

Libertad de Expresión: ¿Qué lecciones deberíamos aprender de la experiencia de los EE.UU.?

Ronaldo Porto Macedo Jr.
Direito USP/FGV Direito São Paulo

Resumen

La libertad de expresión se está convirtiendo en un tema de creciente importancia y visibilidad en Brasil. Los periódicos informan diariamente acerca de demandas judiciales contra "discursos de odio" referentes a raza y discriminación religiosa. Muchos tribunales también están imponiendo elevadas indemnizaciones por daños, desafiando el "derecho al ridículo" en espectáculos de comedia y en las caricaturas de los periódicos. La opinión pública brasileña generalmente tiende a ser complaciente con normas más restrictivas que podrían amenazar la libertad de expresión en Brasil. Actualmente, en Brasil existe un inesperado acuerdo entre la extrema derecha, los grupos religiosos y muchos movimientos de derechos humanos que apoyan un modelo europeo de libertad de expresión. En muchos sentidos, el "Modelo Brasileño", basado en el principio de proporcionalidad y en una vaga conceptualización de dignidad humana, da mucha discrecionalidad a los tribunales para decidir los límites de la libertad de expresión. Las decisiones de los tribunales basadas en la retórica del balanceo se están volviendo dominantes en la Corte Constitucional Brasileña, y usualmente trata de evitar algunas cuestiones epistemológicas sobre objetividad y la justificación moral. El artículo defiende que la interpretación de la libertad de expresión brasileña tiene mucho que aprender del modelo y de la doctrina estadounidense. La jurisprudencia de los EEUU, más estricta y conceptual sobre esta cuestión, ofrece una alternativa poderosa y democrática al modelo de balanceo y representa un rico análisis conceptual que es aún desconocido para los tribunales brasileños.

Introducción	2
Parte I:	3
I.1 - Algunos casos representativos en Brasil	3
I.1.1. - Prohibición de Mein Kampf (2016)	3
I.1.2 - Prohibición de citas bíblicas en carteles durante el gay parade (2011)....	4
I.1.3 - Marcha de la Marihuana Marzo (defensa del delito)(2011).	6
I.1.4 - Caso Levy Fidelix (homofobia) (2014)	7
I.1.5 - Caso Ellwanger - Corte Suprema - el racismo y la negación del holocausto (2003)	9
I.2 -El carácter del debate brasileño	10
I.3 - El método implícito de interpretación.....	14
I.3.1 - La Dignidad Humana y la necesidad de balanceo	15
Parte II	16
II - Algunas lecciones de la experiencia en EE.UU.	16
II.1 - Críticas fundacionales sobre el concepto mismo de la libertad de expresión (su principal justificación).....	17
II.1.1 - El concepto de la libertad de expresión requiere una conceptualización política	17
II.1.2 - Algunos fundamentos de la libertad de expresión.....	19
II.1.2.1. Auto-gobierno.....	19

II.1.2.2 - El razonamiento del cuarto estado.....	20
II.1.2.3 - El mercado de ideas.....	20
II.1.2.4 - Realización personal y autonomía individual.....	23
II.2 - El desarrollo de un rico aparato conceptual.....	27
II.2.1- la naturaleza del lenguaje de la apología al delito.....	27
II.2.2 - Lecciones de la experiencia y posibles consecuencias.....	28
II.2.3 - Lección acerca de la distinción basado en contenido/contenido neutral.....	32
II.2.4 - "Circunstancias especiales".....	33
II.3 - Innovaciones metodológicas (la alternativa al equilibrio ad hoc).....	34
II.3.1 - El rechazo del absolutismo, balanceo ad hoc y estándar unitario.	34
II.3.2 - La crítica de Aleinikoff del balanceo y de la libertad de expresión.....	36
Conclusión.....	38

Introducción

La libertad de expresión se está convirtiendo en un tema de creciente importancia y visibilidad en Brasil. Los periódicos informan diariamente de demandas judiciales contra "discursos de odio" referentes a raza y discriminación religiosa. Muchos tribunales también están imponiendo elevadas indemnizaciones por daños, desafiando el "derecho al ridículo" en espectáculos de comedia y las caricaturas de los periódicos. La opinión pública brasileña generalmente tiende a ser complaciente con normas más restrictivas que podrían amenazar la libertad de expresión en Brasil.

Hoy en día en Brasil existe un inesperado acuerdo entre extrema derecha y grupos religiosos y muchos movimientos de derechos humanos que apoyan un modelo europeo de libertad de expresión. En muchos sentidos, el "Modelo Brasileño", basado en la doctrina del balanceo (principio de proporcionalidad) y en una vaga conceptualización de la dignidad humana, da mucha discrecionalidad a los tribunales para decidir los límites de la libertad de expresión. Las decisiones de los tribunales basados en la retórica del balanceo se están volviendo dominantes en la Corte Constitucional Brasileña, que usualmente intenta evitar algunas cuestiones epistemológicas sobre objetividad y justificación moral

Es de sentido común decir que las cuestiones relativas a la libertad de expresión son muy complejas e involucran muchas dimensiones diferentes y distinciones en el contexto de la comunicación. Examinar todas estas posibles dimensiones está claramente fuera del alcance y de las intenciones de este artículo. Mi propósito fundamental es identificar algunos aspectos generales del actual debate brasileño sobre la libertad de expresión y preguntar cómo la teoría y la práctica americana podría ofrecer lecciones útiles. Algunos casos recientes pueden ofrecer un retrato preliminar de cómo la libertad de expresión está siendo implementada y debatida en el Brasil.

Parte I:

I.1 - Algunos casos representativos en Brasil

I.1.1. - Prohibición de *Mein Kampf* (2016)

El 2 de febrero de 2016, un juez penal brasileño publicó una interdicción preliminar prohibiendo la venta y distribución del libro de Adolf Hitler *Mein Kampf* en la ciudad de Río de Janeiro. La decisión se fundamenta en el artículo 20 de la Ley 7.716/89 que sanciona¹ con pena de prisión de hasta tres años a quienes "practiquen, induzcan o inciten a la discriminación o el prejuicio basado en la raza, el color, la etnia, la religión o el origen nacional". La censura se basa claramente en el contenido racista del libro.

El juez declaró que la publicación de *Mein Kampf*: "tiene la intención de violar la ley penal ya que fomentan la nefasta práctica de intolerancia a un determinado grupo de personas. (...) Es bien sabido que el líder nazi predicó e incitó a la práctica de odio contra los judíos, los negros, los homosexuales, los gitanos, etc. De cara a un evidente conflicto entre las bases y los objetivos de la República Federal de Brasil (RFB), más precisamente, en la defensa de la persona humana, es evidente que cualquier manifestación del pensamiento apta

¹ Processo 0030603-92.2016.8.19.000 ESTADO DO RIO DE JANEIRO JUÍZO DE DIREITO DA 33a Vara Criminal da CAPITAL

para proporcionar y fomentar cualquier tipo de discriminación a la persona humana, es contraria a los más elementales valores humanos y jurídicos protegidos por RFB. Es de notar que la cuestión pertinente a ser analizada por este juez es la protección de los derechos humanos de aquellos que podrían ser víctimas del nazismo, así como la memoria de quienes ya han sido víctimas."(...) Por otra parte, actualmente, la hermenéutica del pos positivismo resuelve la cuestión armonizando (balanceando) los derechos fundamentales aparentemente en conflicto. En este caso concreto, no existe un verdadero conflicto a ser resuelto, ya que el derecho a la información no protege la publicación de la Biblia de los nazis. Por el contrario, esta obra tiene el poder de fomentar una horrible práctica que ha demostrado históricamente ser responsable de la muerte de millones de personas inocentes (...) Por lo tanto, es contraria a los derechos humanos. Incluso si este no es el sentimiento que se ha adoptado, no hay duda de que en caso de conflicto entre intereses legales ligados a la información y la protección de los derechos humanos, éstos deben siempre prevalecer, ya sea mediante la técnica de la preponderancia de los intereses (Derechos humanos) o con el balanceo. Esta conclusión se desprende de la prevalencia de los derechos humanos por encima de cualquier otro que pueda entrar en conflicto con ellos." La justificación legal del caso es un buen ejemplo no sólo de la aceptación natural del balanceo como "el método" de interpretación constitucional. También es interesante el limitado análisis del concepto de incitación, resultando en una condena basada en una justificación de un tipo de " mala tendencia".

I.1.2 - Prohibición de citas bíblicas en carteles durante el desfile gay (2011).

En agosto de 2011, un juez local prohibió a una iglesia evangelista (CASA DE ORAÇÃO de Ribeirao Preto) publicar carteles con citas bíblicas homofóbica en la ciudad de Ribeirao

Preto, São Paulo, en la víspera del séptimo desfile gay de la ciudad. Algunas de las citas bíblicas fueron:

***Génesis 1:27** " y creó Dios el hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó; varón y mujer los creó".*

***Levítico 20:13** "Si un hombre se acuesta con los hombres, como lo hace con una mujer, ambos han cometido abominación: ellos, de cierto morirán; su sangre será sobre ellos".*

***Romanos 1:26-27** "Por esto Dios los entregó a pasiones vergonzosas. Incluso sus mujeres cambiaron las relaciones sexuales naturales por otras antinaturales. 27 Del mismo modo también los hombres, dejando las relaciones naturales con mujeres y fueron inflamados con lujuria el uno para el otro. Los hombres cometieron actos vergonzosos con hombres, y recibieron en sí mismos la debida sanción por su error.*
"

El 10 de diciembre de 2015 el Tribunal Superior del Estado de São Paulo confirmó la decisión.² Según su opinión, publicar estas citas bíblicas "no es una simple expresión de religiosidad, algo que perfectamente podría suceder en el interior de un templo, en presencia de los feligreses de la Iglesia y, por tanto, respetando la libertad de religión y culto. Sin embargo, la Iglesia tiene la intención de hacer lobby para sus convicciones religiosas y esta práctica se enfrenta a la orientación sexual de otros y no debe prevalecer. La autodeterminación de una persona le da derecho a optar y, eventualmente, a practicar su propia sexualidad de la manera que ella escoja. Ni el Estado ni una religión pueden confrontar públicamente esa libertad. En un estado democrático de derecho la dignidad humana debe prevalecer. Por esta razón, la conducta inadecuada de la Iglesia

² Recurso n. - Ribeirão 0045315-08.2011.8.26.0506 Preto - VOTO Nº 3/4 ZELINSCHI DE ARRUDA. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/igreja-proibida-publicar-outdoors-homofobicos?imprimir=1> <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, 1/1

apelante debe ser abolida, pues no es admisible ningún incentivo al prejuicio. Asimismo, el apoyo religioso de la práctica condenada afecta a quienes no cumplen con los dogmas religiosos. de la Iglesia apelante debe ser abolida, ya que no es admisible ningún incentivo a prejuicios. Más allá de esto, el apoyo religioso a la condena de estas prácticas afecta a aquellos que no siguen los dogmas religiosos. Además, una sociedad libre requiere que todos sus miembros ejerzan su libertad individual sin limitaciones y los carteles no cumplen estos requisitos y deben retirarse porque no se tomó en consideración la dignidad humana, que también incluye a la sexualidad"

I.1.3 – Marcha de la Marihuana (incitación crimen) (2011).

El 15 de junio de 2011, el Tribunal Supremo Federal de Brasil falló a favor de las manifestaciones públicas que defienden la legalización del uso de drogas, como la marcha de la marihuana (*Marcha da Maconha*). El caso en cuestión fue presentado en el 2009 por la Oficina del Fiscal Federal (Ministério Público Federal), que pidió una interpretación del artículo 287 del Código Penal conforme a la Constitución. El artículo 287 establece una pena de tres a seis meses de cárcel y una multa para quien públicamente justifique, defienda, o alabe actos delictivos o al autor de un crimen.

El Tribunal opinó que los derechos constitucionales de libertad de reunión y libertad de expresión deben ser respetados. El Tribunal también opinó que las marchas no deben considerarse delitos, porque no promueven ni defienden el uso de drogas, sino que están diseñadas para llevar a cabo una revisión de políticas públicas. La decisión revoca varias decisiones de los tribunales inferiores que las habían prohibido como "apología al uso de drogas y la delincuencia" y "apoyo al narcotráfico".

El tribunal sostuvo que las marchas deben ser permitidas si las autoridades quieren respetar

los derechos de libertad de expresión y de reunión. Las marchas son una forma en la que los ciudadanos puedan ejercer esos derechos: "Nada resulta más dañino y peligroso que el deseo de reprimir la libertad de expresión por parte del Estado, especialmente de las ideas que la mayoría repudia. El pensamiento debe ser siempre libre". (Justicia Celso de Mello).

I.1.4 – Caso Levy Fidelix (homofobia) (2014)

Levy Fidelix, ex candidato a la elección presidencial en 2014 y presidente del pequeño partido político PRTB, fue sentenciado en una acción civil por daños y perjuicios, interpuesta por los movimientos homosexuales, bisexuales, transexuales y personas transgénero (LGBT) y la Defensoría Pública de la ciudad de São Paulo, a pagar una multa de R\$ 1 millones de reales en concepto de daños y perjuicios por un discurso homofóbico, durante un debate en televisión el 28 de septiembre de 2014. La condena fue confirmada por el Tribunal de Justicia de São Paulo.³

Durante un debate en televisión con otros candidatos presidenciales, le pidieron a Fidelix que explique la razón por la cual aquellos que defienden los valores familiares tradicionales se niegan a reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio civil. Respondió con una vulgar declaración acerca de que el sexo gay no permite la reproducción. "Esas personas que tienen esos problemas deberían recibir ayuda psicológica. Y muy lejos de nosotros, porque aquí no es aceptable." Afirmó estar en contra de la unión afectiva homosexual porque "no pueden tener hijos": "Pongan un centenar de personas del mismo sexo en una isla y vuelvan en cien años. Estarán todos muertos". Concluyó diciendo que él no tiene problema si los homosexuales actúan "en privado". Pero el exhibicionismo, según Fidelix, es inaceptable, los homosexuales "no pueden confrontarnos. Exhibir los

³ SENTENÇA 1098711-29.2014.8.26.0100 Ação Pública Civil - Indenização por Dano Material Pública Defensoria do Estado de São Paulo José Levy Fidelix da Cruz e outro

genitales, ni besarse en público." Continuó diciendo que "los órganos excretores no pueden reproducir (...) ¿Cómo puede un padre, un abuelo pararse aquí anclado porque tiene miedo de perder votos? Prefiero no tener esos votos a estar en silencio. (...) Vamos a terminar con esta historia", dijo, sugiriendo que él debe ser valiente y enfrentar la intimidación producida por la visión políticamente correcta que favorece los intereses de la comunidad gay. "He visto ahora al Santo Padre, al Papa limpiando de pedófilos el Vaticano, lo hizo muy bien. ¡es cierto! Tratamos a todos los seres vivos con religiosidad para que nuestros hijos pueden encontrar realmente una buena familia", dijo en ese momento. El candidato también dijo que lo más importante es que la población LGBT sea asistida a nivel psicológico y afectivo, pero "lejos de nosotros." La polémica de las declaraciones de Levy Fidelix durante el debate provocó fuertes reacciones y tuvo repercusiones internacionales.

El Tribunal Superior de Justicia de São Paulo consideró que las declaraciones del candidato presidencial "habían excedido los límites de la libertad de expresión, centrándose en un discurso de odio". " No podemos prohibir al candidato expresar sus opiniones. Sin embargo, él utilizó palabras extremadamente groseras, hostiles y desafortunadas que ofenden a personas que son seres humanos y merecen el respeto de la sociedad. El principio de igualdad debe ser seguido." Además, las ofensas realizadas contra la población GLS propagan el falso sentimiento de legitimación política de un comportamiento discriminatorio, fortaleciendo los actos de exclusión y violencia en contra de esta minoría. "Por lo tanto, este tipo de discurso es "un flaco favor a la sociedad democrática" y "niega la dignidad a la población GLS".⁴

⁴ SENTENÇA 1098711-29.2014.8.26.0100 Ação Civil Pública - Indenização por Dano Material 18a VARA CÍVEL, São Paulo -

I.1.5 - Caso Ellwanger - Tribunal Supremo - el racismo y la negación del holocausto (2003)

Una petición de habeas corpus fue interpuesta ante el Tribunal Supremo Federal⁵ (FSC), en nombre de Sigfried Ellwanger, un escritor y editor que fue condenado, en apelación, por el delito de antisemitismo por publicar, vender y distribuir material antisemita. La Constitución (Artículo 5.42) determina que "la práctica del racismo constituye un delito no sujeto a fianza e imprescriptible." Alegando que los judíos no son una raza, el peticionario alegó que el delito de discriminación antisemita, por el cual fue condenado, no tiene la connotación racial necesaria para denegar la exclusión del delito, que como dispone el artículo 5.42 de la Constitución, debe limitarse a los delitos de racismo.

El pleno de la Corte, basándose en la premisa de que no hay subdivisiones biológicas en la especie humana, encontró que la división de los seres humanos en razas es el resultado de un proceso cuyo contenido es meramente político-social. Este proceso da nacimiento al racismo, que a su vez genera discriminación y prejuicios segregacionistas.

Se afirmó que la discriminación contra los judíos, que resulta del principio fundamental nacionalsocialista basado en que judíos y arios forman diferentes razas, es irreconciliable con los estándares éticos y morales definidos en la Constitución y en el mundo contemporáneo, en el que el Estado democrático de derecho surge y se armoniza. Por lo tanto, el delito de racismo es verificado por el simple uso de estos estigmas, que constituyen un atentado contra los principios sobre los que se asienta y organiza la sociedad humana, como la respetabilidad y dignidad del ser humano y su coexistencia pacífica en el entorno social.

⁵ 82.424 HC/RS, decidida el 17.09.2003

Por lo tanto, se reconoció que la edición y publicación de obras escritas para transmitir ideas antisemitas - que tratan de revitalizar y dar credibilidad a la concepción racial definida por el régimen nazi, que niega y subvierte incuestionables hechos históricos como el Holocausto, basada en la supuesta inferioridad y descalificación del pueblo judío - incita a la discriminación con un aguzado contenido racista, hecho aún más grave a la luz de las consecuencias históricas de los hechos en que se basan.

Los jueces entienden que, en este caso, la conducta del peticionario en publicar libros con contenido antisemita fue explícita, revelando una intención manifiesta de engañar pues él mismo se basa en la premisa errónea de que los judíos no son sólo una raza, sino más que eso, un segmento racial fundamentalmente y genéticamente inferior y pernicioso. De esta manera, la discriminación que cometió, de manera deliberada y dirigida específicamente contra los judíos, constituye el acto ilícito de practicar racismo, con las graves consecuencias que le acompañan.

Se decidió, por último, que, como cualquier derecho individual, la garantía constitucional de la libertad de expresión no es absoluta, ya que pueden retraerse cuando sobrepasa sus límites morales y jurídicos, como en el caso de manifestaciones inmorales que equivalen a infracciones penales. Por esta razón, en este caso concreto, la garantía de la libertad de expresión se ha retraído en nombre de los principios de la dignidad de la persona humana y de la igualdad jurídica.

I.2 - El carácter del debate brasileño

La elección de los casos es de alguna manera arbitraria. Muchos otros casos relativos al discurso comercial, privacidad, comunicación por Internet, donaciones corporativas para campañas electorales, el discurso religioso, y otras expresiones violentas podrían haber sido

escogidas. Sin embargo, sirven para mostrar que el debate sobre los límites y el concepto mismo de la libertad de expresión es cada vez más complejo e intenso. Este fenómeno ha generado un muy interesante, aunque a veces conceptualmente pobre, debate sobre los límites de la libertad de expresión y los adecuados mecanismos y modelos de interpretación que debe utilizarse en entornos específicos.

La Constitución brasileña de 1988 considera que la libertad de expresión es un derecho fundamental. Su contenido no difiere profundamente de los habituales modos en los que otras constituciones latinoamericanas protegen este derecho.⁶

La Constitución brasileña es el resultado del proceso de democratización que siguió al finalizar el régimen autoritario. Por esta razón su principal justificación política se basa en la idea liberal de que la libertad de expresión es un instrumento esencial para la protección del régimen democrático. Las palabras del Juez Barroso, mencionadas antes, ilustran esta posición. Según este punto de vista, la libertad de crítica política es necesaria para la transparencia y la rendición de cuentas en el ejercicio del poder político, pero también para otorgar voz a los grupos minoritarios y a las ideologías políticas que fueron silenciadas durante la dictadura brasileña. La mayoría de la doctrina jurídica sobre la libertad de expresión brasileña se basa en estas justificaciones que corresponden a las expectativas

⁶ Según ésta:

Artículo 5. Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción alguna, los brasileños y extranjeros residentes en el país tienen garantizada la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: (ca no. 45, 2004)

IV - La expresión del pensamiento es libre, y el anonimato es prohibido;

IX - La expresión de la propiedad intelectual, artística, científica y las actividades de comunicación son libres, independientes de censura o licencia;

XIV - Se garantiza el acceso universal a la información y la confidencialidad de la fuente deberá garantizarse, siempre que sea necesario para la actividad profesional;

Artículo 220. La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información, en cualquier forma, medio o proceso no estarán sujetos a ninguna restricción, con el debido respeto a las disposiciones de esta constitución.

Párrafo 1. Ninguna ley podrá contener disposición alguna que pueda representar un obstáculo a la plena libertad de prensa en cualquier medio de comunicación social, con el debido respeto a las disposiciones del artículo 5, IV, V, X, XIII y XIV.

Párrafo 2. Cualquier y toda censura de naturaleza política, ideológica y artística está prohibida.

políticas dominantes de los brasileños en 1988. Esto no es sorprendente, ya que muchos artistas, políticos e intelectuales, miembros de partidos políticos y periodistas fueron censurados y perseguidos por el régimen militar.

Por lo general esta fundamentación es bastante similar a la justificación que dio John Stuart Mill a la libertad de expresión. También es posible identificar, en los casos mencionados y en la doctrina tradicional, la idea de que la libertad de expresión es un instrumento poderoso para garantizar el "mercado de ideas", en el que los mejores argumentos podrían prevalecer. Este tipo de argumento es muy similar a lo que en EEUU se conoce generalmente como una concepción Meiklejonian de la libertad de expresión.⁷

Algunos de los casos mencionados arriba constituyen un reto para la manera tradicional de justificación de la libertad de expresión en Brasil. Por un lado, es muy interesante notar que los intelectuales, la gente común y los juristas estaban divididos acerca de la prohibición de la venta de *Mein Kampf* de Hitler y la condena a Levy Fidelix civiles a pagar una indemnización civil de un millón de reales como daño moral colectivo por sus palabras durante el debate presidencial de 2014. En ambos casos, los argumentos judiciales atrajeron a los defensores de los derechos humanos de izquierda y partidarios conservadores que en el pasado aprobaron la protección constitucional de la libertad de expresión. Por otro lado, la decisión en el caso de la "Marcha de la Marihuana" fue aplaudida por grupos progresistas que también apoyaron la prohibición de carteles con citas bíblicas homofóbicas durante la Marcha del Orgullo Gay. Los miembros conservadores de la comunidad evangélica repudiaron ambas decisiones.

La característica más sobresaliente que debe destacarse es la falta de una reflexión más profunda y refinada que pueda revelar alguna coherencia teórica que podría estar detrás

⁷ Ver POST, Robert. El Discurso de Odio, págs. 123-139, en HARE, Ivan y WEINSTEIN, James (eds). *Expresión extrema y Democracia*. Oxford: Oxford University Press, 2011; Post, Robert. "Conciliar la teoría y la doctrina en la jurisprudencia de la Primera Enmienda" en *California Law Review*, Vol. 88: 2353, 2000.

de estos casos. Es difícil evitar la impresión de que los distintos estándares adoptados en estas decisiones son, al final del día, una mera expresión de los sesgos ideológicos que guiaron las preferencias del juez. En otras palabras, es difícil encontrar argumentos jurídicos que puedan coincidir con el requisito de integridad. Tras la lectura de casos, uno puede fácilmente llegar a la conclusión de que las decisiones fueron *ad hoc*. Las referencias a la teoría del balanceo, las apelaciones al principio de la dignidad humana y otras doctrinas de moda parecen haber servido como un disfraz para una discrecionalidad pura y fuerte.

Vale la pena señalar que la misma sensación de falta de normas claras y tensiones entre diferentes conceptualizaciones de libertad de expresión también se encuentran en el caso Ellwanger, generalmente considerado como un precedente en la materia. Es especialmente revelador el hecho de que los magistrados Marco Aurelio Mello y Gilmar Mendes Ferreira invocaron la doctrina del balanceo de Alexy, pero llegaron a opiniones contrarias!. Es muy sorprendente cómo ambos jueces después de hacer un resumen del test de proporcionalidad simplemente saltaron a una conclusión final sin mayor justificación. Además, quien lee el caso de la Marcha de la Marihuana fácilmente se da cuenta de la tensión reinante entre la justificación adoptada y la justificación y el método utilizado en el caso Ellwanger. Esto es particularmente evidente cuando los jueces discuten los límites de la incitación al delito. En el caso Ellwanger la existencia previa de una ley federal que consideraba la negación del holocausto como un crimen de racismo fue uno de los motivos de la decisión. Sin embargo, en el caso de la Marcha de la Marihuana la apología del delito recibió un argumento mucho más flexible y una interpretación libre. Hay una evidente falta de una conceptualización más refinada de conceptos, tales como la incitación, y a veces una aceptación no explícita de lo ofensivo como un sólido fundamento para limitar la libertad de expresión. Además, el Poder Judicial no está prestando atención suficiente ante el hecho de que algunas intervenciones son hechas en debate público, mientras que otras no lo son. La

democracia (generalmente vagamente definida) a menudo se invoca como fundamento exclusivo para la libertad de expresión.

I.3 - El método de interpretación implícito

Las decisiones del poder judicial brasileño sobre libertad de expresión reflejan síntomas claros de dos diferentes *enfermedades intelectuales*. Por un lado, pueden ser vistos como un desatinado uso técnico de la doctrina del balanceo.⁸ Considerando que la influencia de la doctrina alemana del balanceo todavía se mantiene como una novedad en Brasil y que la llegada de la retórica basada en principios en la práctica legal todavía no es un paradigma bien entendido por juristas brasileños, uno podría tener la esperanza de que en el futuro una mejor dogmática jurídica podría proporcionar un método para evitar el criterio de discrecionalidad que ahora prevalece. Una mejor formación jurídica también podría considerarse una buena medicina para luchar contra esta enfermedad. En mi opinión, hay razones para ser escéptico sobre este optimismo inocente. De cualquier modo, hablar de ello me requeriría más de lo que puedo decir en este artículo.

Por otro lado, creo que se ha naturalizado el *uso de técnicas de balanceo* en la doctrina y en la práctica brasileña. En este sentido, la aplicación del método del balanceo a la libertad de expresión en cada caso es apenas cuestionado por juristas que con más frecuencia están en desacuerdo sobre cómo evaluar o balancear los derechos del respectivo caso. Los juristas rara vez impugnan la elección misma de este método en los casos de libertad de expresión. El balanceo se ha banalizado y naturalizado en Brasil.

⁸ Ver Afonso, DA SILVA, L. V., o proporcional e o Razoável, Revista dos Tribunais 798, 2002, pp. 23-50.

I.3.1 - La Dignidad Humana y la necesidad de balancear

Esta visión de la naturaleza de los valores constitucionales además de suponer que el choque de principios es inevitable y siempre requieren balanceo, también le da una especial relevancia al principio de la dignidad humana. De nuevo, un buen paradigma de dicha posición se encuentra en las ideas de Barroso. Para él, "En Brasil, el Sr. Ellwanger quería publicar libros en los que se niega la existencia del Holocausto. (...) Cada uno de estos escenarios representa casos verdaderos resueltos por tribunales superiores de todo el mundo y comparten un rasgo común: el significado y el alcance de la idea de la dignidad humana."⁹

Además, "Otro papel importante desempeñado por el principio de la dignidad humana es interpretativo. La dignidad humana forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales, como la igualdad, la libertad y la privacidad. Por lo tanto, necesariamente guía la interpretación de esos derechos constitucionales, ayudando a definir su significado en determinados casos." Sin embargo, la posible impresión de que un enfoque interpretativo Dworkiniano sería la base para estas decisiones, pronto se desecha cuando el *balanceo* es reconocido como la consecuencia natural de esta observación. La naturalización del balanceo está declarada claramente como la conclusión final del argumento, a pesar de que esto es claramente rechazado desde el punto de vista de Dworkin. Barroso continúa: "Sería contradictorio que la dignidad humana sea un derecho en sí mismo, sin embargo, porque es considerado como el verdadero fundamento de todos los derechos fundamentales y la fuente de al menos una parte de su contenido básico. Además, si la dignidad humana se considera un derecho constitucional en sí mismo, tendría que ser equilibrada contra otros derechos constitucionales, colocándolo en una posición más débil que si se lo utiliza como un parámetro externo para soluciones admisibles cuando los

⁹ BARROSO, Luís Roberto. "Liberdade...", cit., pág. 347.

derechos chocan. Como principio constitucional, la dignidad humana, sin embargo, puede necesitar ser balanceada contra otros principios o colectivos.¹⁰

En resumen. La doctrina dominante sobre la libertad de expresión combina tres características básicas: una justificación Millian-Meiklejoniana de la libertad de expresión, la ineludible necesidad de balancear los valores constitucionales contradictorios como la metodología exclusiva y única de interpretación constitucional y el reconocimiento de la dignidad humana como un valor central y fundacional. Esta estructura se junta a un vago concepto de la dignidad humana y la defensa de procesos decisionales caso-por-caso.

Parte II

II - Algunas lecciones de la experiencia de EE.UU.

Muchos estudiosos de la Libertad de Expresión ya han reconocido que la riqueza de la experiencia estadounidense en relación con la libertad de expresión, es difícilmente comparable.¹¹ La jurisprudencia brasileña sobre la libertad de expresión tiene también mucho que aprender. En la siguiente sección quiero resumir algunas de las más importantes lecciones en esta vasta área de estudios que creo que justifican esta afirmación.

Creo que podemos comparar las tradiciones norteamericanas y brasileñas. Para ello, voy a separar las características principales de la jurisprudencia de la Primera Enmienda en tres puntos principales: i) críticas fundacionales sobre el concepto mismo de la libertad de expresión (su principal justificación); ii) el desarrollo de un rico aparato conceptual; iii) las innovaciones metodológicas (la alternativa al balanceo *ad hoc*). Geoffrey Stone ha realizado

¹⁰ Barroso, Luís Roberto, "Aquí, Allá y en Todas Partes: la Dignidad Humana en el Derecho Contemporáneo y en el Discurso Transnacional" (agosto 30, 2011). Boston College Review de Derecho Internacional y Comparado, Vol 35, Nº 2, 2012. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1945741>, página 359.

¹¹ Ver SCHAUER, Frederick, La adjudicación de la libertad de expresión en Europa y en Estados Unidos: un estudio de casos en arquitectura constitucional comparada, en el constitucionalismo europeo y estadounidense 49, 68 (Georg Nolte ed., 2005); en la página. 12-14.

un argumento convincente sobre los diez aspectos más importantes que voy a tomar como punto de partida de mi análisis.¹²

II.1 - Críticas fundacionales sobre el concepto mismo de la libertad de expresión (su principal justificación)

Existe una conexión necesaria entre la libertad de expresión y sus fundamentos filosóficos. La filosofía política está claramente enraizada en la práctica de la academia americana sobre Libertad de Expresión. Este no es el caso de Brasil, donde un tratamiento filosófico del tema - especialmente en términos de la teoría de justicia que ella presupone -- está normalmente ausente en la mayoría de la práctica jurídica y la doctrina constitucional (dogmatismo jurídico). En Brasil, la doctrina dominante tiende a aceptar como casi suficiente (y a veces exclusivo) punto de partida la inevitable e irreconciliable conflictividad entre derechos positivos y valores establecidos en la Constitución.¹³

En mi opinión la doctrina de la Primera Enmienda ha tomado los fundamentos filosóficos de la libertad de expresión con mayor seriedad, y este hecho causó un gran impacto en el tipo de análisis conceptual desarrollado por los tribunales estadounidenses y la jurisprudencia. Esto es bastante evidente cuando la definición de los objetivos de la libertad de expresión está asociada con diferentes conceptos y valores de democracia, autonomía, auto-determinación y dignidad.

II.1.1 - El concepto de libertad de expresión requiere una conceptualización política

¹² Geoffrey R. Stone Libertad de Expresión en el Siglo XXI: Diez lecciones del siglo xx, 36 Pepp. L. Rev. 2 (2009), disponible en: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol36/iss2/2>

¹³ Por ejemplo, BARAK, Aharon, "Proporcionalidad", en ROSENFELD, Michael (ed.), SAJO, Andrés (ed.), el Manual de Derecho Constitucional Comparado de Oxford, 2012, págs. 657-673.

La experiencia legal americana ha demostrado que cualquier análisis jurídico de libertad de expresión debe comenzar con una teoría de lo que significa esta expresión. Aunque esta afirmación puede parecer obvia, muy pocos países han adoptado esta tarea tan en serio como en Estados Unidos. La corta provisión de la Primera Enmienda, probablemente haya contribuido a dejar claro que este es un paso necesario. De acuerdo a Stone: "El Juez Oliver Wendell Holmes puso decisivamente este significado a descansar en *Schenck v. los Estados Unidos* (1919)¹⁴ con su famoso ejemplo de un falso grito de fuego en un teatro lleno. A partir de ese momento, nosotros (los estadounidenses) hemos reconocido que, a pesar de que el gobierno no puede "coartar" la libertad de expresión, debemos definir qué significa la "libertad de expresión" que el gobierno no puede coartar. Esa libertad, en otras palabras, no se auto-define y, de hecho, nada en el texto de la Primera Enmienda nos ayuda a definir su significado."¹⁵ En otras palabras, el primer paso necesario para analizar la libertad de expresión requiere algo de investigación conceptual que está vinculado a un concepto de justicia y, por tanto, su significado también está conectado a una red de conceptos morales y creencias políticas.

La academia americana ha producido una rica y profunda reflexión sobre los fundamentos básicos de la libertad de expresión. Las más obvias y directas influencias son el liberalismo clásico y el utilitarismo. Una forma de analizar estas cuestiones filosóficas, es a través de la identificación de los fundamentos básicos que subyacen a la doctrina de la Primera Enmienda. Ellos son precisados de manera mucho más clara y aguda, tanto en los casos insignia de la Corte Suprema como por la academia de EE.UU, que en el caso de la ley y la doctrina brasileña.

5. *Schenck v. los Estados Unidos*, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁵ STONE, Geoffrey R. *la Libertad de Expresión en el siglo XXI: Diez lecciones del siglo xx*, 36 *Pepp. L. Rev.* 2 (2009), disponible en: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol36/iss2/2> , pag. 274.

II.1.2 - Algunos fundamentos de la libertad de expresión

II.1.2.1. Auto-gobierno

La Constitución Americana y la Primera Enmienda son productos de la Ilustración. La justificación del autogobierno está arraigada en la Declaración de la Independencia, que afirma que "los gobiernos son instituidos entre los hombres, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados".¹⁶ Por esta razón, los ciudadanos tienen que participar en el auto-gobierno por medio de la razón y el juicio práctico. En consecuencia, uno de los fundamentos de la libertad de expresión es que es indispensable para el auto-gobierno y para permitir la participación en el proceso democrático.

Este razonamiento es frecuentemente identificado con la labor de Alexander Meiklejohn pero fue articulado mucho antes por el Juez Brandeis en *Whitney v. California*.¹⁷ Bajo esta lógica, el discurso político es lo más superior, jerárquicamente, en términos de libertad de expresión. Además, ofrece una sólida justificación para proteger sólo la voz que pueda razonablemente decirse que contribuye a la educación cívica de los ciudadanos –este es el llamado "discurso político". Sin embargo, la justificación política del autogobierno reconoce protección política sólo para algunos tipos de expresión, mientras que otros (como la pornografía, por ejemplo) quedarían fuera de estos parámetros.¹⁸

El fundamento del auto-gobierno conecta claramente la justificación de la libertad de expresión a teorías democráticas. La academia americana ha producido un amplio y profundo debate acerca de cómo las diversas teorías de la justicia podrían generar diferentes

¹⁶ La Declaración de Independencia, párr. 2 (EE.UU. 1776).

¹⁷ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) Para una descripción crítica histórica de estas ideas ver. Robert Post, *supra*.

¹⁸ Ver ALEXANDER MEIKLEJOHN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU RELACIÓN CON EL AUTO-GOBIERNO 88-89 (1948). Para un comentario de este proceso ver Post, Robert. "Reconciliar la teoría y la doctrina en la jurisprudencia de la Primera Enmienda" en *California Law Review*, Vol. 88: 2353, 2000.

repercusiones en la jurisprudencia de la libertad de expresión. Entre las contribuciones más importantes están Rawls y la filosofía política post-rawlsiana.

II.1.2.2 – La justificación del cuarto estado

También existe la llamada justificación del cuarto estado. De acuerdo a Stone "Se reduce a que, como cuestión práctica, los ciudadanos no tienen el tiempo o los recursos necesarios para informarse adecuadamente sobre las acciones de su gobierno o los cambios en el mundo que les rodea. Por lo tanto, debe haber un grupo dentro de la sociedad cuya principal finalidad profesional es la recopilación, organización y amplia difusión de información acerca de estas acciones y eventos. En nuestra sociedad, este grupo son, por supuesto, los medios de comunicación, que a veces se conocen como el "cuarto poder".¹⁹ La justificación de este tipo de protección especial ha sido enunciada en el famoso caso *New York vs. Sullivan*. Muchos estudiosos, como Owen Fiss, han formulado algunas críticas sobre el absolutismo de este principio²⁰ y han llamado la atención a los problemas relacionados con el desequilibrio de poder en la prensa y otros medios de comunicación libres, cuestión especialmente importante en el dominio del debate público. Volveré sobre este punto más adelante en este artículo.²¹

II.1.2.3 - El mercado de ideas

La justificación del mercado de ideas en la teoría constitucional norteamericana suele identificarse con el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Oliver Wendell Holmes en

¹⁹ Marin Roger Scordato, *Fundamentos de la Libertad de Expresión después del 11 de septiembre: La Primera Enmienda en América Post-World Trade Center en América*, 13 *STANFORD L. & POL'Y REV.* 185 (2002). Página 198.

²⁰ *New York Times co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

²¹ FISS, Owen M., "La Libertad de Expresión y Estructura Social", pág. 366 e 372. Véase también, *La ironía de la libertad de expresión*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

opinión disidente en *Abrams v. los Estados Unidos* (1919). Él escribió: "Cuando los hombres se han dado cuenta de que el tiempo ha perturbado muchas creencias conflictuadas, pueden llegar a creer aún más de lo que creen en los cimientos de su propia conducta, que el bien último deseado es mejor alcanzado mediante el libre comercio de ideas - que la mejor prueba de una verdad es el poder del pensamiento, lograr ser aceptado en la competencia del mercado, y esa verdad es la única razón por la que sus deseos se puede llevar a cabo de forma segura". No obstante, sus raíces se remontan a las ideas de John Stuart Mill²² en el folleto *Sobre la Libertad*.²³ Este razonamiento postula que la libertad de expresión es importante, porque en el mercado de ideas, las mejores ideas eventualmente prevalecen a través de la competencia. La idea básica de estas ideas avanza en paralelo con el *laissez faire*, en el ámbito económico, y en la experimentación científica del siglo XVIII.

Esta lógica sienta la idea de que la libertad de expresión crea un clima social "en el que las ideas aceptadas y la ortodoxia convencional puede ser impugnadas enérgicamente, y esta constante interacción competitiva de ideas mueve a la sociedad más rápidamente hacia una verdadera comprensión del mundo".²⁴ Es importante notar que ésta se centra en los posibles beneficios para el conjunto de la sociedad, en lugar de beneficios individuales para miembros de la sociedad. Subraya que la libertad de expresión es una herramienta importante para generar buenas consecuencias para el buen gobierno y la verdad.

Bajo esta lógica, no existen jerarquías en los discursos. El valor de los distintos tipos de discursos depende exclusivamente de la evaluación del mercado. Sin embargo, la relevancia de la verdad varía según los diferentes tipos de verdad. Los argumentos sobre la base de este criterio son más fuertes para la protección de las declaraciones que tienen cierta capacidad para ser verdaderas o falsas en comparación a las expresiones que no la tienen. Esto es importante, ya que muchos tipos de argumentos no están vinculados a ningún valor de

²² Disenso, *Abrams v. los Estados Unidos*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J. discrepancia).

²³ John Stuart Mill *Sobre la libertad*, CreateSpace, Plataforma independiente de Publicación, 2014.

²⁴ SCORDATO, Marin Roger, op. cit., páginas. 193- 194.

la verdad, como el arte y menos aún, la obscenidad y la pornografía.²⁵ Es evidente que muchas de las decisiones de los tribunales brasileños invocan este razonamiento de manera acrítica en la adjudicación de casos acerca de la libertad de expresión relativa a las artes, la religión y la publicidad.

Además, por un lado, a veces se sostiene que "algunas comunidades expresivas están mejor preparadas en la práctica para el modelo de comportamiento asumido implícitamente por el concepto del mercado de ideas. Es decir, algunas comunidades de hablantes y su audiencia funcionan de tal manera que una mayor cantidad de expresiones y de comunicación en el discurso suele resultar en la producción de una verdad mayor."²⁶ Por otro lado, no es necesariamente cierto que cualquier tipo de competencia vigorosa de ideas promueva la verdad. El dominio de la comunicación ha sido siempre un lugar de sofistas y demagogos. Por esta razón, la "libertad de expresión interpretada a través del fundamento de un mercado de ideas inevitablemente generaría distintos niveles de protección constitucional a la expresión para diferentes comunidades expresivas y diferentes voceros".²⁷

Por último, es importante notar que si bien la libertad de expresión se refiere generalmente a una libertad de expresión negativa, una ausencia de restricciones coercitivas del gobierno sobre nuestra actividad expresiva, algunos críticos han llamado la atención sobre su dimensión positiva, es decir, su conexión con la libertad positiva. Un límite a este tipo de justificación se asemeja a la crítica comúnmente hecha contra el fracaso del mercado y la necesidad de la regulación antimonopolio en los mercados comerciales. Algún nivel de regulación del mercado puede resultar más eficiente cuando el desequilibrio de poder pueda amenazar la entrada de diversas voces en una competencia justa.²⁸

²⁵ DWORKIN, Ronald. Existe un derecho a la pornografía? En *Oxford J Estudios Jurídicos* (1981) 1 (2): 177-212 doi:10.1093/ojls/1.2.177.

²⁶ SCORDATO, Marin Roger, op. cit., página. 193

²⁷ SCORDATO, Marin Roger, op. cit., página..

²⁸ Ver Berlín, Isafas, *Dos conceptos de libertad*, en cuatro ensayos sobre la libertad 122-34 (1969)

Muchos estudiosos como Owen Fiss también han llamado la atención a los desequilibrios estructurales de poder que a menudo afectan el dominio del discurso público controlado por las grandes corporaciones de medios. Para él, "la mayor parte de la tradición de la libertad de expresión puede ser entendida como una protección para el que habla en la esquina de la calle. Un individuo se monta en una tarima en una esquina en alguna gran ciudad, comienza a criticar la política gubernamental, y luego es detenido por quebrantamiento de la paz. En esta configuración la primera enmienda es concebida como un escudo, como un medio de proteger el discurso individual de ser silenciado por el estado."²⁹ Fiss advierte la tensión entre las lógicas dominantes de la libertad de expresión tradicionales y la necesidad de una nueva conceptualización causada por las demandas igualitarias que crecieron durante la Corte de Warren. Además, "El propósito de la libertad de expresión no es la auto-realización individual, sino la preservación de la democracia y el derecho de un pueblo, como pueblo, para decidir qué tipo de vida desea vivir. La autonomía no está protegida por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva".³⁰

Esta crítica pone de relieve el enfoque instrumental y consecuencialista que es evidente y fuerte entre los estudiosos americanos de la libertad de expresión.³¹

II.1.2.4 – Autorrealización y autonomía individual

Contrariamente a Fiss, muchos juristas y la jurisprudencia ha insistido en la idea de que la libertad de expresión es valiosa porque promueve y permite a cada individuo la autorrealización y la autonomía. Este argumento conecta directamente la protección de la

²⁹ FISS, Owen M., "La libertad de Expresión y la Estructura Social" (1986). Serie de discusiones de la Facultad. Documentos 1210 [Http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1210page..](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1210page..) 1408

³⁰ FISS, Owen M., "La libertad de expresión y estructura social", op. cit., pág. 1411.

³¹ FISS, Owen M., "La libertad de expresión y estructura social", op. cit., pág. 1414

libertad de expresión a las teorías de libertad, o la justificación de la autorrealización individual.³² Las teorías de la Primera Enmienda identifican esta lógica con lo establecido en la Declaración de Independencia que "todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los que están la vida, la libertad y la búsqueda de la Felicidad."³³ De este modo la libertad de expresión individual es un componente importante de una vida feliz y realizada. Además, el gobierno tiene la responsabilidad de crear las circunstancias en las que las personas puedan tomar sus propias decisiones acerca de su vida (la *buena vida*) y perseguir su autorrealización individual.

Por un lado, este tipo de razonamiento es particularmente fuerte para la protección de los discursos no-políticos, como la expresión artística y la pornografía. Por otro lado, la libertad de expresión no es el único medio ni su valor se limita a un propósito de promoción de la autorrealización ni la autonomía. La igualdad como valor y las leyes antidiscriminación, entre otras, concurren con el mismo objetivo. Por esta razón, la importancia relativa de este criterio requiere una teoría más comprensiva de justicia, en la que el lugar de la libertad de expresión "prioridad"³⁴ pueda ser evaluada. Además, una vez que pueda alegarse que otros elementos de la existencia humana puedan contribuir tanto o más a la autorrealización individual básica de la persona y a su autonomía, que lo que aporta la oportunidad de expresarse libremente, es un tema controversial si es que su importancia relativa debe ser evaluada en virtud de algún tipo de test de balanceo.

Jeremy Waldron ha escrito recientemente sobre este tema, argumentando que "el sentimiento individual de confianza", de no ser rechazados o excluidos de una comunidad, es una dimensión tan importante de su *dignidad* (interpretado como la igualdad de rango) que

³² La Libertad de Expresión en los Estados Unidos. 33 (1941), segunda edición The Lawbook Exchange, Ltd., 2001.

³³ La Declaración de Independencia, párrafo. 2 (EE.UU. 1776).

³⁴ Ver RAWLS, John, El liberalismo político. Columbia, NY, 2005

debe exigir la reglamentación que prohíba el discurso del odio.³⁵ De manera curiosa y reveladora de sus compromisos teóricos, para él el método de equilibrado es inevitablemente necesario para tratar con el enfrentamiento de valores en decisiones sobre libertad de expresión.³⁶

Ronald Dworkin ha enfrentado este argumento en un reciente e interesante debate.³⁷ Se demostró no sólo la relevancia de los supuestos básicos de los conflictos de valores (*sensación de fiabilidad versus autonomía de expresión; dignidad como categoría versus la libertad como un requisito de la dignidad*) sino también sobre la metodología consignada para decidir casos que involucran el discurso de odio (balanceo versus análisis conceptual de la noción misma de dignidad-según Dworkin un *concepto interpretativo* y según Waldron, dignidad como rango (o categoría) podría interpretarse como *un criterio o concepto sociológico; legitimidad como un concepto interpretativo normativo versus legitimidad como un concepto sociológico, un criterio conceptual*). No está dentro del alcance de este artículo analizar los méritos de los argumentos. Mi objetivo al mencionarlos se limita a constatar la inevitable dimensión filosófica del debate y sus consecuencias. Esta dimensión es poco reconocida en la jurisprudencia brasileña y la jurisprudencia.

También es importante notar que los intereses y valores promovidos por los fundamentos del mercado de las ideas y los fundamentos incorporados en la autorrealización individual pueden variar considerablemente, dependiendo de cómo se definan. Por un lado, el fundamento del mercado de ideas apoyaría más vigorosamente a la libertad de expresión en la medida en la que la sociedad avance, incluso si las condiciones que crearon ese adelanto

³⁵ WALDRON, Jeremy. El daño en el discurso de odio. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012.

³⁶ WALDRON, Jeremy. El daño en el discurso de odio, op. cit., págs. 140, 145-146, 171-172.

³⁷ Michael Herz (Editor), Peter Molnar (Editor) El contenido y el contexto del discurso de odio: Repensando la regulación y las respuestas, CUP 2012; un interesante debate entre Waldron y Dworkin ocurrió durante una conferencia bajo el título "Retos para el multiculturalismo", organizado por el New York Review of Book Foundation y la Fundación noruega Fritt Ord entre el 25-26 de junio de 2012 en Oslo, disponible en vídeo en <https://youtu.be/DoSbp8pdbM8>.

fueren perjudiciales para la autonomía de algunos individuos. Por otro lado y al contrario, podría decirse que³⁸ el fundamento de la autorrealización individual y la autonomía apoyaría una expansión de la libertad de expresión en la medida que algunos individuos se beneficien, incluso si estuviera claro que el resultado fuera perjudicial para la sociedad como un todo. Sin embargo, la afirmación no sería correcta si uno considera que el mejor objetivo social es precisamente garantizar las condiciones para el desarrollo individual y la autonomía. La diferencia depende de si tomamos en consideración sólo un análisis consecuencialista o si adoptamos un enfoque no-consecuencialista sobre esta cuestión.

Ronald Dworkin ha criticado agudamente este punto en su artículo "No tenemos derecho a la pornografía?".³⁹ Allí afirmó: "Debemos considerar dos estrategias bastante diferentes que podrían ser pensadas justifican una actitud permisiva. La primera sostiene que aún si la publicación y el consumo de pornografía es malo para la comunidad como un todo, solo considerada en sí mismo, las consecuencias de intentar censurar o reprimir la pornografía serían, a la larga, incluso peor. Voy a llamar a esta posición "la estrategia basada en objetivos". La segunda estrategia sostiene que aún si la pornografía resulta en algo peor para la comunidad, incluso en el muy largo plazo, aun así, es erróneo censurar o restringir, porque esto viola la moral individual o los derechos políticos de los ciudadanos que rechazan la censura. Voy a llamar a ésta la "estrategia basada en los derechos".⁴⁰ La segunda estrategia se basa en el conocido argumento moral Dworkiniano de que los derechos fundamentales deben ser considerados como *triumfos*.

³⁸ Marin Roger Scordato, Fundamentos De La Libertad De Expresión Después Del 11 De Septiembre: La Primera Enmienda en América Post World Trade Center en América, 13 STANFORD L. & POL'Y REV. 185 (2002). Pág. 19 5.

³⁹ DWORKIN, Ronald. Existe un derecho a la pornografía? En Oxford J Estudios Jurídicos (1981) 1 (2): 177-212 doi:10.1093/ojls/1.2.177

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Existe un derecho a la pornografía? , op. cit., págs. 177-178.

Estas dos estrategias señalan el siguiente argumento acerca del balanceo como único y necesario método de interpretación para ser aplicado en los conflictos que afectan a la libertad de expresión. Vale la pena notar que ninguna de estas justificaciones no captan bien ni la complejidad de las cuestiones de libertad de expresión ni la jurisprudencia sobre libertad de expresión de la de la Corte Suprema. Por lo tanto, decidir qué justificación es aplicable y qué fundamento es más apropiado en casos específicos, suele exigir más que un mero balanceo por parte los jueces. Se requiere de los jueces que, más o menos conscientemente, organicen la gramática de la libertad de expresión de acuerdo con algunas suposiciones filosóficas (y la teoría subyacente de justicia) no sólo como un paso preliminar al balanceo, sino como una opción para evitar el balanceo. Esto es lo que se va a abordar más directamente en el apartado III.

II.2 - El desarrollo de un rico aparato conceptual

II.2.1- La naturaleza del lenguaje de incitación y la apología del delito

Una importante lección ofrecida por la jurisprudencia americana sobre la libertad de expresión es una más refinada comprensión de la naturaleza del lenguaje según su uso en diferentes contextos. El test del peligro claro y presente es citado con frecuencia en decisiones judiciales y por la doctrina como un test importante para analizar la libertad de expresión. Sin embargo, una visión más refinada del lenguaje fue desarrollada en la jurisprudencia estadounidense, al menos desde 1970. Como Weinstein señala, "El test anunciado en *Brandenburg v. Ohio* se centra en el significado objetivo del lenguaje del orador. Así, la cuestión clave ya no es la probabilidad de que el discurso cause daño, sino que la expresión en cuestión ascienda a una mera incitación a violar la ley, en cuyo caso conserva

la protección de la Primera Enmienda, o si se cruza la línea de verdadera incitación a la anarquía, en cuyo caso es elegible para una supresión".⁴¹

En *Schenck v. los Estados Unidos*,⁴² la Corte adoptó el test de "peligro claro y presente" que *Whitney v. California* posteriormente amplió a un test de "mala tendencia": si el discurso tiene una "mala tendencia" a causar sedición o anarquía, puede estar prohibido constitucionalmente. En *Dennis v. Estados Unidos*⁴³, un caso relacionado con el enjuiciamiento de los presuntos comunistas en virtud de la Ley Smith por abogar por el derrocamiento del gobierno, utilizó el test del peligro claro y presente, pero confirmó las condenas de los imputados por actos que no podrían haber llevado a una rápida caída del gobierno.

El *test de Brandeburgo* (también conocido como test de la inminente acción anárquica) se compone de tres elementos distintos (*intención, inminencia y probabilidad*) que introducen un estándar nuevo y más protector de la libertad de expresión. Desde *Brandenburg* el principio de que las garantías constitucionales de libertad de prensa y expresión no autorizan a un Estado a prohibir o proscribir la promoción del uso de la fuerza o de la violación de la ley, excepto cuando dicha promoción está dirigida a incitar o producir inminentemente una acción ilícita y es probable que incite o produzca dicha acción. En Brasil el *Levy Fidelix*, sobre la prohibición de *Mein Kampf*, y el caso *Ellwanger* parecen mostrar una *pre concepción de Brandeburgo respecto de la incitación*, adoptando un argumento del tipo *mala tendencia* que también fue expresado por influyentes intelectuales y defensores de los derechos humanos.

II.2.2 - Lecciones de la experiencia y las posibles consecuencias

⁴¹ WEINSTEIN, James, *Discurso Extremo, Orden Público Y Democracia: Lecciones De Las Masas*, en Hare, Ivan e WEINSTEIN, James (eds). *Expresión extrema y democracia*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 44.

⁴² *Schenck v. Estados Unidos*, 249 U.S. 47 (1919),

⁴³ *Dennis v. los Estados Unidos*, 341 U.S. 494 (1951),

La doctrina de la Primera Enmienda americana es rica en historia y la abundante información sobre su interpretación, han producido importantes reflexiones sobre el impacto de la libertad de expresión en diferentes contextos. Otra lección importante y útil que los brasileños pueden es que lo que en ese momento parecían razones convincentes para suprimir la expresión, fueron retrospectivamente reconocidos como inadecuados.

Weinstein observa que "viendo hacia atrás en los casos decididos bajo el antiguo test de riesgo claro-y-presente, el Juez William O. Douglas observó (*Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969) - opinión concurrente), que el peligro presentado por la expresión en esos casos eran 'agravados únicamente por jueces tan ligados al statu quo que el análisis los ponía nerviosos'."⁴⁴ Creo que el famoso Partido Nacional Socialista de América v. Aldea de Skokie, 432 U.S. 43 (1977) (también conocido como *Smith v. Collin*; a veces referido como la *Skokie Affair*) ofrece un caso bastante interesante para la reflexión. El resultado fue que la Corte Suprema de Illinois, permitió al Partido Nacional Socialista de América marchar en Skokie (una comunidad densamente habitada por la comunidad judía) utilizando la esvástica como una forma simbólica de libertad de expresión acreedora de la protección de la Primera Enmienda y determinó que la esvástica en sí no constituye "palabras combativas." Este caso generalmente se reporta un ejemplo del carácter "irracional y extremista del excepcionalismo estadounidense" en la doctrina de la libertad de expresión. Sin embargo, muchos historiadores han señalado que los resultados del caso en lugar de amenazar la democracia norteamericana, sirvieron al propósito de fortalecerla, provocando una importante reacción contra el discurso público nazi y contra el antisemitismo y el racismo en general en los Estados Unidos. El caso estimuló la introducción de la historia del Holocausto en el

⁴⁴ WEINSTEIN, James, *Discurso Extremo, orden público y democracia: lecciones de las masas*, en la página. 43.

currículum de la escuela y a la construcción de los museos del Holocausto en Estados Unidos y en el extranjero.⁴⁵

En contraste, el caso Levy Fidelix en Brasil, resultó en un millón de reales en indemnización por daños a pesar del hecho de que las declaraciones de Fidelix también provocaron un consenso abrumador entre los políticos en apoyo de los derechos de los homosexuales y feroces críticas sobre sus ideas prejuiciosas.

La historia de la Primera Enmienda americana también ha demostrado que las personas son fácilmente disuadidas de ejercer su libertad de expresión. Por lo tanto, si la persona sabe que él podría ir a la cárcel por hablar, él a menudo renunciaría a su derecho a hablar. El reconocimiento de este "efecto paralizador", y del poder consiguiente del gobierno para utilizar la intimidación para silenciar a sus críticos, dominar y manipular el debate público. En Brasil muchas acciones de clase exigiendo la indemnización del daño moral posiblemente están produciendo este efecto silenciador, especialmente cuando el objetivo son los valores morales dominantes. Una sabia lección antes de tomar un análisis consecuencialista es producir datos e investigación informada acerca de los posibles resultados. El consecuencialismo *basado en corazonadas* siempre representan un riesgo para la libertad de expresión.

Una segunda lección de la experiencia puede llamarse "efecto pretexto".⁴⁶ Es decir, nos enteramos de que las autoridades de gobierno suelen defender sus restricciones a la expresión con justificaciones bastante diferentes a sus verdaderas motivaciones para la supresión, lo que usualmente sucede para silenciar a sus críticos y suprimir ideas que no les

⁴⁵ Estos hechos son narrados en muchos artículos: Lee C. Bollinger, Aryeh Neier, (1982). "El legado de Skokie: Reflexiones sobre un de 'Caso Fácil' y la teoría de la libertad de expresión". Michigan Law Review 80 (4): 617-33. doi:10.2307/1288226. JSTOR 1288226; Schauer, Frederick (2005). "El agitador astuto y la tradición de la Libertad de Expresión americana". Stanford Law Review 57 (6): 2157-70. JSTOR 40040243. Documentales también informan sobre el episodio. Por ejemplo: *Skokie: invadido pero no conquistado*, disponible en <http://video.wttw.com/video/2365163360/>

⁴⁶ Sobre el efecto pretexto y motivación indebida, ver Elena Kagan, Discurso Privado, Objetivo Público: El Papel Del Motivo Del Gobierno En La Doctrina De La Primera Enmienda, 63 U. CHI. L. REV. 413, 414 (1996).

gustan. En mi opinión, el “efecto pretexto” es bastante evidente en los casos Levy Fidelix, Ellwanger y el de las citas bíblicas en los carteles.

Una tercera lección es sobre el efecto "crisis". Esto no sólo significa que en tiempos de crisis, real o imaginada, los ciudadanos y los funcionarios de gobierno tienden al pánico, aumentando desesperadamente su intolerancia y precipitándose a reprimir expresiones que pueden satanizar como peligrosas, subversivas, desleales o antipatrióticas, sino también que la gramática de la libertad de expresión varía en contextos extremos o excepcionales. Por esta razón, es importante no sólo definirlos con precisión, sino también ser sospechosos acerca del esfuerzo por juzgar casos normales según condiciones hipotéticas excepcionales. La jurisprudencia brasileña utiliza a menudo escenarios exagerados y argumentos resbaladizos para limitar la libertad de expresión imprudentemente.

Brasil se enfrenta ahora a una crisis política que crea oportunidades para este tipo de argumento. Un buen ejemplo es la declaración formulada por el ex Ministro de Educación, el profesor de filosofía Renato Janine Ribeiro, sugiriendo que los manifestantes que portaban pancartas de apoyo a la dictadura militar durante la marcha de 2015 contra el Gobierno del Presidente Dilma Roussef, deberían ser encarcelados. Durante el régimen militar el mismo tipo de argumento fue utilizado para poner en la cárcel a los partidarios de la Dictadura del Proletariado y para prohibir al Partido Comunista brasileño.⁴⁷

⁴⁷ SP 247 - Em palestra realizada em São Paulo, o filósofo Renato Janine Ribeiro defende que sejam presas como pessoas que decidirem se manifestar totalitários em favor de regímenes, como uma ditadura militar. "Estamos tendo no Brasil uma tolerância, que é grande, com condutas antidemocráticas que deveriam ser tipificadas como criminosas... Pregar un volta dos militares deveria ser delito, deveria levar un pessoa para a cadeia. Vários países da Europa criminalizaram un pregação nazista. - que Nós tivemos uma ditadura militar - deveríamos criminalizar un pregação da ditadura." <http://www.brasil247.com/pt/247/sp247/173287/Janine-pregar-ditadura-deveria-ser-crime.htm>; otro profesor de filosofía, Wladimir Safatle hizo una declaración similar a Globo broadcast. O PROFESSOR DE FILOSOFIA da USP, Vladimir Safatle, diz que aqueles que defendem una volta da ditadura militar deveriam ser presos por apologia del delito de ao. Sobre una cobertura da mídia em relação à manifestação do último dia 15, Safatle afirma que foi un mais anunciada da história da República, um ato construído pelos meios de Comunicação. En <http://www.redebrasilatual.com.br/radio/programas/jornal-brasil-atual/2015/03/quem-defende-ditadura-militar-deveria-ser-presos-por-apologia-ao-crime-diz-safatle>

II.2.3 - Lección acerca de la distinción entre las aproximaciones contenido-base/contenido-neutral

La doctrina de libertad de expresión ha evolucionado en diferentes áreas y problemas en EEUU, Europa y América Latina. Uno de los pasos más críticos de la doctrina norteamericana que se diferencia de la doctrina no-norteamericana ha sido el reconocimiento de la distinción entre contenido-base y contenido-neutral. Para Stone, "el paso crítico de este desarrollo es el reconocimiento por parte de la Corte de la distinción entre contenido-base/contenido-neutral. Hasta alrededor de 1970, la Corte no notaba claramente que las leyes que regulan el contenido de expresión planteaban un problema diferente respecto de la Primera Enmienda que aquellas leyes que regulan la expresión sin respecto a contenidos. La Corte adoptó por primera vez este concepto en una decisión de 1970, que aparte de este tema no tenía otra trascendencia, *Schacht v. los Estados Unidos*". Para él, "la justificación para analizar las restricciones de contenido base y las de contenido neutro de manera diferente, y por qué ser especialmente sospechosos de aquello, es que las restricciones basadas en contenido tienen más probabilidades para sesgar el debate público a favor o en contra de ciertas ideas y tienen más probabilidades de ser afectadas por una motivación constitucionalmente inadmisibile".⁴⁸⁴⁹

Es importante notar que el reconocimiento de que las regulaciones basadas en contenido y las de contenido neutrales plantean problemas diferentes, no nos dice cómo evaluar la constitucionalidad de leyes específicas que caen en un lado de la línea o en la otra. Sin embargo, las diferencias son significativas ya que la regulación de contenido "nunca está

⁴⁸ *Schacht v. Estados Unidos*, 398 U.S. 58, 65 (1970). En *Schacht*, la Corte consideró inconstitucional una ley que prohíbe a los soldados vestidos con sus uniformes en producciones teatrales si esas producciones apoyaban a militares en desacato.

⁴⁹ STONE, Geoffrey R. *La Libre Expresión En El Siglo XXI: Diez Lecciones Del Siglo XX*, la página. 279

permitidas", las regulación del discurso "no puede basarse en el contenido" y las leyes basadas en contenido neutral exigen un escrutinio más contextual.

Por supuesto que las leyes de contenido-neutral también pueden ser una amenaza para la libertad de expresión, ya que puede limitar las oportunidades para la libre expresión y a veces provocan efectos de contenido-diferencial. Por ejemplo, una ley que restrinja el panfleteo o manifestaciones públicas en parques públicos tendrá más efecto en diferentes tipos de voceros y en algunos tipos de mensajes que en otros. Por esta razón, "a pesar de que tales leyes podrían ser, en apariencia, neutrales respecto al contenido, pueden distorsionar el discurso público en una manera no-neutral." En Brasil, los argumentos basados en este tipo de distinción son muy raros y las restricciones basadas en contenido no son considerados ilegales, ya que los intereses detrás de ella deben ser balanceados con otros intereses sociales.

II.2.4 - " Circunstancias especiales"

La ley estadounidense admite regulaciones basadas en contenido relacionado con "circunstancias especiales", que crea una excepción a la fuerte presunción constitucional en contra de la regulación basada en el contenido. La historia de la Primera Enmienda implementó una lista que va desde normas de regulación por parte de empleados del gobierno, a regulaciones de la expresión en propiedad pública, a regulaciones del discurso de los estudiantes, soldados y prisioneros, a regulaciones del propia discurso del gobierno, hasta regulaciones que obligan a las personas a revelar información al gobierno. Esta historia se basa en justificaciones conceptuales y filosóficas (y fundamentos) que intentaron justificar y fijar los límites de estas circunstancias.

Robert Post ha escrito extensamente acerca de la relevancia teórica del discurso producido en debate público frente al producido en privado.⁵⁰ También llamó la atención sobre el hecho de que las "reglas de civilidad" también pueden representar una forma de imponer los estándares de la cultura dominante para limitar la libertad de expresión.⁵¹

En Brasil, la falta de una clara justificación filosófica o teórica para estas circunstancias especiales a menudo induce a los jueces a aplicar casi el mismo tipo de justificación para analizar la libertad de expresión en debates públicos y no-públicos. Este tipo de combinación acrítica de criterios se encuentra en el caso Levy Fidelix. Los argumentos del Juez también sugieren una comprensión acrítica del argumento de Post sobre la "reglas de civilidad".

II.3 - Innovaciones metodológicas (la alternativa al balanceo ad hoc).

II.3.1 - El rechazo del absolutismo, balanceo ad hoc y estándar unitario.

La experiencia americana con éxito rechazó tres enfoques firmemente defendidos para la interpretación de la Primera Enmienda. El primero de estos enfoques insistió en que la Primera Enmienda es un absoluto, es decir, "ninguna ley" significa "ninguna ley". El Juez Hugo Black es probablemente el más famoso defensor de esta posición. La crítica contra ella ha puesto de manifiesto la compleja naturaleza de la relación de los valores constitucionales. Aunque este tipo de enfoque absoluto nunca ha sido popular en Brasil, en parte debido a la compleja estructura de la Constitución brasileña que presenta la libertad de expresión junto con muchos otros intereses y valores fundamentales, la crítica estadounidense sigue siendo útil para la teoría constitucional.

⁵⁰ Robert C. Post, "El Discurso Racista, la Democracia y la Primera Enmienda", *William and Mary Law Review* 32 (1991), 63. Páginas. 279-285

⁵¹ Idem. Y POST, Robert, El discurso del odio, en Hare, Ivan y WEINSTEIN, James (eds). *Expresión Extrema y Democracia*. Oxford: Oxford University Press, 2011 páginas. 123-139.

El otro enfoque, rechazado por la jurisprudencia americana sobre libertad de expresión, fue la noción de que un solo estándar de revisión debe regir todos los casos de la Primera Enmienda. Para Stone, "sea que ese estándar se establezca al nivel más alto de justificación, tal como el peligro claro y presente, un escrutinio estricto necesario para promover un interés gubernamental apremiante, o a un nivel bajo de justificación, como la razonabilidad o el estándar de justificación racional, se hace evidente que el estándar de "una sola talla para todos" no haría el trabajo".⁵² Por esta razón, el debate sobre la libertad de expresión americana demostró que "cualquier norma única inevitablemente dictaría resultados inverosímiles, a veces insuficientes para proteger la libertad de expresión, a veces incapaces de respetar los intereses gubernamentales en puja".⁵³

No es de sorprenderse que el único enfoque que podía aplicarse sensiblemente a todos los casos era el balanceo ad hoc. Sin embargo, según la corriente imperante en la academia americana sobre libertad de expresión, aunque el balanceo parece sensato, en la práctica resultó ser increíblemente difícil identificar y evaluar todos los muchos factores que deberían ir en este razonamiento en un análisis de caso-por-caso. Esto podría causar incertidumbre, imprevisibilidad y un conjunto de resultados dependientes de hechos que podrían causar arbitrariedad en favor de los grupos e ideas dominantes.⁵⁴

Contrario a la jurisprudencia brasileña sobre libertad de expresión, que a veces parece trasplantar de manera acrítica algunas doctrinas extranjeras de la post guerra europea, la doctrina de la Primera Enmienda parece ser en gran medida el producto de la experiencia práctica que un razonamiento doctrinal aplicado a casos concretos.

⁵² STONE, Geoffrey R. La libre expresión en el siglo XXI: Diez lecciones del siglo XX, la página. 176.

⁵³ Ver TRIBE, Laurence, Derecho Constitucional Estadounidense 583-84 (1ª edición 1978), Fundación Prensa; 3 edición, 2000.

⁵⁴ En balanceo ad hoc, ver BICKEL, Alexander M. La Rama Menos Peligrosa: la Corte Suprema en el ámbito político 93-97 (Yale University Press, 1962); TRIBE, Laurence, Derecho Constitucional estadounidense 583-84 (1ª edición 1978); T. Alexander Aleinikoff, Derecho Constitucional en la era del Balanceo, 96 YALE L.J. 943 (1987).

II.3.2 – La crítica de Aleinikoff al balanceo y la libertad de expresión

Alexander Aleinikoff ha escrito un influyente artículo comparando la estructura y las características de la idea del balanceo. Aunque su objetivo era el balanceo en los casos de libertad de expresión, sus principales argumentos ciertamente se aplican a este campo. Él señala: "La consecuencia más preocupante del problema de derivar una escala común son aquellos casos en los que la Corte simplemente no revela su fuente para asignar valores a los intereses. Estas opiniones sobre el balanceo son radicalmente implícitas [no escritas]: se identifica los intereses y se proclama un ganador o se anuncia una regla para lograr un balanceo "adecuado", pero hay poca discusión de las normas evaluativas. Una escala tosca e intuitiva calibrada en grados de importancia parece estar en vigor. Pero en gran medida, el balanceo tiene lugar dentro de una caja negra. Por supuesto, el proceso oculto eleva el espectro para el tipo de creación de decisiones judiciales sobre la que los realistas nos advirtieron y que el balanceo prometía superar."⁵⁵ Los ejemplos mencionados al comienzo de este artículo confirman que el mismo malestar se está produciendo en los tribunales brasileños. Los defensores del balanceo ven el derecho constitucional como un campo compuesto de principios que se descubren sopesando los intereses pertinentes a la resolución de un determinado problema constitucional. Como Aleinikoff señala, "Estos intereses pueden ser rastreados en la propia Constitución (libertad de expresión, la regulación federal del comercio) o detectable en otros lugares (calles limpias, coerción de la ley). A algunos intereses se les otorga un gran valor porque la sociedad reconoce generalmente su importancia, a otros porque se encuentran en la Constitución. De hecho, uno puede entender la Constitución, desde el punto de vista de los seguidores del balanceo, como un documento

⁵⁵ Alexander Aleinikoff, Derecho Constitucional en la era del Balanceo: Yale Law Journal, Vol 96, Nº 5 (abril, 1987), págs. 943-1005 URL estable: <http://www.jstor.org/stable/796529> Acceso: 15-08-2015 03:41 UTC página. 975

destinado a asegurar que los jueces (entre otros) traten los intereses particulares con respeto. Es un cuadro de honor de intereses".⁵⁶

Aunque esta metodología pudo haber traído un protocolo claro y transparente para el proceso de adjudicación, también puede generar algunos efectos adversos. Ronald Dworkin ha argumentado incansablemente que visualizar los derechos constitucionales simplemente como "intereses" que pueden ser superados por otros intereses no constitucionales no es conforme con el entendimiento común sobre el significado de un "derecho".⁵⁷ El sentido fuerte de los derechos, de los derechos morales, no es reducible a intereses ni tampoco es correctamente traducible en términos instrumentales. Los derechos como *triumfos* implica un enfoque no-instrumentista y desafía la idea de que la adjudicación es un asunto de decidir acerca de los intereses en conflicto.

Aleinikoff argumenta que "el balanceo socava nuestra habitual comprensión del derecho constitucional como una empresa interpretativa. Al hacerlo, transforma el discurso constitucional en una discusión general de la razonabilidad de la conducta gubernamental".⁵⁸ Esto es debido a que "bajo el enfoque del balanceo, la Corte analiza el horizonte en busca de intereses implicados en el caso, identifica a unos pocos, y alcanza un acomodo razonable entre ellos. Al hacerlo, la Corte ignora en gran medida las asuntos usuales de interpretación constitucional -la investigación y manipulación de los textos (como el lenguaje constitucional, precedentes, e incluso, tal vez, nuestra "tradición ética)".⁵⁹ Él tiene razón en señalar este riesgo.

La consecuencia de la naturalización del balanceo como único método para juzgar casos de libertad de expresión es el riesgo de perder la especial riqueza de la construcción conceptual y filosófica que ha marcado su existencia. El balanceo es un método sensible para

⁵⁶ Alexander Aleinikoff, *Derecho Constitucional en la Era del Balanceo*, página, 986.

⁵⁷ Véase R. Dworkin, *Tomando Los Derechos en serio*, 194, 269 (1977).

⁵⁸ Alexander Aleinikoff, *Derecho Constitucional en la Era del Balanceo*, página 987

⁵⁹ Alexander Aleinikoff, *Derecho Constitucional en la Era del Balanceo*, página 988.

resolver conflictos personales, sociales y legales. Sin embargo, no es cierto que siempre sea el único o el mejor método.⁶⁰

La misma conclusión es particularmente verdadera en muchas decisiones constitucionales relativas a la libertad de expresión. En resumen, estoy de acuerdo con la conclusión de Aleinikoff de que "el balanceo no es inevitable. Balancear los intereses no es simplemente ser sinceros acerca de cómo nuestras mentes -y análisis jurídico- deberían trabajar. Es adoptar una determinada teoría de interpretación que exige una justificación".⁶¹

Conclusión

Para resumir. La experiencia jurídica americana sobre la libertad de expresión ofrece muchas enseñanzas importantes para las nuevas democracias constitucionales en América Latina, como la de Brasil. La larga y rica historia de razonamiento judicial y la reflexión teórica ha creado un rico repertorio de análisis conceptual y datos empíricos, tanto sobre las justificaciones instrumentales y las no instrumentales que generalmente se invocan en apoyo de la libertad de expresión. Creo que algunas de las más relevantes e interesantes lecciones son estas:

1. La doctrina norteamericana ha generado un complejo y refinado aparato analítico sobre la naturaleza del lenguaje en diferentes contextos. Este es uno de los resultados más importantes de casos como el de Brandeburgo.

⁶⁰ Aleinikoff argumenta de manera convincente que "en la vida y en el derecho, sin embargo, a menudo se toman decisiones de manera que no pueden ser caracterizadas como balanceadas. Muchas decisiones basadas en las nociones del bien y el mal, la justicia, el amor y la pasión parecen no tener nada que ver con el balanceo. Es dudoso que uno ayude a un amigo, porque, en balance, esa conducta es más gratificante que cualquier otra actividad que pudiera emprender en dicho momento. Tampoco es probable que uno se opongan a la discriminación racial porque sea ineficaz, o porque los costos sociales de los prejuicios son mucho mayores que los beneficios individuales de poder elegir los clientes o arrendatarios. Detrás de muchas de las decisiones más importantes que hacemos, de las creencias más importantes que tenemos, están juicios de principios que no se reducen al balanceo. Estos juicios pueden ser saltos de fe; pueden ser premisas, no pruebas. Pero constituyen la piedra angular de nuestros sistemas morales". Alexander Aleinikoff, *Derecho Constitucional en la Era del Balanceo*, páginas 996-997

⁶¹ Alexander Aleinikoff, *Derecho Constitucional en la Era del Balanceo*, página 1000.

2. La experiencia americana en datos empíricos acerca de las consecuencias de las decisiones liberales apoyando la libertad de expresión puede ayudar a evitar conclusiones rápidas y superficiales acerca de los posibles efectos y conexiones causales de los discursos dañosos y la violencia, la discriminación y la censura. En este sentido, se puede mostrar datos útiles que podrían contradecir argumentos hipotéticos consecuencialistas encontrados a menudo en el debate sobre la libertad de expresión brasileña.

3. La historia de los Estados Unidos también muestra un interesante contexto en el que el funcionamiento de los límites estructurales de la libertad de expresión puede ser analizado y criticado. Esta crítica ha conducido a distinciones especiales de áreas especiales, tales como los grandes medios, contextos laborales y académicos, que rara vez son considerados en una manera más refinada por los tribunales y la doctrina brasileña.

4. La experiencia americana ha producido un rico aparato conceptual que ayudó a comprender y analizar las controversias de la libertad de expresión. Entre estas tenemos la naturaleza normativa o interpretativa de conceptos tales como democracia, la autonomía, los derechos (como *triumfos*), el debate público, los insultos, el desprecio temerario, la malicia real, la incitación, etc. La ley estadounidense ha servido también como un rico escenario institucional y jurídico para las teorías como la mala tendencia, que todavía está viva en la jurisprudencia brasileña.

5. También ha creado muchos mecanismos legales o tests, como la del "peligro claro y presente", o "estricto escrutinio", que pueden servir como método alternativo para la imposición de criterios más claros, menos discutibles y posiblemente más objetivos, sobre cómo definir los límites de la libertad de expresión en contextos específicos.

6. Además, la doctrina norteamericana ha desafiado durante mucho tiempo el mero daño como base única para autorizar la imposición de límites a la libertad de expresión. Esta conceptualización también nos da una nueva luz sobre los criterios a utilizarse para

diferenciar palabras combativas de los discursos ofensivos en el debate público. Es evidente que la casuística y la jurisprudencia brasileña sigue en riesgo de repetir los mismos errores que los americanos hicieron en el pasado.

7. La excepcional experiencia americana en el debate acerca de la libertad de expresión también ha creado un poderoso antídoto metodológico contra la naturalización del balanceo mediante el test de proporcionalidad. El mantra del balanceo y la proporcionalidad es omnipresente en la jurisprudencia de América Latina y Europa. Este no es el espacio para discutir sus méritos y exactitud en general. Creo que el balanceo es, probablemente, una herramienta muy útil en muchas áreas de la ley y que desempeña un papel importante en la jurisprudencia acerca de libertad de expresión. Sin embargo, no es exclusiva y necesariamente el mejor método para resolver conflictos acerca de libertad de expresión. Aunque la crítica al test del balanceo no está restringida al debate jurídico acerca de libertad de expresión, ni es desconocida fuera de los EEUU, el área en la que se ha producido es particularmente interesante. Esta es una importante lección metodológica que los eruditos de la libertad de expresión deben tener en cuenta. La jurisprudencia más estricta y conceptual sobre esta cuestión desarrollada en EEUU ofrece una alternativa potente y democrática a la aceptación mecánica y naturalizada del modelo de balanceo y representa un rico análisis conceptual que es aún desconocido por los tribunales brasileños.