como la exhibición de símbolos o la realización de conductas aptas para transmitir opiniones, ideas o información (por todas, STEDH de 21 de octubre de 2014, caso *Murat Vural c. Turquía*, §§ 44-51)”.

¹⁵ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 12/1982, de 31 de marzo [FJ 3]. BOE nº. 95, de 21 de abril de 1982. Con estas palabras, el Tribunal Constitucional defiende el carácter preferente de la Libertad de Expresión con base en su contenido objetivo, carácter preferente del que hablaremos a lo largo del presente Trabajo.

actuaciones que, aunque guardan una estrecha relación con este derecho, constituyen ejercicios diferenciados del mismo. A día de hoy existe un debate doctrinal acerca de si todos los supuestos del artículo 20.1 CE forman parte de un mismo Derecho Fundamental, en sus distintas manifestaciones, o si, por el contrario, han venido a constituirse en derechos autónomos con un ámbito propio de proyección y protección constitucional (los supuestos a los que nos referimos son la creación de obras de distinta índole, la libertad de cátedra de los profesores y, especialmente, la libertad de información que comprende, a su vez, el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión).

En palabras del propio Tribunal Constitucional, la Libertad de Expresión en sentido estricto “es la libre manifestación de creencias, juicios o valoraciones subjetivas, esto es, como libre difusión de ideas u opiniones”¹⁶. Por otra parte, “el art. 20 de la Constitución [en su conjunto] «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática»”¹⁷. De esta forma, nuestro Tribunal parece considerar los diferentes enunciados del artículo 20 CE como un único Derecho Fundamental con vertientes diferenciadas.

El objeto de nuestro trabajo, en cualquier caso, recoge únicamente la Libertad de Expresión en su sentido “estricto”, esto es, el del artículo 20.1.a) CE “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. Por tanto, la Libertad de Información no se mencionará más que tangencialmente, en cuanto en ocasiones puede coincidir en ciertos aspectos con la Libertad de Expresión¹⁸. Además, y como resulta lógico, el contenido de la Libertad de Expresión tiene conexión con otros Derechos Fundamentales especialmente relevantes, entre los que destacan los denominados “Derechos Políticos”, el Derecho de Reunión o el Derecho de Manifestación y, sobre todo, la Libertad de

¹⁶ ORTEGA, Carlos; *Op. Cit*; p. 5

¹⁷ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 104/1986, de 17 de julio. BOE nº. 193, de 13 de agosto de 1986 haciendo referencia a España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 6/1981, de 16 de marzo. BOE nº. 89, de 14 de abril de 1981.

¹⁸ En palabras de NÚÑEZ MARTÍNEZ, que defiende las Libertades de Expresión y de Información como derechos diferenciados: “Las libertades de información, prensa y opinión constituyen definiciones derivadas histórica y conceptualmente, del primigenio y fundamental derecho a la libertad de expresión de pensamientos, pudiendo existir, inicialmente una conexión subsidiaria de los derechos informativos a la libertad de expresión, sin embargo con el devenir de los tiempos, y a pesar de las dificultades que plantea su delimitación con la libertad de expresión, la libertad de información, como libertad que tiene como objeto los hechos que pueden considerarse noticiables, ha adquirido la condición de derecho autónomo”. *Vid.* NÚÑEZ MARTÍNEZ, María Acracia. “El Tribunal Constitucional y las Libertades del Artículo 20 de la Constitución Española”. *Revista de Derecho UNED*. 2008. Nº 3, p. 289-317, pp. 290-291.

Pensamiento ya que, ¿qué constituye la Libertad de Expresión sino una manifestación externa de nuestros pensamientos e ideas?¹⁹

Consecuentemente, el art. 20.1.a) CE “ampara la expresión por parte de un individuo de cualquier idea o concepción sobre personas, opiniones, hechos o ficción. Cualquier concepción de la mente humana ya protegida por la Libertad de Pensamiento [artículo 16 CE] queda en principio igualmente protegida por la Libertad de Expresión (...)”²⁰. Y esta libertad es, a su vez, admitida en cualquier soporte o medio, desde los tradicionales, como la palabra o escrito, hasta aquellos que han proliferado por medio de los avances técnicos y tecnológicos.

Por su configuración, la Libertad de Expresión se trata como un Derecho de Libertad, siendo aquellos los que “(...) se caracterizan porque su definición supone una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo”²¹. Asimismo, por su contenido, se trata de un derecho de primera generación ya que contribuye a otorgar al ciudadano “un ámbito de libertad inmune a la acción del poder público”²². Estas características han sido reiteradas por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como, a modo de ejemplo, la STC 6/1981: “La Libertad de Expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite”²³.

En relación con esta última afirmación de inmunidad frente a la acción del poder público, “la actividad de expresar o difundir ideas u opiniones ha de ser libre, lo que supone que no ha de haber restricciones previas por parte del Estado ni, en su caso, por parte de sujetos privados”²⁴. Así se afirma, además, en la propia Constitución, artículo 20.2: “El ejercicio de estos derechos [los anteriormente afirmados en el artículo 20.1, entre los que se encuentra la Libertad de Expresión] no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. De esta forma, se excluye la intervención de los poderes públicos ejerciendo cualquier restricción previa a las manifestaciones o

¹⁹ Al igual que ocurre con la Libertad de Información, la Libertad de Pensamiento y la Libertad de Expresión cuentan con un desarrollo histórico conjunto pero han gozado de un desarrollo autónomo que los convierte en derechos separados, aunque con una íntima relación en su disfrute.

²⁰ LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; *et al. Derecho Constitucional Volumen I: El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos*. 8ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, 454 p., ISBN: 978-84-9876-939-5. p. 246.

²¹ LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; *et al. Op. Cit.* p. 124.

²² *Ibid.* p. 125.

²³ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 6/1981, de 16 de marzo [FJ 4]. BOE nº. 89, de 14 de abril de 1981.

²⁴ LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; *et al. Op. Cit.* p. 246

difusión de ideas u opiniones por parte de un individuo, de manera absoluta. Por su parte, el artículo 20.5 CE también prohíbe el secuestro administrativo²⁵: “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”. Esta última prohibición tiene un carácter preeminentemente relacionado con la Libertad de Información.

Asimismo, también están prohibidas las restricciones por parte de los particulares, a menos que se deban al ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos. Así lo podemos observar, por ejemplo, en la STC 190/1992 «Ciertamente este Tribunal ha resaltado en abundante jurisprudencia cómo la fuerza expansiva del derecho a la Libertad de Expresión obliga a una interpretación restrictiva de sus límites y, entre ellos, del derecho al honor (SSTC 51/1985, 159/1986 y 214/1991, entre otras muchas). Igualmente ha declarado (STC 105/90, fundamento jurídico 8º) cómo la crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa -y a veces extremadamente penosa- para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública. Pero no debe olvidarse que igualmente ha declarado que, en caso de invocación de la Libertad de Expresión, la concesión del amparo depende de que, en la manifestación de la idea u opinión se hayan añadido o no expresiones injuriosas desprovistas de interés público e innecesarias a la esencialidad del pensamiento o formalmente injuriosas (por todas, STC 107/1988)»²⁶.

La protección de otros derechos del individuo no es ni mucho menos absoluta ya que “consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, (...) la Libertad de Expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a que se dirige (...) La Libertad de Expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”²⁷.

Reafirmando esta idea se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *Jiménez Losantos c. España*: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos

²⁵ Acto que consiste en la “retención por parte de los poderes públicos de cualquier obra impresa, sonora o audiovisual, esto es, de cualquier obra producto del ejercicio de la libertad de expresión”. *Ibid.*, p. 258.

²⁶ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 190/1992, de 16 de noviembre. BOE nº. 303, de 18 de diciembre de 1992 [FJ 5]. Es de interés también la referencia que hace esta sentencia a la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, *Castells* (23 de abril de 1992), que establece un límite en las expresiones dirigidas a personajes públicos, cuando las mismas hayan sido proferidas con mala fe o de manera innecesaria.

²⁷ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre [FJ 4]. BOE nº. 295, de 10 de diciembre de 2007.

esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y de la plenitud de cada persona. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10 del Convenio, no es solo válida para las “informaciones” o “ideas” que se reciben con agrado o que se consideran como inofensivas o indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o inquietan; así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe “sociedad democrática” (Handyside c. Reino Unido, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A no 24, y Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia [GC], nos 21279/02 y 36448/02, § 45). Tal como lo consagra el artículo 10 del Convenio, la libertad de expresión va acompañada de unas excepciones que requieren, sin embargo, una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe determinarse de forma convincente.”²⁸

A continuación, analizaremos las diferentes “excepciones” o límites a Libertad de Expresión a que se refiere la jurisprudencia.

4.3. Límites a la Libertad de Expresión en el ordenamiento jurídico español

Ahondando en estos límites a la Libertad de Expresión, es principalmente la Constitución Española quién los establece, y no son otros que los Derechos Fundamentales constitucionalmente protegidos de los demás y la Ley. Asimismo, el Tribunal Constitucional añade por medio de jurisprudencia el concepto de “otros bienes constitucionalmente protegidos” a la lista de restricciones (SSTC 11/1981, de 8 de abril²⁹; 2/1982, de 29 de enero³⁰).

4.3.1. Otros Derechos Fundamentales reconocidos constitucionalmente

En primer lugar, los derechos constitucionalmente protegidos suponen el límite más común al ejercicio de la Libertad de Expresión, como recoge el artículo 20.4 CE: “Estas libertades tienen su

²⁸ Consejo de Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016 [§ 34].

²⁹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 11/1981, de 8 de abril. BOE nº 99, de 25 de abril de 1981. El Tribunal establece en el fundamento jurídico 7 de esta sentencia: “Tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. (...) La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.

³⁰ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 2/1982, de 29 de enero [FJ 5]. BOE nº 49, de 26 de febrero de 1982: “En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.

límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Este precepto no actúa sólo como un límite a la Libertad de Expresión, sino que constituye a su vez una garantía extraordinaria, ya que cualquier vulneración deberá fundamentarse exclusivamente en los límites expresamente determinados.

A este respecto, podemos encontrar múltiples ejemplos de restricciones a la Libertad de Expresión fundamentadas en otros Derechos Fundamentales: «(...) el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen “las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas” (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio, [FJ 4]³¹; 204/2001, de 15 de octubre, [FJ 4]; 110/2000, de 5 de mayo, [FJ 8])»³².

La Libertad de Expresión ejercida en su vertiente estricta encuentra, como se ha enunciado, que “(...) el límite insuperable es el insulto o la expresión gravemente injuriosa, cuyo recurso además es gratuito a los efectos de la emisión de una opinión o de la participación de quien habla en un debate libre”³³, en oposición a la libertad de información de los medios de comunicación, que encuentran su límite en la veracidad de la información.

³¹ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 174/2006, de 5 de junio [FJ 4]. BOE nº. 161, de 7 de julio de 2006. En esta sentencia el Tribunal se pronuncia respecto de los límites al derecho a la libre expresión como sigue: “No obstante, en cualquier caso se sitúan fuera del ámbito de protección de dicho derecho las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4). Quiere ello decir que de la protección constitucional que brinda el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4 y, más recientemente, y por todas, SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 5)”. En la misma línea se pronuncian la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 204/2001, de 15 de octubre. BOE nº. 279, de 21 de noviembre de 2001 y la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm 110/2000, de 5 de mayo. BOE nº 136, de 7 de junio de 2000.

³² España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre [FJ 9]. BOE nº. 295, de 10 de diciembre de 2007.

³³ SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Acerca de la Doctrina del Tribunal Constitucional en Materia de Libertad de Expresión”. *Revista de Estudios Políticos*. Septiembre de 1992, núm. 77, pp. 237-248. p. 246.

Otros ejemplos de la colisión de la Libertad de Expresión con otro Derecho Fundamental se pueden encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La STC 107/1988, de 8 de junio³⁴, expresa respecto del conflicto entre el Derecho al Honor y la Libertad de Expresión: “El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere (...) lesión penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades [en referencia a la Libertad de Expresión], pues en tales supuestos se produce un conflicto entre Derechos Fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus injuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, (...). Este entendimiento del citado problema es constitucionalmente insuficiente, por desconocer que las libertades del art. 20 de la Constitución, no sólo son Derechos Fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás Derechos Fundamentales, incluido el del honor, SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 104/1986, de 17 de julio, y 165/1987, de 27 de octubre.” [FJ 2]³⁵.

De estas y otras declaraciones se desprende el papel preponderante que el Tribunal Constitucional parece dar a la Libertad de Expresión dentro de nuestro sistema democrático, incluso cuando se produce un enfrentamiento con derechos de su misma categoría, precisamente por su papel protagonista en conexión con el ejercicio de los otros derechos garantizados por nuestra Carta Magna.

Estos pronunciamientos acerca de la Libertad de Expresión, se enfocan en el contenido objetivo del derecho que nos concierne, como “(...) garantía institucional de una opinión pública

³⁴ En la STC 107/1988, el Tribunal Constitucional dirime un conflicto entre la Libertad de Expresión y el Derecho al Honor y se manifiesta acerca de la limitación por parte de las leyes penales de la Libertad de Expresión por medio de la criminalización de las injurias.

³⁵ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 107/1988, de 8 de junio [FJ 2]. BOE nº 152, de 25 de junio de 1988.

indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático (...)”³⁶ y que ya hemos mencionado³⁷.

En palabras de MARCIANI BURGOS, “En España (...) se ha establecido la posición preferente de la Libertad de Expresión respecto de ciertos derechos de la personalidad (honor, intimidad, voz e imagen propias) con los cuales suele entrar en conflicto; esto siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, como el hecho de que la expresión o información a transmitir sea de interés público o permita formar una opinión pública”³⁸.

Asimismo, añade, en referencia a la obra de HERRERO TEJEDOR: «El autor refiere que en España la tesis de la posición preferente se basó en el reconocimiento de un “núcleo resistente y constitucionalmente indeclinable, de un contenido mínimo imbatible” de la Libertad de Expresión, que en la colisión con otros derechos constitucionales se mantiene siempre inalterado y sostiene la prevalencia de dicho derecho. Ese núcleo se determina a partir de dos elementos: a) El interés público, tanto en los temas como en los sujetos que son materia de información o de opinión; y b) La necesaria constatación de los límites internos del derecho; esto es, la veracidad en el caso de la libertad de información y la ausencia de excesos verbales o de expresiones vejatorias o innecesarias en el caso de la Libertad de Expresión”³⁹.

Esta teoría acogida por el Tribunal Constitucional ha sido inspirada por el propio sistema estadounidense, que concibe la Libertad de Expresión como un pilar fundamental de la democracia. Así lo expresó el Juez Louis Brandeis en el caso *Whitney v. California*⁴⁰: “la libertad de pensar como deseas y de expresarte tal y como piensas son medios indispensables para el descubrimiento y difusión de la verdad política”.

En consecuencia, y visto el papel que tienen los Derechos Fundamentales respecto del ejercicio de la Libertad de Expresión, el legislador parece tener más posibilidad de limitar este Derecho, ya que mediante las leyes de desarrollo del contenido del Título I (ya sean Derechos Fundamentales,

³⁶ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 19/1996, de 12 de febrero [FJ 2]. BOE nº 67, de 18 de marzo de 1996.

³⁷ A este respecto, *vid.* SALVADOR MARTÍNEZ, María. “El Derecho a la Libertad de Expresión”, en ARAGÓN REYES, Manuel. *Derecho Constitucional*. 3ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, 988 p., ISBN: 978-84-2591-568-0.

³⁸ MARCIANI BURGOS, Betzabé. “La Posición Preferente del Derecho a la Libertad de Expresión: un Análisis Crítico de sus Fundamentos”. *Revista Pensamiento Constitucional*. Enero de 2005, núm. 11, pp. 351-378. p. 355.

³⁹ MARCIANI BURNOS, Betzabé. *Op. Cit.* p. 362, en relación con HERRERO TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2ª Edición. Madrid: Colex, 1994. 368 pp. ISBN: 978-84-7879-154-5. P. 125.

⁴⁰ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 274 U.S. 357, de 16 de mayo de 1927. *Whitney v. California*.

objetivos constitucionales o la protección de valores e intereses colectivos) puede establecer restricciones a las acciones expresivas de los ciudadanos.

4.3.2. La ley

Respecto de este límite, hemos de entender, en primer lugar, como argumenta TORRES DEL MORAL, que existe porque “los derechos han de ejercerse siempre conforme al procedimiento jurídico establecido y no son ilimitados, sino que la ley puede establecer limitaciones a su ejercicio, respetando siempre su contenido esencial; estas limitaciones se justifican, en última instancia, en exigencias de una sociedad democrática”⁴¹.

Por otra lado, esto tampoco significa que la limitación por ley de los Derechos Fundamentales haya de ser interpretada como absoluta: “Las normas reguladoras y las limitadoras de los derechos se integran en un único Ordenamiento inspirado por los mismos principios, se condicionan recíprocamente y son igualmente vinculantes, si bien los Derechos Fundamentales tienen una fuerza expansiva que restringe el alcance de sus límites; por tanto, aquéllos deben ser interpretados extensivamente y estos restrictivamente”⁴².

A este respecto, y centrándonos en el derecho a examinar, el Tribunal Constitucional ha intervenido para aclarar que, para ser constitucionalmente admisibles, las restricciones por vía legislativa no podrán afectar al contenido esencial de la Libertad de Expresión (o del Derecho Fundamental en cuestión). A modo de ejemplo, en la STC 235/2007, mencionada con anterioridad, se establece que: “la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la Libertad de Expresión (...)” [FJ 6]. Y para conocer si las restricciones afectan al contenido esencial de nuestro derecho y, por tanto, no son admisibles, se ha de recurrir, además de al artículo 20 CE, al artículo 10.2 CE, que alude a los Tratados Internacionales suscritos por España sobre la materia. De esta forma, si observamos los diferentes Tratados referencia en materia de Derecho Constitucional, entre los que se encuentran el Convenio Europeo para los Derechos Humanos⁴³ o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴, entre otros⁴⁵, son recurrentes

⁴¹ TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I: Sistemas de Fuentes, Sistema de los Derechos*. 5ª Edición. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2004. 736 pp. ISBN: 978-84-8481-113-8. p. 293.

⁴² TORRES DEL MORAL, Antonio. *Op. Cit.* p. 315.

⁴³ El artículo 10.2 del Convenio Europeo para los Derechos Humanos establece como admisibles las limitaciones a la libertad de expresión, cuando sea necesario, con relación a los siguientes aspectos: la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

los siguientes fundamentos para justificar la limitación de la Libertad de Expresión por vía legislativa: seguridad nacional, orden público, protección de la moral, de la reputación y de los derechos ajenos⁴⁶.

Hacemos un inciso en la descripción de la ley como límite ya que, como podemos ver, aparece en relación con este otro límite a la Libertad de Expresión: el constituido por los “bienes constitucionalmente protegidos”. Esto se explica desde el punto de vista en que la ley se basará en bienes de especial importancia a la hora de restringir este Derecho Fundamental. Estos bienes constitucionalmente protegidos son, como hemos indicado, la seguridad nacional, orden público, protección de la moral, de la reputación y de los derechos ajenos.

La noción de bienes constitucionalmente protegidos es tratada de manera recurrente por el Tribunal Constitucional, no sólo en cuanto a la Libertad de Expresión, sino también en relación a otros Derechos Fundamentales como el Derecho de Reunión o de Manifestación. Así, encontramos como primer bien constitucionalmente protegido la dignidad humana (parte integrante del concepto de la reputación y los derechos ajenos), como se refleja en la STC 235/2007, de 7 de noviembre [FJ 4]: “De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución (...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. (...) El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos”.

Son ejemplo de otros bienes jurídicos dignos de protección (dentro del concepto de derechos ajenos, y correspondiéndose, a su vez, con un Derecho Fundamental reconocido constitucionalmente) la intimidad personal y vida privada del individuo. Además, al tratarse esta de una restricción

⁴⁴ El artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé la posibilidad de restricciones al derecho a la libertad de expresión siempre que sean necesarias para asegurar el derecho a los derechos o la reputación a los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

⁴⁵ *Vid.* también los arts. 11 y 52 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como los arts. 19 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁶ LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; *et al. Op. Cit.* p. 263. Estos elementos admisibles como limitadores del contenido esencial de la Libertad de Expresión se corresponden con los “bienes constitucionalmente protegidos” desarrollados con anterioridad y esgrimidos por el Tribunal Constitucional como límites propios al derecho en cuestión.

jurisprudencialmente reconocida, pero no explícitamente recogida en la Constitución, su interpretación por parte del Tribunal Constitucional será estricta, como se deriva de la STC 22/1984, de 17 de febrero: “(...) Una afirmación como la anterior [«el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior»], realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los Derechos Fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores de ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución” [FJ 3]⁴⁷.

Por último, las Cortes reconocen a la seguridad ciudadana como digna de protección especial. De esta forma, el Tribunal Constitucional incide en la idea que hemos venido desarrollando, en la STC 127/1995, de 25 de julio [FJ 3]: “Con independencia de la calificación jurídica que en el terreno de la legalidad ordinaria se dé al proceder de la Administración, en todo caso estaríamos en presencia de una colisión: por una parte, la libertad de expresión en el ámbito sindical y, por otra, bienes constitucionalmente protegidos como la misión que a las fuerzas y Cuerpos de Seguridad atribuye el art. 104.1 C.E., de garantizar, entre otros valores, la seguridad ciudadana en los términos en que esta expresión ha de aceptarse en una sociedad pluralista y democrática y en este sentido el test que ha de aplicarse con el fin de dar solución al conflicto no nace solo de lo dispuesto en el art. 24 de la Ley fundamental en orden a la motivación de la correspondiente resolución para satisfacer la tutela judicial efectiva, sino fundamentalmente de la ponderación equilibrada y prudente que es exigible, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, cuando se enfrentan un derecho fundamental frente a otro o a un bien protegido con relevancia constitucional”⁴⁸.

Regresando a la ley como límite a la Libertad de Expresión, si buscamos ejemplos concretos de actividad legislativa limitadora de la Libertad de Expresión, el primero y más claro se encuentra en el Código Penal (en adelante, CP)⁴⁹.

⁴⁷ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 22/1984, de 17 de febrero [FJ 3]. BOE nº 59, de 9 de marzo de 1984.

⁴⁸ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 127/1995, de 25 de julio. BOE nº. 100, de 22 de agosto de 1995.

⁴⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, nº. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Son muestra de la limitación de la libertad de expresión por medio de la criminalización de sus resultados el artículo 208 CP (injurias): “Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” o el artículo 510 CP (delitos originados por el ejercicio de la Libertad de Expresión): Fomento, promoción o incitación pública “directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos (...)” relacionados con los recogidos en el artículo 14 CE. Asimismo, se castiga la producción, elaboración y distribución de escritos o materiales que inciten al odio por estos mismos motivos, entre otros⁵⁰. Podemos observar como mediante el uso de la ley, el Estado previene la

⁵⁰ El literal del artículo 510 CP expresa: “1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.”

utilización de la Libertad de Expresión como difusor del “discurso del odio” o como instrumento vejatorio entre particulares.

Otro ejemplo reciente de la limitación por parte de ley de la Libertad de Expresión lo encontramos en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana⁵¹. Como podemos observar, en este caso la limitación empleada se basa en un bien constitucionalmente protegido de aquellos recogidos por los Convenios Internacionales en materia de Derechos Fundamentales y, por tanto, incorporado a la Carta Magna a través del artículo 10.2 CE: la seguridad ciudadana. En este caso, la Libertad de Expresión se ve limitada en su ejercicio conjunto con otros Derechos Fundamentales como el de Manifestación y Reunión. Al limitarse estos últimos, la Libertad de Expresión que se pretendía ejercer en los mismos se verá coartada como consecuencia.

La propia norma adelanta posibles limitaciones a los Derechos Fundamentales en su artículo 4.1: “(...) las disposiciones de los capítulos III [actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana] y V [Régimen sancionador] deberán interpretarse y aplicarse del modo más favorable a la plena efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas, singularmente de los derechos de reunión y manifestación, las libertades de expresión e información, la libertad sindical y el derecho de huelga.”

Algunos de los presupuestos sospechosos de limitar la Libertad de Expresión que recoge la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana son la disolución de reuniones y manifestaciones (situaciones en las que suele ejercerse la Libertad de Expresión en conexión con otros Derechos Fundamentales) o la prohibición o suspensión de espectáculos y actividades recreativas.

En conclusión, son tres los límites que se pueden imponer a la Libertad de Expresión. Estos son: otros Derechos Fundamentales constitucionalmente reconocidos, especialmente aquellos recogidos en el artículo 18.1 CE (pero siempre teniendo en cuenta el carácter prevalente que el Tribunal otorga a la Libertad de Expresión cuando es ejercida en su vertiente objetiva); la Ley, siempre que respete el contenido esencial del derecho, siguiendo los dictados constitucionales y de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por España y los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que constituyen bienes sociales relevantes para el Estado (conceptos como la seguridad nacional o el orden público) y se articularán por medio de ley.

⁵¹ España. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana. *Boletín Oficial del Estado* nº. 77, de 31 de marzo de 2015.

4.4. La Libertad de Expresión según el Tribunal Constitucional

Como ya hemos mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha dirigido sus esfuerzos en materia de la delimitación de la Libertad de Expresión hacia dos cuestiones específicas: primero, la diferenciación entre la Libertad de Expresión y la Libertad de Información y, en segundo lugar, la colisión de la Libertad de Expresión con otros Derechos Fundamentales.

Respecto del primer aspecto, la posición del Tribunal es la que sigue: “Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza la Libertad de Expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la Libertad de Expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz” (SSTC 4/1996, de 19 de febrero; 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2)” [FJ 3]⁵².

Dentro del segundo aspecto, esto es, la colisión de la Libertad de Expresión con otros Derechos Fundamentales, ya hemos destacado la relevancia de ciertos derechos, en especial, el Derecho al Honor. Pues bien, en relación con el Derecho al Honor, y su papel como límite a la Libertad de Expresión, ha sido criterio ampliamente utilizado por el Tribunal a la hora de decidirse entre la prevalencia de uno u otro derecho, la diferenciación entre las figuras públicas y personas privadas.

En palabras de SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, esta última distinción “(...) resulta capital, porque en casos de relieve público se acepta una mayor extensión del ámbito constitucional de la Libertad de Expresión frente a exigencias derivadas del respeto del derecho al honor o la intimidad”⁵³.

El proceder del Tribunal en estos casos se limita a “(...) una ponderación en cada caso de los derechos en conflicto y la resolución por la preeminencia de uno de ellos, esto es, su prevalencia

⁵² España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 174/2006, de 5 de junio [FJ 3]. BOE nº. 161, de 7 de julio de 2006.

⁵³ SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José. *Op. Cit.* p. 244.

concreta frente al derecho, que, en este supuesto, insistimos, debilitadamente cede, pero no desaparece”⁵⁴. Esta idea refuerza el argumento de los Derechos Fundamentales como límite admisible constitucionalmente de otros derechos de la misma categoría.

En relación con lo anterior, la ya citada STC 107/1988, de 8 de junio, determina: “(...) El valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las actividades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.” [FJ 2].

En este sentido, podemos observar como en el caso de las personas privadas, cuya dedicación profesional no está en ningún caso relacionada con un desempeño público de funciones, verán en la mayoría de ocasiones protegido su Derecho al Honor por encima de la Libertad de Expresión. En cambio, en el caso de los personajes públicos (ya sean personas “famosas”, o personas que desempeñan una función pública; por ejemplo, políticos, funcionarios del Estado, jueces, etcétera), su Derecho al Honor se verá en ocasiones disminuido, ya que el Tribunal entiende que, debido a las funciones que los mismos ejercen, debe admitirse la crítica siempre que la misma esté relacionada con el desempeño de sus labores profesionales y no cruce el límite de las expresiones injuriosas o el insulto.

En resumen, el Tribunal Constitucional ha destacado en su jurisprudencia el papel preponderante de la Libertad de Expresión en un sistema constitucional y democrático. Es por ello que le otorga preeminencia frente a otros Derechos Fundamentales constitucionalmente reconocidos, teniendo en cuenta los límites anteriormente expresados y la posición que ocupa la persona involucrada en el ámbito público o de servicio al ciudadano.

⁵⁴ *Ibid.* p. 243.

5. La Libertad de Expresión en Estados Unidos

5.1. Reconocimiento de la Libertad de Expresión en el ordenamiento jurídico estadounidense

El 4 de julio de 1776, tras tener lugar la Convención de Filadelfia⁵⁵, se ratifica una de las Declaraciones más importantes en la historia de los Estados Unidos, parte fundamental en los documentos fundacionales del país: la Declaración de Independencia. Ya desde los estadios iniciales de la incipiente democracia que se instauraría en los Estados Unidos, encontramos rasgos definitorios de los Derechos Básicos del hombre, y es que la Declaración de la Independencia expresa: “Mantenemos estas verdades como evidentes, todos los hombres son creados iguales, siendo provistos por su Creador con ciertos Derechos inalienables, estando entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. (...) Para asegurar estos derechos, los Gobiernos son instituidos entre los hombres, derivando sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados, (...) y cuando cualquier Forma de Gobierno resulte destructiva de dichos fines, es el Derecho del Pueblo alterarlo o abolirlo, e instituir un nuevo Gobierno, sentando su base en aquellos principios y organizando sus poderes de tal forma como les parezca más adecuada para conseguir su seguridad y felicidad”⁵⁶.

Como consecuencia lógica del proceso de independencia, el 15 de noviembre de 1777 se adoptan los Artículos de la Confederación⁵⁷, primer documento constitucional del Gobierno estadounidense. Debido a la falta de acuerdos suficientes entre las distintas Colonias y a un exceso de recelo a la hora de mantener la autonomía de las mismas, este documento resulta claramente insuficiente para conseguir el objetivo de articular un nuevo Estado democrático.

Es a partir de 1781, y con la entrada en funcionamiento de esta Constitución, cuando se hacen evidentes las carencias de la misma: comienza un período de debate parlamentario con el fin de corregir los errores que lastran a los Artículos de la Confederación. Finalmente, en el año 1787 se promulga la hoy vigente Constitución de los Estados Unidos de América.

Pero la Constitución de 1787, aunque mejoraba sustancialmente la estructura del Gobierno federal y de los distintos poderes, dejó pendiente la incorporación expresa de ciertos derechos inalienables de

⁵⁵ En referencia a la Convención de Filadelfia que tuvo lugar en 1776, durante la cual las trece colonias fundadoras de los Estados Unidos de América decidieron coaligarse para formar un gobierno común y declarar una separación unilateral del Reino de Gran Bretaña.

⁵⁶ Estados Unidos de América. U.S. Declaration of Independence. *Jefferson, Thomas*. 4 de julio de 1776, 3 pp. Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.archives.gov/founding-docs>

⁵⁷ Los Artículos de la Confederación no fueron ratificados hasta el año 1781, debido a las disputas territoriales entre las Colonias.

los ciudadanos. El principal motivo de esta decisión fue la existencia de dos frentes con perspectivas opuestas: aquellos que defendían la necesidad de plasmar por escrito los derechos básicos del ciudadano como garantía adicional de los mismos ante la aparición de un gobierno tirano, y aquellos que aseguraban que la existencia de derechos escritos no supone sino una limitación a los mismos, que no necesitan de ser declarados, al ser inherentes a los ciudadanos americanos por el simple hecho de serlo⁵⁸.

Finalmente, y debido a la oposición tajante del grupo Anti-Federalista a la Constitución, por considerarla proclive a restringir derechos y amenazar a la libertad de los individuos, los Federalistas accedieron a incluir una serie de reformas a la Constitución en las que se trataran las libertades y derechos individuales, inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución.

De esta forma, la Libertad de Expresión, entre otros, se incorpora a la legislación estadounidense como parte integrante del “Bill of Rights” (en adelante, la “Carta de Derechos”). Este documento, ratificado en 1791, es considerado como parte de la Constitución de los EE.UU., cuyo principal propósito es modificar y complementar a la misma.

Históricamente, la doctrina ha entendido que mientras la Constitución se centraba en la estructura gubernamental y aspectos organizativos del Estado, la Carta de Derechos “invertía a los individuos y grupos minoritarios con derechos sustantivos como protección ante las mayorías populares”⁵⁹. Asimismo, la Carta también ha constituido un límite ante el poder gubernamental, ya que los Padres Fundadores (traducción literal de la denominación “Founding Fathers”, en referencia a los ideólogos y principales figuras en la independencia de los EE.UU. y creación de su Carta Magna) creyeron necesario establecer barreras ante la posibilidad de que el poder fuera arrebatado a su legítimo poseedor, el pueblo, por las elites elegidas para gobernar el país.

⁵⁸ Estos bandos, identificados como Anti-federalista y Federalista, respectivamente, encuentran su principal distinción en que mientras los primeros defendían la soberanía y autonomía de los estados en contra de la creación de un Gobierno federal, los segundos apoyaban la creación de una federación de Estados que constituyera una nación con una Constitución única. Los anti federalistas creían que la Constitución dotaba al Gobierno federal de demasiado poder, corriendo el riesgo de corromperse y arrebatarse el poder a los individuos, el pueblo, que inicialmente les había investido, lo que hacía necesario la creación de una Declaración de Derechos como contraparte lógica a la cesión de poderes al Estado. A los efectos de entender la oposición de los Federalistas a una Declaración de Derechos como documento con estructura única, es importante recordar los orígenes británicos de los primeros colonos en los Estados Unidos. Gran Bretaña tradicionalmente no ha contado con una Constitución escrita bajo un documento único, sino que la misma se recoge en una pluralidad de fuentes escritas y no escritas: leyes, sentencias, tratados, convenciones constitucionales parlamentarias o prerrogativas reales.

⁵⁹ REED AMAR, Akhil y ADAMS, Les. *The Bill of Rights Primer. A Citizen's Guidebook to the American Bill of Rights*. 1ª Edición. Nueva York: Skyhorse Publishing, 2013, 406 pp., ISBN: 978-1-63220-618-3. p. 52.

Se entiende que constituyen la Carta de Derechos las diez primeras Enmiendas a la Constitución de los EE.UU., que fueron aprobadas en bloque. Asimismo, existe una discusión doctrinal acerca de si se debe considerar la Decimocuarta Enmienda como parte de dicha Carta, ya que su ratificación en 1868, afectó directamente a la interpretación de las demás, y así ha venido siendo hasta la actualidad.

Consecuentemente, la Constitución de los EE.UU. y la Carta de Derechos han ido evolucionando mediante las Enmiendas promovidas por el Congreso y la interpretación judicial de las mismas por el Tribunal Supremo. Ejemplo de lo anterior es la introducción de la ya mentada Decimocuarta Enmienda, que implica una transición desde la mera aplicación de la regulación constitucional al gobierno federal (aplicación limitada) hasta la extensión del campo de actuación de la misma al derecho estatal (entendiendo por derecho estatal el derecho emanado por los diferentes estados que forman parte de los EE.UU.). Esta transición, como hemos señalado, viene propiciada por el desarrollo de la teoría de la incorporación⁶⁰ por parte del Tribunal Supremo.

En cuanto a la Libertad de Expresión como derecho autónomo, el mismo es recogido en la Primera Enmienda, lo cual nos guía en la importancia otorgada a este derecho y el papel clave que ha jugado en la historia estadounidense. Una lectura literal de la Primera Enmienda expresa: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”⁶¹.

Como podemos observar, no aparece tan sólo una referencia a la Libertad de Expresión, sino que también se recogen la Libertad Religiosa, el Principio de Laicidad del Estado, así como los Derechos de Reunión y de Petición.

Por su parte, y en lo que nos concierne, se garantiza la Libertad de Expresión mediante la prohibición al Congreso de restringir el derecho de los individuos y la garantía de que la prensa se podrá expresar libremente. Esta protección se interpreta de forma extensiva por la jurisprudencia, aplicándose no sólo al Congreso, sino a la totalidad del gobierno federal (entendiendo por gobierno

⁶⁰ El proceso de incorporación es una construcción jurisprudencial que deriva de la intención del legislativo federal de convertir en aplicables para los estados las disposiciones de la Carta de Derechos y, en conclusión, desterrar conclusiones como la del caso *Barron v. Baltimore* (1833), por la cual se estableció el precedente judicial de que la Carta de Derechos no era de aplicable a los órganos gubernamentales de los estados, sino únicamente al gobierno federal.

⁶¹ Traducción del original tomada de la página web oficial del gobierno de los EE.UU. “National Archives”. *La Carta de Derechos* [en línea]. Actualizado el 15 de agosto de 2016. [Citado el 14/11/2016], <https://www.archives.gov/espanol/declaracion-de-derechos.html>.

las ramas ejecutiva y legislativa); llegando a ampliar su ámbito de cobertura constitucional a las actuaciones de los gobiernos estatales, por medio de la incorporación de la Decimocuarta Enmienda.

Hay que destacar que la Libre Expresión es un derecho cuyo contenido ha variado de forma significativa a lo largo de la historia constitucional estadounidense: “aunque es cierto que el texto de la Primera Enmienda es suficientemente amplio para proteger los derechos de las minorías impopulares (como los Testigos de Jehová y los comunistas), originalmente el núcleo histórico y estructural de la Enmienda existía para salvaguardar los derechos de las mayorías populares ante un Congreso hipotéticamente no representativo y egoísta”⁶².

Podemos observar esta transición interpretativa en el vínculo tradicional que ha tenido la Libertad de Expresión con los juicios del jurado (Séptima Enmienda). En sus inicios, los casos de difamación y otros enjuiciamientos relacionados con publicaciones de información que afectaban a órganos federales, requerían de un juicio del jurado. Esta disposición se basaba en la percepción de que, de esta manera, el juicio se desarrollaría de manera imparcial, ya que los ciudadanos que forman parte del tribunal del jurado eran libres de votar a favor del encausado, sin temor de sufrir represalias por parte del gobierno, mientras que los jueces, directamente designados por la misma administración federal que en muchos casos los acusados habían atacado en sus expresiones o publicaciones, constituían un órgano no independiente, y por tanto susceptible de parcialidad en su decisión⁶³.

En cambio, “la aplicación actual de la Primera Enmienda lleva a los abogados a perseguir la limitación del poder del jurado apelando a los jueces federales. Esto se debe al cambio de objetivo de la Primera Enmienda hacia la protección del discurso minoritario o impopular”⁶⁴. Por tanto, se puede entender que la Libertad de Expresión ha pasado de ser empleada en sus inicios como protección de la expresión del pueblo en contra del Gobierno, hasta ser en la actualidad una garantía que permite a aquellos que piensan de manera distinta a la mayoría de la población, expresar sus opiniones sin temor a represalias por parte de los mismos.

De esta forma, se trata de garantizar el derecho de los individuos a expresarse sin interferencias o restricciones por parte del gobierno o por las presiones que el mismo recibe de la opinión pública. Y en esta labor, tiene cada vez más incidencia la intervención de los Tribunales. En opinión de

⁶² REED AMAR, Akhil y ADAMS, Les; *Op. cit.*, pp. 74-75.

⁶³ *Vid.* REED AMAR, Akhil y ADAMS, Les. *Op. cit.*, pp. 74-77.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 77.

STONE y VOLOKH, “los Tribunales no han sido siempre protectores de la Libertad de Expresión. En el siglo diecinueve, por ejemplo, los tribunales permitían el castigo de la blasfemia, y durante y hasta poco después de la Primera Guerra Mundial, el Tribunal Supremo mantuvo que aquellos discursos tendentes a promover el crimen -tales como el discurso condenando el servicio militar obligatorio o elogiando el anarquismo- podían ser castigados. Más aún, no fue hasta 1925 que el Tribunal Supremo mantuvo que la Primera Enmienda limitaba a los gobiernos estatales y locales, además de al gobierno federal. No fue hasta el comienzo de los años 20, cuando el Tribunal Supremo comenzó a interpretar la Primera Enmienda de una manera más extensa, y esta tendencia se aceleró en la década de los 60. Hoy, la protección legal ofrecida por la Primera Enmienda es más fuerte de lo que ha sido nunca históricamente”⁶⁵.

En resumen, las dos notas predominantes de la evolución histórica de la Libertad de Expresión en EE.UU. son, en primer lugar, un cambio en el foco de protección del derecho desde la cobertura ante posibles acciones limitadoras de derechos del Estado hacia la protección de la opinión minoritaria ante las mayorías populares y, en segundo lugar, la transición del papel de los tribunales, que cada vez favorecen en mayor medida el derecho a la Libertad de Expresión de los individuos en detrimento de las acciones del gobierno o la opinión pública.

5.2. La Libertad de Expresión en la Constitución. La Primera Enmienda

Por lo general, tres grandes derechos se agrupan para su estudio en la teoría del Derecho Constitucional estadounidense: Libertad de Expresión, Libertad de Información de la prensa y Libertad de Asociación. Al igual que ocurrió al estudiar el enfoque español de la Libertad de Expresión, aunque en nuestro caso sólo nos referiremos a esta por motivos de complejidad y de extensión del presente trabajo, es posible que en ocasiones se mencionen decisiones jurisprudenciales que atañen a los otros derechos, debido a su proximidad en el esquema de Derechos Fundamentales.

La Libertad de Expresión se categorizó como Derecho Fundamental en los EE.UU. con base en una serie de valores que la misma protege, como son: el descubrimiento de la verdad, facilitar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, la creación de una comunidad más estable y flexible, asegurar la autorrealización del individuo, evitar el abuso de poder por parte

⁶⁵ Traducción del original tomada de la página web del National Constitution Center. STONE, GEOFFREY R. y VOLOKH, Eugene. *Freedom of Speech and the Press*. [en línea]. [Citado el 16/11/2016], <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-i/the-freedom-of-speech-and-of-the-press-clause/interp/33>

del Gobierno, promover la tolerancia o crear una sociedad diversa y abierta⁶⁶. Como podemos ver, estos objetivos están directamente relacionados con la promoción de la vida, libertad y búsqueda de la felicidad proclamados en la Declaración de Independencia.

Por otra parte, y si nos centramos en la redacción constitucional del derecho en cuestión, el extracto relevante de la Primera Enmienda expresa: “El Congreso no redactará ley alguna (...) que limite la Libertad de Expresión, o de la prensa”. Como podemos observar, esta garantía constitucional es cuanto menos difusa en su redacción, lo cual contrasta en gran medida con el primer borrador de la Carta de Derechos redactado por James Madison, que recogía en dos Enmiendas: “El pueblo no será privado o limitado en su derecho a hablar, escribir o publicar sus sentimientos; y la libertad de prensa, uno de los grandes baluartes de la libertad, será inviolable”, “Ningún estado violará los derechos de igualdad de la consciencia, o de la prensa”⁶⁷.

Esta primera redacción no prosperó, especialmente en cuanto a la aplicación de la misma en materia estatal, debido a la ya comentada reticencia a la cesión de competencias por parte del gobierno de los estados al gobierno federal. Recordemos, asimismo, que la aplicación de la Libertad de Expresión, entre otros, a las actuaciones de los órganos estatales, no comenzó hasta que el Tribunal Supremo adoptó el proceso de incorporación de la Carta de Derechos a través de la Decimocuarta Enmienda (década de 1920). En consonancia con lo anterior, el desarrollo jurisprudencial de la Libertad de Expresión por parte de las Cortes estadounidenses no empezó a ser sustancial hasta el siglo XX⁶⁸.

Es entonces cuando los Tribunales se empezaron a cuestionar el contenido de la Libertad de Expresión, ya que la escueta redacción constitucional dejaba un amplio margen de interpretación.

Respecto a la extensión de la Libertad de Expresión, el propio Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que dicho derecho no es absoluto: “Es un principio fundamental, de larga tradición, que la Libertad de Expresión y de la prensa garantizadas por la Constitución no confieren un derecho absoluto a hablar o publicar, sin responsabilidad, todo aquello que uno elija, ni se trata

⁶⁶ *Vid.* Constitutional Conflicts, página web desarrollada por la Facultad de Derecho la Universidad de Missouri-Kansas City. LINDER, DOUG. *Introduction to the First Amendment* [en línea]. [Citado el 10/01/2017], <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/firstaminto.htm>

⁶⁷ Estados Unidos de América. Bill of Rights (First Draft). *Madison, James*. 8 de junio de 1789, 2 pp. Traducción propia. Disponible en: http://www.constitution.org/bor/amd_jmad.htm

⁶⁸ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 268 U.S. 652, de 8 de junio de 1925. En el caso *Gitlow v. New York*, el Tribunal Supremo estadounidense declara por primera vez que el derecho a la libertad de expresión y de la prensa que son protegidos por la Primera Enmienda de limitaciones por parte del Congreso, se encuentran también entre aquellos derechos personales y libertades protegidos por la cláusula del debido proceso (Decimocuarta Enmienda), que previene el menoscabo por parte de los estados de una serie de derechos fundamentales.

de una licencia sin restricciones e incontrolada que otorga inmunidad por cada posible uso del lenguaje, impidiendo el castigo de aquellos que abusan de dicha libertad”⁶⁹.

A la hora de interpretar el precepto constitucional, y una vez determinado que no se trata de un derecho ilimitado, una de las primeras preguntas a plantear es si las acciones que no incluyen el discurso verbal o escrito constituyen Libertad de Expresión, y en función de la respuesta, si los mismos están protegidos o no.

A este respecto, el Tribunal ha diferenciado tres tipos de expresión, que recibirán una protección de diferente intensidad: en primer lugar, expresión únicamente verbal o escrita de los pensamientos y opiniones ante una audiencia voluntaria. Esta modalidad recibe una protección fuerte por parte de los Tribunales. A continuación, expresión que implica acciones, como pueden ser las manifestaciones o protestas, junto con el uso de la palabra. En estos casos, la protección cuenta con mayores limitaciones, normalmente basadas en la seguridad y el bienestar de la comunidad (situación comparable a la protección española de los “bienes constitucionalmente protegidos”). Por último, la expresión simbólica que no conlleva un discurso oral o escrito, pero que incluye una serie de símbolos reconocidos por las Cortes como formas de Libre Expresión (por ejemplo, portar brazaletes negros en señal de protesta). Esta última forma de expresión es la que genera una mayor controversia y, por tanto, la menos protegida.

En relación con lo anterior, encontramos un ejemplo de la discusión existente en cuanto a la Libertad de Expresión no discursiva o simbólica en la respuesta del Tribunal Supremo en el caso *O’Brien v. United States* (1968) [FJ II]⁷⁰: “No podemos aceptar el punto de vista de que una aparentemente ilimitada variedad de conductas puedan ser calificadas como «expresivas» siempre que la persona que participa en la conducta pretende de ese modo expresar una idea. Sin embargo, incluso bajo la asunción de que el presunto elemento comunicativo presente en la conducta de O’Brien fuera suficiente para que entrara en juego la Primera Enmienda, esto no lleva necesariamente a concluir que la destrucción de un certificado de registro es una actividad constitucionalmente protegida. Este Tribunal ha mantenido que cuando elementos «discursivos» y «no discursivos» son combinados en la misma línea de conducta, un interés gubernamental

⁶⁹ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 268 U.S. 652, de 8 de junio de 1925. *Gitlow v. New York*.

⁷⁰ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 391 U.S. 367, de 27 de mayo de 1968. *United States v. O’Brien*.

suficientemente importante en regular el elemento no discursivo puede justificar limitaciones incidentales en las libertades de la Primera Enmienda”⁷¹.

De esta forma, incluso la Libertad de Expresión ejercida en su forma más básica puede no ser protegida en ocasiones. En el conocido caso del Tribunal Supremo *Schenck v. United States* podemos observar como existen circunstancias que pueden determinar que la Libertad de Expresión que en otros momentos sería considerada como constitucional, deje de serlo por la situación que atraviesa el Estado: “Palabras que, usadas ordinariamente y en muchos lugares, estarían dentro de la protección a la Libertad de Expresión de la Primera Enmienda pueden estar sujetas a prohibición cuando, por su naturaleza y uso en ciertas circunstancias, pueden crear un peligro claro y actual de provocar los males sustantivos que el Congreso tiene derecho de prevenir. El carácter de cada acto depende de las circunstancias en que es cometido”⁷².

Si bien es cierto que situaciones como la anterior se pueden producir, esto sólo ocurre en momentos excepcionales y cuya gravedad puede requerir una limitación de ciertos Derechos Fundamentales como, por ejemplo, situaciones en que el Estado ha entrado en guerra. De esta manera, también podría ocurrir en España en aquel caso en que se declarase el estado de excepción o sitio del artículo 116 CE. Así se reconoce en el artículo 55.1 CE: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”.

Una vez determinado que la Libertad de Expresión recogida por la Carta de Derechos es de aplicación en el ámbito federal y estatal, incluyendo no sólo la expresión verbal o escrita de las ideas propias, sino también aquellas acciones directamente relacionadas con la misma y que refuerzan el contenido discursivo e incluso la expresión simbólica, cabe preguntarse qué tipo de límites han sido reconocidos como tolerables frente a los diferentes tipos de expresión.

⁷¹ El caso *O'Brien v. United States* recoge la quema de una cartilla de registro militar en las escaleras de los Juzgados de Boston, Massachusetts. En 1965 se había ratificado una Enmienda a la Ley de Entrenamiento Universal Militar y Servicio de 1948 por la cual se constituía como delito la falsificación, alteración y destrucción o mutilación conscientes de dicho certificado. O'Brien argumentó que la quema de la cartilla había constituido un ejercicio de su libertad de expresión, con el cual denunciaba su oposición a la participación de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam.

⁷² Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 249 U.S. 47, de 3 de marzo de 1919. *Schenck v. United States*. En dicha Sentencia el Tribunal Supremo condena a los acusados, miembros activos del partido comunista, por conspiración para obstruir el reclutamiento y alistamiento de tropas. Se considera que la obstrucción se produce por la impresión y distribución de una circular en la que se alienta a los ciudadanos reclutados a insubordinarse rehusando a participar en la Primera Guerra Mundial.

5.3. Límites a la Libertad de Expresión en el ordenamiento jurídico estadounidense

En el caso del ordenamiento jurídico estadounidense, los límites a la Libertad de Expresión no vienen establecidos por la propia Constitución, sino que ha sido el Tribunal Supremo el que ha establecido unas categorías predefinidas de contenido, *a prima facie*, no reconocido como susceptible de protección por la Primera Enmienda.

A continuación, realizaremos una enumeración de estas distintas categorías, deteniéndonos brevemente a definir cada una de ellas, mediante el uso de las propias conclusiones del Tribunal.

5.3.1. Apología de comportamientos ilegales

Aunque la protección del discurso político es uno de los cimientos del derecho a la Libertad de Expresión, el Tribunal Supremo viene distinguiendo entre la disidencia política (entendida en un sentido amplio, como opinión política adversa al gobierno democráticamente constituido, al sistema de derecho vigente o a alguna cuestión política aceptada por la opinión pública mayoritaria) en una forma genérica o de manera abstracta, constitucionalmente protegida, y la incitación a la comisión de determinados actos ilegales, que no sólo está desprotegida, sino que es punible.

La principal problemática de esta categoría en cuestión viene propiciada por el propio Tribunal, cuyas decisiones han dificultado establecer con claridad una línea que separe ambas conductas.

En el caso *Schenck v. United States*, mencionado anteriormente, el Tribunal estableció un estándar de ponderación a aplicar en aquellos casos en que se requería discernir entre conductas expresivas lícitas y conductas expresivas delictivas, denominado como el test “del peligro claro y presente” (en el original, “clear and present danger test”). En función de este test, si un acto expresivo determinado era propicio para causar un peligro fácilmente discernible en el momento en que tenía lugar, no estaba protegido por la Primera Enmienda y era, por tanto, punible, incluso aunque el peligro finalmente no se produjera. Esta opinión de la Corte, y en concreto del Juez Holmes, se mantuvo en los casos *Frohwerd v. United States*⁷³ y *Debs v. United States*⁷⁴.

⁷³ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 249 U.S. 204, de 10 de marzo de 1919. *Frohwerd v. United States*. En este caso, similar a *Schenck v. United States*, se determina que, aunque la Primera Enmienda prohíbe la legislación contra la libertad de expresión de forma genérica, no tiene como propósito dotar de inmunidad a cada posible uso del lenguaje.

⁷⁴ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 249 U.S. 211, de 10 de marzo de 1919. *Debs v. United States*. En esta decisión se llega a la misma conclusión que en las anteriormente mencionadas, añadiendo que el propósito del acusado (la oposición a las acciones del Gobierno en materia militar e incitación a la insubordinación) y las formas de expresión usadas para lograrlo, aunque meramente incidentales en la propaganda del socialismo, constituían la expresión de una creencia general y consciente que no merecía la protección de la Primera Enmienda.

La teoría desencadenó en la declaración por parte del Tribunal estadounidense de que los legislativos estatales y federal tenían derecho a prohibir totalmente ciertos tipos de expresión, dado que conllevaban un riesgo sustantivo sin importar las circunstancias que los rodeasen (*Whitney v. California*)⁷⁵.

Al mismo tiempo, el juez Hand, también miembro del Tribunal Supremo, articuló el llamado test de “Learned Hand”, en contraposición al test del “peligro claro y presente”. Esta prueba tomaba en cuenta únicamente el discurso o acto expresivo llevado a cabo, sin prestar atención a las circunstancias que lo rodeaban. Consecuentemente, la expresión objeto de revisión sólo podría ser castigada en aquellos casos en que dirigían inequívocamente a la desobediencia de la ley, sin tener efecto alguno cuando la actividad expresiva únicamente se tratara de actitudes críticas hacia la norma. Aunque desarrollado en el mismo período histórico que el “test del peligro claro y presente”, este test no fue puesto en práctica, parcialmente, hasta el caso *Brandenburg v. Ohio*⁷⁶.

A día de hoy, el Tribunal Supremo aplica una teoría que bebe del test de Hand, protegiendo en mayor medida la Libertad de Expresión, aunque sin dejar de tener en cuenta ciertos aspectos de la teoría del peligro claro y presente. En resumen, para que un acto expresivo quede privado de cobertura constitucional, el Tribunal exige que la apología en cuestión esté dirigida a incitar o producir una acción ilícita inminente y, además, que sea probable que vaya a incitarla o producirla. Es decir, a diferencia del “test del peligro claro y presente”, es importante el grado de probabilidad de que se produzca el hecho. Además del caso *Brandenburg v. Ohio*, podemos encontrar este nuevo estándar, conocido como el “test de la incitación” (en el original, “the incitement test”), en *Bond v. Floyd*,⁷⁷ *Hess v. Indiana*⁷⁸ y *Watts v. United States*⁷⁹.

⁷⁵ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 274 U.S. 357, de 16 de mayo de 1927. *Whitney v. California*.

⁷⁶ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 395 U.S. 444, de 9 de junio de 1969. *Brandenburg v. Ohio*. En este caso un miembro del Ku Klux Klan fue condenado conforme al Estatuto de Sindicalismo Criminal del estado de Ohio por apología de la violencia y el crimen, así como por formar parte de un grupo que defiende la doctrina del sindicalismo criminal. Tras aplicar el test de Hand, el Tribunal concluyó que la ley se extralimitaba en su redacción y que no está entre las facultades del legislativo la de prohibir la mera apología de la violencia, a menos que la misma conlleve una acción ilegítima inminente.

⁷⁷ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 385 U.S. 116, de 5 de diciembre de 1966. *Bond v. Floyd*. Bond, tras ser elegido como representante para el Congreso del estado de Georgia, es despojado de su puesto en la Cámara debido a unas declaraciones contrarias a la guerra de Vietnam. Tras alegar que su derecho a expresarse libremente ha sido vulnerado, el Tribunal determina que el estado de Georgia y su Congreso han vulnerado la Primera Enmienda al privar a Bond de ejercer una labor para la que había sido electo, simplemente por sus declaraciones. La Corte se basa en el hecho de que Bond no incito al ejercicio de acciones ilícitas, ni generó ningún peligro claro y presente, sino que se limitó a dar su punto de vista respecto a la política nacional.

⁷⁸ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 414 U.S. 105, de 19 de noviembre de 1973. *Hess v. Indiana*. En el presente caso, Hess, participante en una manifestación universitaria contraria a la guerra, es detenido por

De esta manera, aunque en los casos de apología de conductas ilegales se ha observado una tendencia del Tribunal Supremo hacia una norma por medio de la cual “las garantías constitucionales de la Libertad de Expresión y la Libertad de Información no permiten a un estado prohibir o proscribir la apología del uso de la fuerza o violación de la ley a menos que dicha apología esté dirigida a incitar o producir una acción ilícita e inminente que, además, sea probable que incite o produzca dicha acción”, lo cierto es que el Tribunal no ha vuelto a revisar esta opinión desde entonces, por lo que hay cierta incertidumbre acerca de si dicho estándar seguiría siendo de aplicación.

5.3.2. Difamación

Esta categoría comprende acciones como la difusión de afirmaciones falsas que dañan la reputación del perjudicado o la aflicción intencional de angustia emocional.

Inicialmente, el Tribunal Supremo estableció que cualquier acción incluida dentro de los supuestos de difamación no era merecedora de protección bajo ninguna circunstancia. En *Chaplinsky v. New Hampshire*⁸⁰, se concluyó que las declaraciones difamatorias no eran parte esencial de ningún discurso o exposición de ideas.

Sin embargo, posteriormente, la Corte decidió modificar su punto de vista para determinar que se debía poner algunos límites en las normas que un estado puede establecer en cuanto a las acciones difamatorias. En concreto, es necesario dejar espacio para la defensa del llamado “error honesto” (también conocido como “estándar del New York Times”, en referencia al caso *New York Times v. Sullivan*⁸¹) en aquellos casos en que se tratan declaraciones falsas concernientes a funcionarios

afirmar “tomaremos esta calle más tarde (o de nuevo)”. Según el Tribunal, el lenguaje de Hess no es suficientemente grave como para caer en aquellos casos de peligro que el Estado es susceptible de castigar sin violar la Primera Enmienda.

⁷⁹ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 394 U.S. 705, de 21 de abril de 1969. *Watts v. United States*. El peticionario, Watts, fue procesado por realizar unas declaraciones en una reunión pública en las que manifestaba que, en caso de ser requerido por las Fuerzas Armadas, y obligado a portar un arma, “la primera persona a la que querría tener en su mira es a Lindon B. Johnson”. En este caso, el Tribunal decide a favor del procesado ya que estima que la amenaza no era real, ni había posibilidad alguna de que se llevara a cabo, entrando en la esfera de protección constitucional.

⁸⁰ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 315 U.S. 568, de 9 de marzo de 1942. *Chaplinsky v. New Hampshire*. En esta sentencia se recoge la afirmación de que existen una serie de “bien definidos y estrechamente delimitados” tipos de expresión, cuya prevención y castigo no suscitan duda constitucional alguna. Estas incluyen las palabras lascivas, obscenas, profanas, difamatorias e insultantes o “combativas”, que incitan a infligir daño o a una ruptura inmediata de la paz.

⁸¹ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 376 U.S. 254, de 9 de marzo de 1964. *New York Times v. Sullivan*. El argumento más destacable de esta sentencia es la declaración por parte del Tribunal de que un estado no puede conceder daños y perjuicios a un funcionario público por un caso de difamación relacionado con sus actuaciones

públicos en el ejercicio de sus funciones. Finalmente, esta protección del emisor de la expresión, se extendió también a los casos de personajes públicos.

En cuanto a los casos de aflicción de estrés emocional, el “estándar del New York Times” también es de aplicación. Por tanto, el agraviado solo podrá ver reparado su derecho en cuanto pueda probar que la expresión se emitió con conocimiento o desprecio temerario acerca de su falta de veracidad⁸².

Revisando una decisión de la Corte más cercana en el tiempo, en *Air Wisconsin Airlines Corp. v. Hoeper*⁸³, Hoeper, un piloto de la compañía Air Wisconsin, se vio afectado por la retirada del avión para el cual disponía de certificado como piloto. Tras fallar en tres intentos de obtener una nueva certificación para pilotar uno de los aviones disponibles, Air Wisconsin le ofreció una última oportunidad de examinarse en la que Hoeper no tuvo éxito, a lo que respondió con una actitud reprochable, empleando el insulto y vertiendo acusaciones en contra del examinador. Tras estos hechos, los oficiales de la aerolínea discutieron el historial conflictivo de Hoeper, incluyendo el hecho de que por su cargo tenía permiso para portar armas mientras pilotaba. Finalmente, un alto cargo de la compañía notificó a la Administración de Seguridad en el Transporte (por sus siglas en inglés, TSA) que Hoeper ostentaba un puesto por el cual estaba legitimado a portar un arma y que la compañía tenía reservas acerca de su estabilidad mental y el paradero de su arma reglamentaria, así como que el empleado de la aerolínea había sido despedido ese mismo día (situación que no se había producido, aunque tal despido era inminente). Tras estas declaraciones, la Administración extrajo a Hoeper del avión, le inspeccionó y le preguntó acerca de la localización de su arma.

Esta actuación de Air Wisconsin tuvo lugar con base a la “Ley de Seguridad en la Aviación y el Transporte” que otorgaba inmunidad a aquellas aerolíneas y empleados de las mismas que reportasen comportamientos sospechosos, a menos que dicha revelación se hubiera realizado con conocimiento de que la misma era falsa, inexacta o errónea, o con desprecio temerario a la veracidad de la misma.

De esta forma, el Tribunal mantuvo que la Ley se ajustaba al “estándar del New York Times”, y que, además, la actuación concreta por parte de la aerolínea había sido correcta en cuanto a que las

oficiales a menos que el mismo pueda probar que hubo una actuación dolosa o “malicia” en las declaraciones efectuadas.

⁸² *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 485 U.S. 46, de 24 de febrero de 1988. *Hustler Magazine v. Falwell*. La sentencia se reafirma en que el hecho de que la recuperación de daños y perjuicios por parte de un funcionario público con causa en una actividad expresiva, no puede producirse sin probar previamente la intención maliciosa.

⁸³ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 571 U.S., de 27 de enero de 2014. *Air Wisconsin Airlines Corp. v. Hoeper*.

acusaciones vertidas en contra del demandante no contenían ninguna falsedad “sustancial” (entendiendo por falsedad sustancial aquella que hubiera tenido un efecto diferente en la mente del lector [u oyente] a la que la verdad hubiera producido). Por tanto, dado que el mensaje transmitido por el directivo de la aerolínea, a pesar de no ser exacto, produjo el mismo efecto que hubiera producido una verdad absoluta (bajo el entender de la Corte), la acción se declaró como constitucional.

5.3.3. “Fighting words” o palabras que inducen a la violencia

Las “fighting words” constituyen actos expresivos que tienen una gran probabilidad de provocar violencia en las personas que los reciben. Normalmente, esta violencia será dirigida hacia la propia persona que emite el mensaje. Este tipo de declaraciones se encuentran, por ejemplo, en la anteriormente mencionada *Chaplinsky v. New Hampshire*⁸⁴.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no cualquier insulto o expresión injuriosa es constitutiva de esta categoría. No será considerados “fighting words” aquellos discursos que únicamente enfurezcan a los oyentes, sino que se debe producir una incitación clara a la violencia. Por otra parte, en los casos en que exista la posibilidad de controlar a las personas agraviadas por la expresión, se deberá acudir a esta solución antes que a prohibir la Libre Expresión. Estas consideraciones incluyen al discurso del odio, que no en todos los casos se encuentra desprotegido.

En el caso del discurso del odio, el gobierno deberá seguir una serie de reglas determinadas en caso de querer legislar en su contra. En primer lugar, no es permisible una prohibición total de las expresiones que recogen determinadas circunstancias, como la raza, color, religión o sexo. Además, la normativa ha de ser lo suficientemente concreta, prohibiendo únicamente las peores situaciones, aquellas que ilustran la razón por la que el discurso en concreto debería quedar desprotegido. A pesar de ello, el gobierno sí estará legitimado para castigar con mayor gravedad hechos criminales en el caso de que estén motivados por razones de odio. Asimismo, se podrán castigar aquellos casos en que el propósito de ejercer la Libertad de Expresión es intimidar o amenazar a otra persona.

Por el contrario, si es la mera identidad o actos legalmente amparados de un individuo lo que provocan la violencia de otros, no será aplicable esta categoría y el gobierno no podrá censurar sus actuaciones.

⁸⁴ En los hechos de interés para esta clasificación, el acusado llamó al alguacil municipal “maldito chantajista” y “condenado fascista”, declaraciones que resultaron en una pelea pública.

En línea con lo anterior, encontramos el caso *Snyder v. Phelps*⁸⁵ en el que miembros de la Iglesia Bautista de Westboro fueron demandados por daños y perjuicios en concepto de aflicción intencionada de angustia emocional. Los hechos que dan lugar a este conflicto jurídico tuvieron lugar durante el funeral del Marine Snyder, muerto en combate durante la guerra de Irak. Fred Phelps, fundador de la Iglesia de Westboro, y otros seis miembros de la misma, acudieron como piquetes a los alrededores del funeral para expresar su mensaje: Dios odia a los Estados Unidos por su tolerancia de la homosexualidad, en especial en cuanto a la permisividad de la misma por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Durante esta protesta, los miembros de la Iglesia Batista de Westboro mostraron carteles con mensajes como: “Gracias a Dios por los soldados muertos”, “América está condenada”, o “Vais a ir al infierno”, entre otros. Tras estos hechos, los padres del difunto soldado procedieron a denunciar a los miembros de la Iglesia en concepto de daños y perjuicios.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo a este respecto, fue el que sigue: en primer lugar, la Libertad de Expresión de la Primera Enmienda puede servir como defensa en demandas por daños y perjuicios derivadas de la aflicción intencionada de angustia emocional. La Primera Enmienda servirá como defensa en cuanto el discurso ocupe materias de interés público, lo cual se determina según las circunstancias del caso (a este respecto, se considera expresión con interés público aquella relacionada con cualquier materia de carácter político, social o de la comunidad, así como aquella que está sujeta a un interés general y de valor e interés para la sociedad). Para determinar si un discurso es de interés público o, por el contrario, privado, el Tribunal se basa en un examen del contenido, forma y contexto de dicho discurso, en función de la totalidad de las circunstancias que lo rodean.

En el caso concreto, en cuanto al contenido, se considera que la “conducta política y moral de los Estados Unidos y sus ciudadanos, el destino de la nación, la homosexualidad en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los escándalos que envuelven a la Iglesia Católica” son asuntos de interés público. La forma, no problemática en este caso, conllevaba la exhibición de pancartas de manera pacífica a una distancia prudencial del evento en cuestión. Por último y en relación con el contexto, esto es, su conexión con el funeral de un marine, el Tribunal Supremo manifestó que el hecho de que la expresión se hubiera producido durante un acto funerario, por sí mismo, no transformaba la naturaleza del discurso de la Iglesia de Westboro, ya que la acción no había sido

⁸⁵ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 562 U.S., de 2 de marzo de 2011. *Snyder v. Phelps*.

llevada a cabo con el objetivo de atacar de manera personal a la familia del Marine Snyder (demostrado en cuanto la Iglesia había realizado numerosas protestas similares coincidiendo con otros eventos).

Por tanto, concluye la Corte, aunque el lugar de la protesta haya sido elegido deliberadamente y su contenido pueda resultar doloroso para el sujeto, eso no implica que la expresión deba dejar de ser protegida por la Primera Enmienda.

Aunque, hasta ahora, la opinión del Tribunal Supremo en este caso parece del todo protectora de la Libertad de Expresión, la propia sentencia indica: “incluso cuando la expresión está protegida, la misma no es igualmente permisible en todo lugar y momento. La elección de Westboro acerca de dónde y cuándo celebrar su protesta no está por encima del alcance regulador del gobierno; está, en todo caso, sujeto a restricciones razonables de tiempo, lugar y forma”. Aún así, finaliza la Corte, la especial protección al derecho a la Libre Expresión de los miembros de esta Iglesia (en cuanto estaban discutiendo materias de interés público), no puede ser vencida por el simple hecho de que resulte dañina para alguien, ya que este resultado daría lugar a un riesgo de que se castigase la Libre Expresión con base exclusiva en el punto de vista de quien la ejerce.

5.3.4. Declaraciones falsas

En cuanto a la prohibición por parte del legislativo de las declaraciones objetivamente falsas que no constituyan acciones difamatorias, la regla general será que no se puede prohibir ciertas expresiones con simple base en el hecho de que son inciertas⁸⁶. Únicamente en aquellas situaciones en que la expresión sea especialmente proclive a producir un daño severo, podrá el legislativo introducir una prohibición de carácter genérico respecto a las mismas.

5.3.5. Obscenidad

Debido al amplio espectro de la palabra, ha resultado tremendamente difícil para el Tribunal Supremo estadounidense establecer el tipo de expresiones y materiales que están sujetos a la categorización de “obscenos”. Por lo general, será necesaria una respuesta caso por caso para determinar si los hechos o contenido, están o no protegidos por la Primera Enmienda.

⁸⁶ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 132 S. Ct. 2537, de 28 de junio de 2012. *United States v. Alvarez*. En este caso el Tribunal determina que no es posible que las leyes castiguen simplemente por mentir, a menos que se pueda probar que dichas mentiras resultarían en daños graves y probables. Por ejemplo, y en aplicación al caso concreto, no se puede punir a una persona por alegar que ha sido condecorado con una medalla militar cuando este hecho, en realidad, es objetivamente falso.

La definición de obscenidad otorgada por la Corte se puede encontrar en el caso *Roth v. United States*⁸⁷. Un acto será obsceno “cuando, para la persona media, aplicando las normas actuales de la comunidad, el objeto dominante del material apele a intereses lascivos”. Asimismo, se entiende por lascivo aquel material “tendente a provocar pensamientos lujuriosos” excluyendo aquellos que “provoquen únicamente deseos sexuales normales y sanos”⁸⁸. Además, la obra ha de incurrir en la descripción de una conducta específicamente definida por el derecho estatal aplicable de una forma patentemente ofensiva y sexual, teniendo una clara falta de valor literario, artístico, político o científico (teoría jurisprudencial conocida como el “Test de Miller”).

En *Ashcroft v. Free Speech Coalition*⁸⁹, el Tribunal Supremo juzga la constitucionalidad de la Ley de Prevención de Pornografía Infantil, en materia de Libertad de Expresión. Esta Ley extendió la prohibición federal en contra de la pornografía infantil a aquellas imágenes que parezcan retratar menores pero que han sido producidas sin emplear a ningún menor de edad (como la realidad virtual o uso de personas adultas con apariencia juvenil). Aunque es cierto que la Corte estableció en *New York v. Ferber*⁹⁰ la excepción en la aplicación del “Test de Miller” en aquellos casos de pornografía que mostraba a menores, debido al interés especial del estado en proteger a los niños bajo explotación sexual, en *Ashcroft v. Free Speech Coalition* opinó que “prohibiendo la pornografía infantil que no retrate a un menor real, la ley iba más allá” de lo admitido por las sentencias anteriores. Ya que en este caso, la legislación “prohíbe la expresión a pesar de su valor literario, artístico, político o científico” (que la Corte admite, puede existir, ejemplificando su argumento con numerosas obras de diversas índoles que mostraban actividades sexuales en que menores de edad tomaban parte) y además, los actos censurados no se corresponden con una actividad ilícita, ni hay pruebas concluyentes de que puedan incitar a la comisión de las mismas.

En conclusión, determina el Tribunal «el gobierno no puede prohibir expresiones lícitas como medio para suprimir expresiones ilícitas. El discurso merecedor de protección constitucional no se

⁸⁷ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 354 U.S. 476, de 24 de junio de 1957. *Roth v. United States*. En este caso, el Tribunal condenó a un editor y al dueño de una empresa de venta por correo por distribuir publicaciones con contenido erótico y fotografías explícitas. En esta temprana sentencia, aunque se desarrolló parte de la teoría aplicada a día de hoy para la determinación de obscenidad, aún no se implantaba el estándar actual de “conductas sexuales insanas o anormales sin valor cultural alguno”. Esto implica que en los años 50 y 60 era posible ser condenado por la distribución de pornografía. En la actualidad, la distribución de pornografía no es punible a menos que recoja actos considerados ilegales por las leyes del estado o federales, por ejemplo, pornografía infantil.

⁸⁸ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 472 U.S. 491, de 19 de junio de 1985. *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*

⁸⁹ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 535 U.S. 234, de 16 de abril de 2002. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.

⁹⁰ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 458 U.S. 747, de 2 de julio de 1982. *New York v. Ferber*.

convierte en desprotegido por el simple hecho de que sea similar al no protegido. (...) De esta forma, la doctrina de la “excesiva amplitud” (“the overbreadth doctrine”) prohíbe que el gobierno proscriba expresiones desprotegidas si una parte sustancial de expresión protegida resulta afectada por ello».

Por último, en *United States v. Stevens*⁹¹, se discute la constitucionalidad de una ley que criminaliza la “creación con propósitos comerciales, venta o posesión de ciertas representaciones de crueldad animal”, exceptuando aquellas situaciones que conllevaran un “valor religioso, político, científico, educativo, periodístico, histórico o artístico serio”. En este caso, el Tribunal Supremo, en una polémica sentencia, declaró que las representaciones de crueldad animal no pertenecen a ninguna de las clases desprotegidas de la Primera Enmienda. Además, determinó que la Ley era “extremadamente amplia” (“the overbreadth doctrine”), ya que un número sustancial de aplicaciones de la misma eran susceptibles de ser inconstitucionales en relación con el valor del interés argüido por el gobierno. Aunque el lenguaje de la norma en cuestión seguía el “test de Miller”, la Corte determinó que dicho test *per se* no implica que mediante la adición del concepto de “valor serio de la obra” en una ley, esta pueda ser usada para proteger otros tipos de expresión que no han sido expresamente declarados como protegidos.

5.3.6. Afirmaciones engañosas o falsas

En este caso se trata únicamente de expresión con propósitos comerciales. Este tipo de comunicaciones no serán permitidas en los casos en que sean engañosas, falsas o propongan la ejecución de transacciones ilegales.

Tras examinar los diferentes límites establecidos por el Tribunal Supremo a la Libertad de Expresión, podemos llegar a la conclusión de que no todos los contenidos discursivos tienen el mismo valor en un sistema democrático. De esta forma, aquellos temas de discusión que no tienen aportación positiva alguna a los derechos y libertades de los ciudadanos, encontrarán mayores obstáculos e incluso podrán ser prohibidas en su totalidad por los órganos jurisprudenciales estadounidenses.

5.4. La Libertad de Expresión según el Tribunal Supremo

A la hora de entender la interpretación de la Libertad de Expresión por parte del sistema estadounidense, hemos de partir de la idea de que la función primordial de la Primera Enmienda y

⁹¹ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 559 U.S., de 20 de abril de 2010. *United States v. Stevens*.

del sistema jurisprudencial respecto de este derecho es la de proteger a los individuos de las acciones gubernamentales y legislativas que puedan interferir con su libertad. Por tanto, los tribunales se han centrado en dirimir conflictos entre individuos y leyes promovidas por los diferentes estados o el Estado federal, en su inmensa mayoría.

Por tanto, en el estudio de la Libertad de Expresión y su tratamiento por parte de la jurisprudencia, se parte de una primera bifurcación, en función de la razón por la cual el Congreso crea una norma por la cual se limita la Libertad de Expresión.

En este sentido, entre las circunstancias que influyen sobre la decisión jurisprudencial respecto a la constitucionalidad de un límite legislativo impuesto sobre la Libertad de Expresión, encontramos el motivo de la restricción. Por un lado, la restricción gubernamental puede tener lugar debido al contenido, “(...) por las ideas o información contenidas en él [el discurso], o debido al contenido general de la materia” de la que trate el individuo ejerciendo el derecho (conocido como restricción con “impacto comunicativo”). Por otra parte, el gobierno puede actuar tratando de evitar “(...) algún mal no relacionado con el contenido del discurso, produciendo la actuación gubernamental una interferencia con las expresiones individuales”⁹² (conocido como restricción sin impacto comunicativo).

El porqué de la importancia de la diferenciación entre estos dos tipos de restricción gubernamental está en el trato que el Tribunal Supremo otorga a los casos según se acogen a una u otra situación.

De esta forma, ante una acción gubernamental de dudosa constitucionalidad en materia de Libertad de Expresión, el Tribunal requerirá al gobierno para que aporte una justificación sustancial que motive admitir que tengan lugar interferencias en la Libertad de Expresión, teniendo que ser esta justificación especialmente reforzada si dichas restricciones están basadas en el contenido del discurso (“test del escrutinio estricto”).

Por otro lado, en los casos en que la limitación a la Libertad de Expresión no esté relacionada con el contenido, la misma se vinculará probablemente con el lugar, tiempo o forma en que la expresión tiene lugar, casos en que, como veremos, el gobierno tiene mayor campo de actuación frente al derecho en cuestión, ya que la carga de prueba exigida al mismo será notablemente menor (“test del nivel medio”).

⁹² EMANUEL, Steven L. *Emanuel Law Outlines, Constitutional Law*. 33ª edición. Nueva York: Wolters Kluwer, 2016. 792 pp. ISBN: 978-1-4548-7015-9. P. 508.

A continuación, procederemos a examinar las diferencias que plantea el trato por el Tribunal Supremo de una ley aparentemente lesiva del derecho a la Libertad de Expresión, en función del tipo de restricción presentada.

5.4.1. Leyes que restringen el contenido del discurso: el “test del escrutinio estricto”

En aquellos casos en los que se presenta una ley con impacto comunicativo o sobre el contenido del discurso, es poco probable que el Tribunal Supremo acepte la restricción como válida, al aplicar un criterio estricto, conocido como la “doctrina del escrutinio estricto” (“strict scrutiny test”)⁹³, sobre las acciones gubernamentales.

La doctrina del escrutinio estricto es una medida de revisión empleada por los tribunales para determinar la constitucionalidad de una ley. Los requisitos requeridos para que una determinada ley pase esta ponderación judicial son: que la ley se haya aprobado obedeciendo a un interés gubernamental imperioso, y que su contenido se ciña estrictamente a cumplir dicho interés⁹⁴. Según este análisis exhaustivo, “cuando el daño temido podría ser evitado mediante la promoción del intercambio de ideas, la represión gubernamental es, consecuentemente, considerada innecesaria”⁹⁵.

Esta doctrina responde a una intención por parte del Tribunal Supremo de proteger a ciertos individuos de situaciones discriminatorias generadas por un trato desigual derivado de las leyes. De esta forma, se permite un libre intercambio de ideas, en el cual el Estado no debe interferir, aunque las mismas sean impopulares o incorrectas. Pero ello no quiere decir que todas las ideas sean permisibles o autorizadas: será el Tribunal Supremo, y no los órganos gubernamentales, el encargado de decidir qué tipo de ideas no merecen protección.

Consecuentemente, el Tribunal ha decidido establecer una serie de categorías predefinidas cuyo contenido es, generalmente, dañino y, por tanto, no merecedor la protección de la Primera Enmienda. Las categorías desprotegidas han sido, tradicionalmente: la obscenidad, difamación, apología inminente de conductas ilegales, “fighting words” y afirmaciones engañosas o falsas⁹⁶, conceptos a los que nos hemos referido con anterioridad en este documento, y que constituyen límites absolutos a la Libertad de Expresión.

⁹³ Encontramos un ejemplo del uso de la doctrina del “escrutinio estricto” en *Widmar v. Vincent*. Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 454 U.S. 263, de 8 de diciembre de 1981.

⁹⁴ Para más información acerca de la doctrina del escrutinio estricto *Vid.* https://www.law.cornell.edu/wex/strict_scrutiny# [en línea], [consultado el 26/12/2016]

⁹⁵ EMANUEL, Steven L. *Op. cit.*, p. 510.

⁹⁶ En su terminología original, y en el mismo orden en que han sido enumeradas: obscenity, defamation, advocacy of imminent lawless behavior, “fighting words” y commercial speech.

Por lo general, el Tribunal ha venido revisando aquellos casos relacionados con estas categorías desprotegidas bajo la doctrina de la “mera racionalidad” (“mere rationality”), que implica que la ley será declarada constitucional siempre que exista una relación racional entre la misma y un “objetivo gubernamental permisible”. En estos casos, la medida y el objetivo no tienen que estar estrechamente relacionados, ni dicha medida ha de ser la menos gravosa, sino que basta con que, racionalmente, la misma sea útil para alcanzar el objetivo impuesto⁹⁷. Actualmente, el Tribunal parece haber abandonado esta orientación, pasando a juzgar todos los casos en los cuales se ha producido una restricción de la Libertad de Expresión basada en el contenido (incluyendo las categorías desprotegidas) bajo la doctrina del escrutinio estricto.

La diferencia, por tanto, entre las categorías protegidas y desprotegidas, ya no es la forma en que las mismas se revisan, sino la respuesta que, probablemente, el Tribunal dará a dicha revisión. En el caso de las situaciones no merecedoras de protección, el Tribunal es propenso a admitir la prohibición total de ciertos materiales o acciones comunicativas por medio de la ley, siempre que se haga de una manera imparcial, así como también admitirá restricciones en lugar, tiempo y forma de los discursos que tengan lugar en foros públicos.

En cambio, en aquellos casos en que la regulación es implementada con base en el contenido del discurso, pero el contenido no forma parte de una categoría desprotegida, existe una alta probabilidad de que la regulación sea declarada inconstitucional. El Tribunal Supremo realizará de nuevo un escrutinio estricto de la regulación, lo cual implica no sólo que el Estado tiene la carga de la prueba, sino también que la medida ha de ser necesaria para satisfacer un interés imperioso y que, además, esté estrictamente definida para conseguir dicho fin.

En resumen, la doctrina del escrutinio estricto aplicada en estos casos implica que los entes gubernamentales deben hacer un esfuerzo mayor al normal a la hora de probar que una medida impuesta ante la Libertad de Expresión de un individuo es necesaria. De esta forma, si, por ejemplo, el Tribunal considera que un debate más prolongado sobre el tema en cuestión podría haber eliminado las posibilidades de que exista un conflicto, determinará que la regulación emanada no es necesaria y por tanto, inconstitucional.

⁹⁷ *Vid.* <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/outline-constitutional-law-law/equal-protection-outline-constitutional-law-law/standards-of-review/>

Asimismo, tampoco se permitirán en estos casos interferencias del Estado en cuanto a la regulación del lugar, tiempo o forma en que se produce la expresión.

La principal consecuencia de estas reglas es que sólo se podrá restringir un discurso por razones del contenido en los casos en que el mismo se corresponda con el de una de las categorías desprotegidas. En resumen, el principal fin de esta prohibición casi general de límites sobre la Libertad de Expresión es que los gobiernos o las mayorías populares vean mermadas sus posibilidades de reprimir las opiniones disidentes.

Un ejemplo paradigmático de la intervención de los Tribunales en caso de una intervención del Estado cercenando la Libertad de Expresión por motivo del contenido de la misma se encuentra en el caso *Boos v. Barry*⁹⁸. En este caso, el Tribunal declara que la cláusula de exhibición es inconstitucional, al restringir la Libertad de Expresión con base en su contenido sin tener un interés suficiente para hacerlo. Así, la Corte estimó que proteger la dignidad de diplomáticos extranjeros no es un interés suficientemente imperioso como para establecer una restricción tan gravosa para la libertad de los ciudadanos.

Como hemos indicado anteriormente, en todos los casos en los que la ley cuya constitucionalidad se juzga limita el contenido del discurso, la norma en cuestión habrá de pasar por una ponderación de máximo nivel. Bajo este test, una ley será mantenida solo cuando sirva a un objetivo gubernamental significativo y esté estrechamente diseñada para servir tal interés, dejando abiertos canales alternativos para expresarse.

Como ejemplo de la aplicación del escrutinio estricto, en el caso *Widmar v. Vincent*⁹⁹ [FJ II], el Tribunal Supremo estadounidense proclama: “La Constitución prohíbe a un estado aplicar ciertas exclusiones a un foro que se encuentra generalmente abierto al público, incluso si no estaba obligado a crear dicho foro (...) Con respecto a las personas legitimadas para estar en ellos, nuestros casos no dejan duda de que los derechos de expresión y asociación de la Primera Enmienda se extienden a los campus de las universidades estatales”. Y continúa refiriéndose al criterio de

⁹⁸ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 485 U.S. 312, de 22 de marzo de 1988. *Boos v. Barry*. En este caso, el Distrito de Columbia aprueba un Código que declara la ilegalidad de mostrar carteles que fomenten el “odio público” o “pérdida de reputación” de un gobierno extranjero en un radio de 500 pies de una embajada (cláusula de exhibición), así como la congregación de personas con este fin o la desobediencia a ordenes policiales de dispersión (cláusula de congregación).

⁹⁹ En el caso *Widmar v. Vincent*, el Tribunal Supremo discute si una Universidad del estado, que generalmente pone sus instalaciones a disposición de los grupos de estudiantes registrados, puede negarse a ceder sus instalaciones en caso de que el grupo en cuestión las utilice para realizar culto o discusiones de carácter religioso. La negativa estaba basada en una regulación que prohibía el uso de la Universidad como lugar de culto o para impartir enseñanzas religiosas.

ponderación estricta “para justificar una exclusión discriminatoria de un foro público basada en el contenido religioso de la expresión de un grupo, la Universidad debe, por lo tanto, satisfacer el estándar de revisión apropiado para las exclusiones basadas en el contenido. Debe mostrar que su regulación es necesaria para servir un interés estatal imperioso, y estar estrechamente diseñada para conseguir tal fin”.

La conclusión final tras aplicar la doctrina es que “por otra parte, el interés estatal alegado aquí – conseguir una mayor separación de Iglesia y estado de la que ya está asegurada bajo la Cláusula de Establecimiento de la Constitución Federal – está limitada por la Cláusula de Libertad de Culto, y, en este caso, también por la Cláusula de la Libre Expresión. En este contexto constitucional, nos es imposible reconocer el interés estatal como suficientemente imperioso para justificar una discriminación basada en el contenido en contra del discurso religioso de los apelantes”.

En la misma línea, el caso *Republican Party of Minnesota v. White*¹⁰⁰: el Tribunal Supremo del estado de Minnesota adoptó un canon de conducta judicial que prohibía a los candidatos a la oficina judicial expresar sus puntos de vista en cuestiones legales o políticas en disputa, incluyendo cualquier cuestión jurídica específica en el ámbito de las competencias del Tribunal al que presentaran su candidatura, excepto en el contexto de la discusión de decisiones pasadas y siempre que la opinión no fuera contraria a la doctrina del Tribunal. El Tribunal Supremo decidió que correspondía aplicar el “test del escrutinio estricto” al encontrarnos ante una disposición que prohibía la expresión con base en el contenido de la misma y además suponía un obstáculo importante para ejercer una categoría de discurso que es vital a la Libertad de Expresión, la opinión sobre la cualificación de los candidatos a un puesto público.

Como ya hemos determinado, la aplicación del “escrutinio estricto” implica que la acción juzgada ha de estar estrechamente diseñada para cumplir un interés imperioso del estado. En este caso, el interés alegado era la imparcialidad del órgano judicial. En opinión del Tribunal Supremo, el canon de conducta impuesto falló a la hora de cumplir el “test del escrutinio estricto”: no sólo la medida distaba de estar estrechamente relacionada con el interés a proteger, sino que además el interés alegado, aunque valorable, no constituía un interés imperioso del estado.

¹⁰⁰ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 536 U.S. 765, de 27 de junio de 2002. *Republican Party of Minnesota v. White*.

5.4.2. Leyes que restringen el tiempo, lugar y forma del discurso sin afectar al contenido: el “test de nivel medio”

En estos casos se aplica un criterio menos rígido, y el Estado tendrá más posibilidades de regular la Libertad de Expresión. En general, se pondera el interés del Estado en regular una conducta relacionada con la Libertad de Expresión frente al interés del individuo en utilizar una manera concreta de comunicarse (relativa al tiempo, lugar o forma). A la hora de realizar esta ponderación, se tendrá muy en cuenta si la regulación concreta afecta de forma desigual a determinados grupos de la sociedad o, por el contrario, no muestra sesgos discriminatorios en su aplicación.

Asimismo, influirá sobre la decisión jurisprudencial, el lugar en que la acción expresiva haya sucedido: “foro público” o foros privados. En los casos en que el discurso tiene lugar en un foro público, se debe seguir un test de “nivel medio” que exigirá no sólo que la regulación sea neutral en cuanto al contenido, sino que además no cierre canales alternativos adecuados con el fin de que la comunicación pueda producirse. Además, la ley deberá estar formulada de tal forma que se ciña estrictamente para servir un interés gubernamental significativo. Esta interpretación del derecho a la Libertad de Expresión defiende que los ciudadanos han de tener un acceso garantizado a los espacios públicos a la hora de ejercer sus derechos.

Por el contrario, cuando nos encontramos ante expresión en un foro privado, la carga de la prueba que recae sobre el legislativo es aún menor. Si el menoscabo a la expresión no es sustancial, basta con probar que la regulación es racional. Y en caso de que sea sustancial, se deberá mostrar que el interés que motivó la ley, es de mayor importancia que el discurso que se limita.

Por último, en los casos de manifestaciones en propiedades privadas individuales, no se reconoce, por lo general, protección por parte de la Primera Enmienda.

En cuanto al “test de nivel medio”, este estándar recibe su nombre por tratarse del más equilibrado de los utilizados por el Tribunal. No induce a una invalidación casi segura de la regulación cuestionada, pero sigue constituyendo un obstáculo considerable a aquellas regulaciones de dudosa constitucionalidad. En estos casos, la carga de la prueba sigue estando en manos del legislativo estatal o federal.

Los requisitos del test de nivel medio son los siguientes: la restricción a la Libertad de Expresión debe ser neutral respecto del contenido, la normativa ha de estar estrechamente ceñida al interés

gubernamental significativo que se quiere cumplir, y debe dejar abiertos canales alternativos para la comunicación. Estos requisitos tendrán mayor o menor fuerza dependiendo del lugar en que se vaya a ejercer el derecho, como ya hemos señalado.

Un caso representativo de la aplicación del estándar de nivel medio es *Ward v. Rock Against Racism*¹⁰¹. El Tribunal Supremo mantuvo que la medida tomada por la ciudad, aunque sin ser la menos restrictiva de las posibles, se encontraba en un ámbito razonable dentro del propósito que debían servir (disminuir el ruido). Por lo tanto, la normativa estaba estrechamente ceñida a un interés gubernamental significativo y era constitucional.

Otra sentencia relevante es *City of Ladue v. Gilleo*¹⁰². El Tribunal declaró que prohibiendo a los residentes de la ciudad el empleo de una gran variedad de carteles en sus propiedades, se había cercenado una forma de comunicación característica, sin dejar abierta ninguna posibilidad de uso alternativo similar. De esta forma, la normativa fue declarada inconstitucional por incumplimiento del tercer requisito “dejar abiertos canales de comunicación alternativos”.

Como caso más reciente, *McCullen v. Coakley*¹⁰³ trata la constitucionalidad de una medida de la “Ley de Instalaciones de Salud Reproductiva” por la que se criminaliza el hecho de apostarse conscientemente en una “vía pública o acera” en un radio de 35 pies de la entrada a cualquier instalación de salud reproductiva, con la excepción de los empleados del centro durante sus funciones. Asimismo, otro precepto de dicha Ley proscribía la obstrucción del acceso a las clínicas de aborto.

Con el fin de determinar la constitucional de dicha Ley, la Corte empleo un análisis basado en el “tiempo, lugar y forma” del discurso, ya que consideraba que dicha norma no estaba basada en el contenido ni era parcial respecto al mismo, y por tanto, no necesitaba de ser analizada bajo el “test del escrutinio estricto”. De esta forma, el Tribunal Supremo determinó que “incluso en un foro público el gobierno puede imponer restricciones razonables en el lugar, tiempo o forma de la expresión protegida, siempre que dichas restricciones estén justificadas sin hacer referencia al contenido de tal expresión, estén estrechamente elaboradas para servir un interés gubernamental

¹⁰¹ *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 491 U.S. 781, de 22 de junio de 1989. *Ward v. Rock Against Racism*. En el presente caso, la ciudad de Nueva York impone un requerimiento para los conciertos que tengan lugar en lugares públicos, debiendo los mismos utilizar únicamente sistemas de sonido provistos por el propio consistorio.

¹⁰² *Vid.* Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 512 U.S. 43, de 13 de junio de 1994. *City of Ladue v. Gilleo*. La ciudad de Ladue prohibió de manera genérica la exhibición de carteles. De esta forma, se restringía el uso de todo tipo de carteles con la excepción de aquellos con propósitos identificativos o de venta.

¹⁰³ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 573 U.S., de 26 de junio de 2014. *McCullen v. Coakley*.

significativo y dejen abiertos canales alternativos lo suficientemente amplios para que la expresión prohibida se pueda comunicar por otros medios”. En cualquier caso, y aunque la regulación era neutral en cuanto al contenido, fue declarada inconstitucional por no estar hecha a medida del interés gubernamental, ya que “grava sustancialmente más actos expresivos de los que serían necesarios para alcanzar el interés gubernamental legítimo perseguido”, es decir, existían opciones alternativas menos lesivas de la Libertad de Expresión tendentes a conseguir el mismo objetivo.

De esta forma, y a lo largo de este último apartado, hemos podido observar como el Tribunal Supremo sigue un sistema clasificatorio para decidir acerca de la constitucionalidad de una limitación de la Libertad de Expresión. Partiendo de si la restricción tiene como motivación el contenido u otros aspectos no relacionados con el mismo pero incidentales en el ejercicio del derecho (lugar, tiempo y forma), se aplicará un sistema de ponderación más o menos estricto. Es el sistema de ponderación empleado el que influirá en mayor medida, en la mayoría de los casos, en la respuesta obtenida por el Tribunal. Si se aplica el “test del escrutinio estricto”, el individuo que defiende el ejercicio de su Libertad de Expresión tiene las más amplias posibilidades de salir victorioso. En cambio, en aquellos casos en que se aplica el “test del nivel medio” en sus diferentes vertientes, el legislativo tendrá un mayor ámbito de defensa y por tanto, de que la legislación sea mantenida como constitucional. Por último, en las categorías consideradas como “excluidas” de la protección de la Primera Enmienda, el estado tendrá total legitimidad a la hora de restringir el derecho en cuestión.

6. Análisis comparado

A continuación, y antes de examinar las conclusiones del presente trabajo, procederemos a realizar un análisis comparado de los distintos aspectos de la Libertad de Expresión que hemos estudiado, a saber: la Libertad de Expresión en los respectivos ordenamientos jurídicos, así como sus límites a y la interpretación de este derecho según sus más altos tribunales.

6.1. El papel otorgado a la Libertad de Expresión en el sistema democrático

Como hemos señalado a lo largo de este documento, tanto el Tribunal Constitucional español, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo estadounidense hacen hincapié en su jurisprudencia sobre la importancia de la Libertad de Expresión, no sólo como Derecho Fundamental básico en su vertiente subjetiva (esto es, como elemento “delimitador de la esfera de

libertad personal del ciudadano”¹⁰⁴), sino, especialmente, por su importante vertiente objetiva (“como elemento constitutivo del ordenamiento de los poderes del Estado”).

Es esta vertiente objetiva de la Libertad de Expresión la que convierte este derecho en “una garantía institucional o institución política fundamental, condición del pluralismo y de la formación de una opinión pública libre, valor básico y requisito necesario para el normal funcionamiento del Estado democrático”¹⁰⁵.

Siendo así, “consecuencia inmediata de esta afirmación [que la Libertad de Expresión constituye, como garante de la opinión pública libre y plural, un pilar del Estado democrático] es que si, como antes ha quedado señalado, la garantía institucional supone un plus o un reforzamiento de la eficacia del derecho fundamental al que califica, los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información adoptan en su relación con otros derechos fundamentales un posición preferente en caso de conflicto”¹⁰⁶.

Asimismo, “(...) El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha reconocido que la Libertad de Expresión tiene un estatus especial en el orden constitucional. La Libertad de Expresión es básica, en cuanto su ejercicio habilita a los gobiernos democráticos para dotarse de legitimidad a la hora de regular la conducta de sus ciudadanos, (...)”¹⁰⁷.

De esta forma, la posición preferente de la Libertad de Expresión frente a otros Derechos Fundamentales ha venido siendo reconocida tanto por el Tribunal Constitucional (“cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles «especialmente resistente[s], inmune[s] a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar»”)¹⁰⁸ como por el Tribunal Supremo de los EE.UU. (“La libertad de Información, Libertad de Expresión y Libertad

¹⁰⁴ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 15ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 2016, 902 p., ISBN: 978-84-9123-152-3, p. 194.

¹⁰⁵ LLAMAZARES CALZADILLA, Mª Cruz. *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*. 1ª Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, 386 p., ISBN: 84-470-1217-4, p. 44

¹⁰⁶ LLAMAZARES CALZADILLA, Mª Cruz. *Op. Cit.* p. 46.

¹⁰⁷ ROSENFELD, Michel (Editor) y SAJÓ, Andrés (Editor). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. 1ª Edición. Oxford: Oxford University Press, 2012, 1396 p., ISBN: 978-0-19-957861-0. pp. 891-892.

¹⁰⁸ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 39/2005, de 28 de febrero de 2005 [FJ 2]. BOE nº. 81, de 5 de abril de 2005, haciendo referencia a España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 136/1999, de 20 de julio de 1999 [FJ 13]. BOE nº. 197, de 18 de agosto de 1999.

Religiosa se encuentran en una posición preferente”¹⁰⁹, “[la regulación de las libertades de los individuos] es una cuestión delicada (...) ya que la presunción de apoyo a la legislación se ve equilibrada por la posición preferente dada en nuestro esquema a las grandes e indispensables libertades democráticas garantizadas por la Primera Enmienda (...) Dicha prioridad otorga a estas libertades una santidad y posición que no permite intromisiones sospechosas”¹¹⁰).

En consecuencia, la teoría de la posición preferente reduce las posibilidades de actuación de los límites externos a la Libertad de Expresión. Esto se debe a que la Libertad de Expresión, siempre que cumpla con unos determinados requisitos (en el caso español, contribución a la formación de la opinión pública y la no utilización de lenguaje vejatorio; en el caso estadounidense, formar parte de la expresión “protegida”), partirá de una situación de ventaja frente a otros derechos que hará que la decisión de los Tribunales esté condicionada a su favor incluso antes de examinar las circunstancias del caso y efectuar la ponderación correspondiente.

6.2. Los límites a la Libertad de Expresión

Por otra parte, y como ya hemos comentado brevemente en el epígrafe anterior, la posición preferente de la Libertad de Expresión es determinante a la hora de establecer límites a este derecho.

A este respecto, la jurisprudencia ha venido exigiendo que existan unos estándares de justificación determinados dependiendo del valor otorgado *a priori* a la opinión vertida por medio del ejercicio de la Libertad de Expresión.

6.2.1. Como derecho preferente

Cuando es empleada en su vertiente objetiva, la Libertad de Expresión tendrá una protección prácticamente ilimitada, que le dará un valor superior al de otros Derechos Fundamentales. Aún así, existen algunos requisitos exigibles al ejercicio de este derecho para que se produzca el reconocimiento de tal carácter.

Un requisito en que los tribunales españoles y estadounidenses coinciden es el de la contribución a la formación de la opinión pública: El Tribunal Constitucional ha determinado que es un criterio importante a la hora de ponderar la prevalencia de la Libertad de Expresión sobre otros Derechos

¹⁰⁹ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 319 U.S. 105, de 3 de mayo de 1943. *Murdock v. Pennsylvania*

¹¹⁰ Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 323 U.S. 516, de 8 de enero de 1945. *Thomas v. Collins*.

Fundamentales que las opiniones manifestadas contribuyan de manera positiva al debate y a la formación de la opinión pública. Así se desprende de la STC 107/1988 [FJ 2]: “(...) El valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser ejercido en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces el máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita proporcionalmente (...)”¹¹¹.

Asimismo, se pronuncia sobre este asunto el Tribunal Supremo estadounidense: “La expresión en asuntos de interés público (...) está en el núcleo de la protección otorgada por la Primera Enmienda (vid. *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 y *First Nat. Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765) La Primera Enmienda refleja «un profundo compromiso nacional a que el principio de debate en los asuntos públicos debería ser desinhibido, robusto y totalmente abierto» (vid. *New York Times Co. v. Sullivan*). Y es así porque «el discurso que contiene asuntos de interés público es más que auto-expresión; es la esencia del autogobierno» (vid. *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64). Consecuentemente, «el discurso sobre asuntos de interés público ocupa el rango más alto de la jerarquía de valores de la Primera Enmienda, y tiene adjudicada una protección especial» (vid. *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138)”¹¹².

Otro requisito para otorgar el valor preferente a la Libertad de Expresión es el de la adecuación del discurso: el Tribunal Constitucional determina como límite a la preferencia de la Libertad de Expresión que la misma sea ejercida en unos términos adecuados, evitando “la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice (...)”¹¹³. Sin embargo, esto no significa que la opinión vertida haya de abstenerse de ser incómoda, dolorosa o molesta, ya que, como declara el Tribunal, “(...) la libertad de expresión ampare ciertamente la crítica respecto al comportamiento y las

¹¹¹ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 107/1988, de 8 de junio. BOE nº. 152, de 25 de junio de 1988.

¹¹² Vid. *Snyder v. Phelps*. El Tribunal Supremo empleó una serie de declaraciones anteriores para establecer su posición respecto de la Libertad de Expresión en asuntos de interés público.

¹¹³ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 105/1990, de 6 de junio [FJ 8]. BOE nº. 160, de 5 de julio de 1990.

manifestaciones de quien ostenta un cargo público (...) -e incluso la crítica molesta, acerba o hiriente- (...)”¹¹⁴.

Esta misma opinión comparte el Tribunal Supremo estadounidense cuando dice: “Si existe un principio fundamental subyacente en la Primera Enmienda, es que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad encuentra la idea en sí ofensiva o desagradable”¹¹⁵.

Por otra parte, los Tribunales establecen un último requisito: que el contenido de la expresión sea merecedor de protección. A este respecto, y en relación con lo anterior, el Tribunal Constitucional excluirá “las expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con las ideas u opiniones que se exponen y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, y las expresiones formalmente injuriosas o despectivas”¹¹⁶. Por su parte, el Tribunal Supremo estadounidense excluirá, como regla general, aquellas expresiones que se consideren recogidas en las categorías desprotegidas, a saber: apología de comportamientos ilegales, difamación, “fighting words”, declaraciones falsas, obscenidad y afirmaciones engañosas o falsas.

De esta forma, en los casos que se enmarcan dentro del ámbito preferente de la Libertad de Expresión (por cumplir los requisitos anteriormente enunciados), el Tribunal aplicará un sistema de ponderación especialmente estricto a la hora de juzgar la acción que se opone a nuestro derecho (bien en España, dando un menor peso a la ponderación entre derechos a favor de la preferencia de la Libertad de Expresión; bien en Estados Unidos, aplicando el “test del escrutinio estricto” a todas aquellas acciones gubernamentales que impliquen una limitación de este derecho). La suma de lo anterior propiciará que los Tribunales declaren como inconstitucionales los intentos de limitar la Libertad de Expresión.

6.2.2. Otras modalidades de ejercicio

Por otra parte, cuando la Libertad de Expresión no es ejercida en su vertiente objetiva, sino que se limita al ámbito subjetivo, la protección de los Tribunales, aunque seguirá siendo significativa, reducirá su intensidad.

¹¹⁴ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 336/1993, de 15 de noviembre. BOE nº. 295, de 10 de diciembre de 1993.

¹¹⁵ Estados Unidos de América. Supreme Court. 491 U.S. 397, de 21 de junio de 1989. *Texas v. Johnson*.

¹¹⁶ SALVADOR MARTÍNEZ, María. “El Derecho a la Libertad de Expresión” *Op. Cit.*, p. 11-12.

Es en estas situaciones cuando aparecen en mayor medida los límites a la Libertad de Expresión: cuando el derecho no se está ejerciendo en su vertiente preferente, bien porque no trata un asunto de interés público, porque el discurso no es adecuado en sus términos o porque el contenido del mismo no es merecedor de protección, los otros Derechos Fundamentales y la Ley entran en juego como límites externos.

De esta forma, el Tribunal Constitucional reconoce como límites a la Libertad de Expresión otros Derechos Fundamentales (en especial los derechos del artículo 18 CE, aunque también pueden colisionar con la Libertad de Expresión otros derechos distintos, como el Derecho a la Vida o a la Dignidad), la Ley y otros bienes constitucionalmente protegidos.

Por su parte, el Tribunal Supremo estadounidense reconoce como límite, además de las categorías desprotegidas de discurso, aquellas regulaciones que afecten al “tiempo, lugar o forma” del discurso. Es decir, acciones gubernamentales que aunque modifican los cauces de la Libertad de Expresión, no reparan en el contenido de la misma, sino únicamente en aspectos incidentales, o la manera en que la misma se produce.

En estos supuestos los Tribunales acudirán a una ponderación de “nivel medio”, en la cual la Libertad de Expresión y el otro bien o derecho en conflicto partirán de un mismo estatus de protección. Consecuentemente, en estos conflictos ambos derechos tienen las mismas probabilidades de vencer, y dependerá de la proporcionalidad de las medidas adoptadas el que se declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las mismas.

En conclusión, como podemos ver, dependerá en gran medida del contenido de la expresión el que la misma tenga una protección especial y preferente, y por tanto, reciba una respuesta satisfactoria de las Cortes en caso de que se pretenda limitar el mismo. Sólo en aquellos casos en que, por su contenido inadecuado, la Libertad de Expresión no sea merecedora de un estatus jurídico superior, tendrán los otros derechos y bienes en liza una posibilidad de salir victoriosos en la ponderación judicial.

7. Conclusiones

Tras analizar el derecho a la Libertad de Expresión en los dos sistemas jurídicos escogidos, con un foco particular en el desarrollo histórico del derecho, su lugar en la Constitución, sus límites y su construcción jurisprudencial, corresponde en estas conclusiones realizar una reseña de sus aspectos más característicos.

Partiendo del contexto histórico de ambos países, se deduce un propósito diferente en las Constituciones redactadas: mientras en España se planteaba un proyecto transicional, que ayudara a los ciudadanos a consolidar una serie de derechos y libertades que habían sido gravemente limitados durante el s. XX, en Estados Unidos se buscaba la independencia y creación de una nueva nación, mejor y diferente a la realidad que los colonos habían abandonado en Europa.

Esta diferencia en la trayectoria histórica de los Estados, aunque pueda parecer banal, tiene un profundo impacto en la forma en la que sus Cartas Magnas han sido redactadas y concebidas. También tiene, por supuesto, un impacto en la importancia inicial de los derechos dentro del texto constitucional. El propósito principal de la Constitución Española es garantizar a los ciudadanos los derechos que les pertenecen, creando una protección especial sobre los mismos, más allá de sus otras funciones de creación de instituciones e instauración de una democracia.

Por otro lado, en sus inicios, la función más relevante de la Constitución estadounidense fue la creación de una estructura gubernamental que supiera consolidar la realidad de la convivencia entre el país como unidad de poder frente al exterior, y los estados como entes políticamente autónomos dentro de dicha unidad. Esto explica en gran medida el hecho de que las provisiones referentes a los derechos del ciudadano no se encuentren en el propio texto constitucional, sino en un documento anexo al mismo, así como el tardío desarrollo jurisprudencial de estos derechos, y una debilitación de su protección en aquellas etapas en que el país se ha visto envuelto en conflictos militares. Sin embargo, una vez incorporada a la vida jurídica estadounidense, la Libertad de Expresión pronto ocupó un papel fundamental y predominante en el Estado, como bien demuestra la labor perenne de defensa preferente de este derecho por parte del Tribunal Supremo.

En cuanto al papel constitucional de la Libertad de Expresión, es mi opinión que en ambos textos se le otorga un lugar preponderante como derecho esencial para el desarrollo y proclamación de muchos otros Derechos Fundamentales y del Estado democrático en sí mismo. De esta forma, aunque ambos Estados coinciden al otorgar una protección especial a este derecho, existen diferencias destacables en la forma de plasmar el mismo.

En el texto constitucional estadounidense se incluye la Libertad de Expresión en un precepto que aglutina una serie de cuestiones de importancia máxima (como son los derechos de libertad religiosa, petición, reunión o la laicidad del Estado) otorgando una definición vaga e imprecisa al derecho en cuestión y dejando al arbitrio de los Tribunales los aspectos referentes a su aplicación y límites.

Por otra parte, en España se opta por dedicar un artículo en exclusiva a este derecho, que recoge, de manera minuciosa y precisa, lo que hemos de entender por Libertad de Expresión, separando sus diferentes vertientes y estableciendo una guía de interpretación más precisa para el Tribunal Constitucional, corte que eventualmente se encargará de juzgar los casos que violen este derecho.

De esta forma, la lectura de ambas normas supremas nos proporciona una primera idea del papel que jugará la rama judicial en su desarrollo: de ser una herramienta clave para la determinación de su contenido, incluso en mayor medida que la propia Constitución, en un país, hasta un papel secundario (aunque relevante) de interpretación normativa en otro.

Esta es, bajo mi punto de vista, la conclusión más importante de este trabajo: el papel que juegan los Tribunales en la definición y desarrollo del derecho a la Libertad de Expresión en ambos países. Ya que aunque el Tribunal Supremo estadounidense y el Tribunal Constitucional español tienen el mismo objetivo, defender los derechos y libertades constitucionales, el alcance y medios de uno y otro a este respecto difiere de manera fundamental.

Podemos observar estas diferencias, principalmente, en la manera de enfocar los límites establecidos a la Libertad de Expresión en ambos Estados: en España, los límites vienen determinados, en gran parte, por la propia Constitución, siendo estos la ley y otros Derechos Fundamentales constitucionalmente protegidos. Aunque el Tribunal Constitucional ha añadido el concepto de otros bienes constitucionalmente protegidos, ni tienen estos la misma fuerza que los otros dos límites, ni además son una creación completamente autónoma del Tribunal: provienen en sí mismos de la interpretación constitucional y del efecto de las normas internacionales suscritas por la nación, que han sido admitidas previamente por la propia Constitución (art. 10.2 CE).

En cambio, en el caso estadounidense, ha sido el Tribunal Supremo, exclusivamente, el encargado de establecer los límites expresos a la Libertad de Expresión. Partiendo del hecho de que la Constitución no hace mención alguna a los posibles límites a este derecho, se ha excluido el derecho de que el legislador pueda decidir por sí mismo que barreras interponer, siendo labor única del Tribunal determinar qué contenidos son merecedores de protección constitucional. Consecuentemente, los límites a la Libertad de Expresión no son otros derechos, ni la ley, sino los propios contenidos de la misma: y es que sólo cuando el contenido del discurso sea desmerecedor de protección, se podrá limitar o prohibir la misma de manera categórica.

Para finalizar, podemos observar que mientras el problema jurisprudencial principal relacionado con la Libertad de Expresión en España es su colisión con otros derechos y la ponderación de cuál de los derechos prevalece en cada caso en una esfera privada (individuo contra individuo), en EE.UU. el Tribunal Supremo ha tenido que dirimir en un mayor número de ocasiones cuando una ley promovida por un estado ha resultado en una limitación excesiva de los derechos del individuo (esto es, administración contra individuo).

En conclusión, es fácil observar cómo en España el principal foco de preocupación son las relaciones entre individuos y el desarrollo de las interacciones sociales. En cambio, en EE.UU. es primordial la esfera de actuación pública y, más en concreto, la relación entre la legislación (que, en última instancia, ha sido creada bajo las creencias de una mayoría) y los individuos disidentes.

Tras este estudio hemos podido observar cómo, aunque en una mayoría de casos los razonamientos seguidos son similares y se alcanzan las mismas conclusiones hasta en los más pequeños detalles (como, por ejemplo, el papel diferencial que juega el hecho de que una persona sea un funcionario público a la hora de decidir el ámbito de expresión que debe permitirse sobre su persona), las perspectivas de las que parten los Tribunales, su papel y la forma de realizar el análisis, difieren de manera fundamental. Pero, al fin y al cabo, esta situación no es más que el reflejo del crisol de culturas abarcadas por el derecho, en el cual incluso sociedades identificadas por los mismos valores e ideales, pueden llegar a desarrollos políticos, históricos y legislativos muy distintos simplemente por las pequeñas diferencias generadas con base en la identidad cultural de cada Estado.

Es nuestro deseo que ambos países y todos aquellos que se han embarcado en un proceso de constitucionalidad y democracia, sigan persiguiendo un camino que no es siempre fácil, ni mucho menos sigue una única trayectoria, como hemos podido observar: el de la promoción y protección de la libertad.

Bibliografía

Doctrina:

1. Derecho comparado:

BARON DE MONTESQUIEU, Charles. *The Spirit of Laws*. 1ª Edición, Novena Reimpresión. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, ISBN: 0-521-36183-4.

BLACKSTONE, William (Autor) y DRAPER LEWIS, WILLIAM (Editor). *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. Edición Final. Filadelfia: Geo. T. Biesel Company, 1922, ISBN: 978-15-8477-763-2.

LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Fco. y PEGORARO, Lucio (Directores). *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. 1ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, 671 p., ISBN: 978-84-8442-186-3. Pp. 35-37.

ROSENFELD, Michel (Editor) y SAJÓ, András (Editor). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. 1ª Edición. Oxford: Oxford University Press, 2012, 1396 p., ISBN: 978-0-19-957861-0.

SALVADOR MARTÍNEZ, María. “Derecho Constitucional Comparado en el Contexto de la Integración Supranacional y la Globalización”. *Teoría y Realidad Constitucional*. 2008. Nº 21, p. 375-395.

2. Derecho Constitucional español:

LLAMAZARES CALZADILLA, Mª Cruz. *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*. 1ª Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, 386 p., ISBN: 84-470-1217-4.

LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; *et al.* *Derecho Constitucional Volumen I: El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos*. 8ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, 454 p., ISBN: 978-84-9876-939-5.

MARCIANI BURGOS, Betzabé. “La Posición Preferente del Derecho a la Libertad de Expresión: un Análisis Crítico de sus Fundamentos”. *Revista Pensamiento Constitucional*. Enero de 2005, núm. 11, pp. 351-378.

NÚÑEZ MARTÍNEZ, María Acracia. “El Tribunal Constitucional y las Libertades del Artículo 20 de la Constitución Española”. *Revista de Derecho UNED*. 2008. Nº 3, p. 289-317.

ORTEGA, Carlos. “Libertad de Expresión y Libertad de Información en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” *Fundación Ciudadanía y Valores*. Abril de 2013. 13 pp.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 15ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 2016, 902 p., ISBN: 978-84-9123-152-3.

SALVADOR MARTÍNEZ, María. “El Derecho a la Libertad de Expresión”, en ARAGÓN REYES, Manuel. *Derecho Constitucional*. 3ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, 988 p., ISBN: 978-84-2591-568-0.

SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Acerca de la Doctrina del Tribunal Constitucional en Materia de Libertad de Expresión”. *Revista de Estudios Políticos*. Septiembre de 1992, núm. 77, pp. 237-248.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I: Sistemas de Fuentes, Sistema de los Derechos*. 5ª Edición. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2004. 736 pp. ISBN: 978-84-8481-113-8.

3. **Derecho Constitucional estadounidense:**

BOGEN, David S. “The Origins of Freedom of Speech and Press”. *Maryland Law Review*. 1983. Vol. 42, nº. 3, art. 3. pp. 429-465.

EMANUEL, Steven L. *Emanuel Law Outlines, Constitutional Law*. 33ª edición. Nueva York: Wolters Kluwer, 2016. 792 pp. ISBN: 978-1-4548-7015-9.

HEFFNER, Richard D. y HEFFNER, Alexander. *A Documentary History of the United States. Expanded and Updated Edition*. 1ª Edición. Nueva York: Penguin Group, 2013. 674 pp. ISBN: 978-0-451-46647-1.

REED AMAR, Akhil y ADAMS, Les. *The Bill of Rights Primer. A Citizen's Guidebook to the American Bill of Rights*. 1ª Edición. Nueva York: Skyhorse Publishing, 2013, 406 pp., ISBN: 978-1-63220-618-3.

STONE, GEOFFREY R. y VOLOKH, Eugene. *Freedom of Speech and the Press*. [en línea]. [Citado el 16/11/2016], <https://constitutioncenter.org/interactive->

constitution/amendments/amendment-i/the-freedom-of-speech-and-of-the-press-
clause/interp/33

Legislación:

1. Legislación supranacional:

Consejo de Europa. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. *Boletín Oficial del Estado*, nº. 243, de 10 de octubre de 1979, 7 pp.

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Unión Europea. Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, nº. 103, de 30 de abril de 1977, 7 pp.

2. Legislación nacional:

a) Civil Law:

Francia. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. *Asamblea Nacional Constituyente francesa*, 26 de agosto de 1789, 3 pp.

España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, nº. 311, de 29 de diciembre de 1978, 112 pp.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, nº. 281, de 24 de noviembre de 1995.

España. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana. *Boletín Oficial del Estado*, nº. 77, de 31 de marzo de 2015.

b) Common Law:

Estados Unidos de América. The Articles of Confederation. *Congreso Continental*, 15 de noviembre de 1777, 7 pp.

Estado de Virginia. Virginia Declaration of Rights. *Quinta Convención de Virginia*, 12 de junio de 1776, 4 pp.

Reino Unido. Bill of Rights. *Parlamento Inglés*, 13 de febrero de 1689, 4 pp.

Estados Unidos de América. U.S. Declaration of Independence. *Jefferson, Thomas*. 4 de julio de 1776, 3 pp.

Estados Unidos de América. Bill of Rights (First Draft). *Madison, James*. 8 de junio de 1789, 2 pp.

Estados Unidos de América. Bill of Rights. *Madison, James*. 15 de diciembre de 1791.

Jurisprudencia:

1. Jurisprudencia española:

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 6/1981, de 16 de marzo. BOE nº 89, de 14 de abril de 1981.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 11/1981, de 8 de abril. BOE nº 99, de 25 de abril de 1981.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 2/1982, de 29 de enero de 1982. BOE nº 49, de 26 de febrero de 1982.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 22/1984, de 17 de febrero. BOE nº 59, de 9 de marzo de 1984.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 107/1988, de 8 de junio. BOE nº 152, de 25 de junio de 1988.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 105/1990, de 6 de junio [FJ 8]. BOE nº 160, de 5 de julio de 1990.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 190/1992, de 16 de noviembre. BOE nº 303, de 18 de diciembre de 1992.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 336/1993, de 15 de noviembre. BOE nº. 295, de 10 de diciembre de 1993.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 127/1995, de 25 de julio. BOE nº. 100, de 22 de agosto de 1995.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 19/1996, de 12 de febrero. BOE nº 67, de 18 de marzo de 1996.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 136/1999, de 20 de julio de 1999. BOE nº. 197, de 18 de agosto de 1999.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 39/2005, de 28 de febrero de 2005. BOE nº. 81, de 5 de abril de 2005.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 174/2006, de 5 de junio. BOE nº. 161, de 7 de julio de 2006.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre. BOE nº. 295, de 10 de diciembre de 2007.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 112/2016, de 20 de junio. BOE nº. 181, de 28 de julio de 2016.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio. BOE nº. 200, de 21 de agosto de 2015.

2. **Jurisprudencia estadounidense:**

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 32 U.S. 243, de 1833. *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 249 U.S. 47, de 3 de marzo de 1919. *Schenck v. United States*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 249 U.S. 204, de 10 de marzo de 1919. *Frohwerd v. United States*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 249 U.S. 211, de 10 de marzo de 1919. *Debs v. United States*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 268 U.S. 652, de 8 de junio de 1925. *Gitlow v. New York*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 274 U.S. 357, de 16 de mayo de 1927. *Whitney v. California*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 315 U.S. 568, de 9 de marzo de 1942. *Chaplinsky v. New Hampshire*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 319 U.S. 105, de 3 de mayo de 1943. *Murdock v. Pennsylvania*

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 323 U.S. 516, de 8 de enero de 1945. *Thomas v. Collins*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 354 U.S. 476, de 24 de junio de 1957. *Roth v. United States*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 376 U.S. 254, de 9 de marzo de 1964. *New York Times v. Sullivan*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 385 U.S. 116, de 5 de diciembre de 1966. *Bond v. Floyd*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 391 U.S. 367, de 27 de mayo de 1968. *O'Brien v. United States*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 395 U.S. 444, de 9 de junio de 1969. *Brandenburg v. Ohio*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 394 U.S. 705, de 21 de abril de 1969. *Watts v. United States*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 414 U.S. 105, de 19 de noviembre de 1973. *Hess v Indiana*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. 435 U.S. 765, de 26 de abril de 1978. *First Nat. Bank of Boston v. Bellotti*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 454 U.S. 263, de 8 de diciembre de 1981. *Widmar v. Vincent*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 458 U.S. 747, de 2 de julio de 1982. *New York v. Ferber*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 472 U.S. 491, de 19 de junio de 1985. *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*

Estados Unidos de América. Supreme Court. 472 U.S. 749, de 26 de junio de 1985. *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 485 U.S. 46, de 24 de febrero de 1988. *Hustler Magazine v. Falwell*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 485 U.S. 312, de 22 de marzo de 1988. *Boos v. Barry*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 491 U.S. 781, de 22 de junio de 1989. *Ward v. Rock Against Racism*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. 491 U.S. 397, de 21 de junio de 1989. *Texas v. Johnson*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 512 U.S. 43, de 13 de junio de 1994. *City of Ladue v. Gilleo*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 535 U.S. 234, de 16 de abril de 2002. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 536 U.S. 765, de 27 de junio de 2002. *Republican Party of Minnesota v. White*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 559 U.S. 460, de 20 de abril de 2010. *United States v. Stevens*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 562 U.S. 443, de 2 de marzo de 2011. *Snyder v. Phelps*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 132 S. Ct. 2537, de 28 de junio de 2012. *United States v. Alvarez*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 571 U.S. 855, de 27 de enero de 2014. *Air Wisconsin Airlines Corp. v. Hooper*.

Estados Unidos de América. Supreme Court. Sentencia 573 U.S., de 26 de junio de 2014. *McCullen v. Coakley*.

3. **Jurisprudencia europea:**

Consejo de Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992. ECLI:CE:ECHR:1992:0423JUD001179885.

Consejo de Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014. ECLI:CE:ECHR:2014:1021JUD000954007

Consejo de Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016. ECLI:CE:ECHR:2016:0614JUD005342110.