

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO SIMBÓLICO EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE: UN ESTUDIO A PARTIR DEL CASO TEXAS v. JOHNSON (491 U.S. 397)

Por PABLO J. PEDRAZZI¹

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo el análisis de la sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Texas v. Johnson, a propósito del lenguaje simbólico, así como de los antecedentes y consecuencias de dicha resolución que culmina una largo itinerario de interpretación constitucional que ha influido en otros tribunales constitucionales y supranacionales.

SUMARIO: 1. PALABRAS PRELIMINARES. 2. CONTEXTO Y HECHOS DEL CASO. 3. PRECEDENTES RELEVANTES EN MATERIA DE EXPRESIONES SIMBÓLICAS BAJO EL AMPARO DE LA PRIMERA ENMIENDA. 4. LA SENTENCIA DEL CASO TEXAS V. JOHNSON. 5. ALGUNAS IMPLICACIONES POSTERIORES DEL CASO. 6. CONSIDERACIONES FINALES

1. PALABRAS PRELIMINARES

Para muchos antropólogos reconocidos el rasgo distintivo del ser humano es su capacidad simbólica, es decir, la manera de interpretar su propia vida y su entorno más allá del lenguaje hablado.² El derecho, producto decisivamente cultural, no puede prescindir de esta nota distintiva. El estudio que se presenta parte de la importancia que los diversos lenguajes simbólicos detentan a la hora de decidir jurídicamente si un comportamiento determinado debe ser considerado bajo la protección constitucional del derecho de libertad de expresión. Desde luego, muchos comportamientos humanos

1 Profesor de Teoría Constitucional y de Introducción al derecho administrativo, Universidad Lasalle, Ciudad de México. Maestrante en derecho constitucional por la Escuela Libre de Derecho.

2 Muchos antropólogos coinciden hoy día en que cuando hablamos de símbolos y de mentalidad simbólica nos encontramos frente a uno de los rasgos determinantes de lo que es el ser humano y, en general, la condición humana. En las relaciones específicamente humanas lo más característico no es el lenguaje verbal, sino la simbología, la comunicación simbólica. Mediante símbolos no comunicamos palabras sino algo mucho más importante: experiencias. Cfr. Martínez Medizábal, Ignacio, *El primate que quería volar. Memorias de la especie*, Barcelona, Espasa-Calpe, 2012, p. 176 y ss.

transmiten mensajes que pueden ser comprendidos y asimilados por otras personas aunque no se trate de un lenguaje hablado. ¿Estas formas de expresión deben ser garantizadas en un Estado Constitucional? La pregunta adquiere mayor importancia cuando las conductas simbólicas ocurren en espacios públicos y transmiten mensajes que tienen que ver con el acontecer político o social en un momento histórico preciso.

Conscientes del diálogo jurisprudencial que caracteriza el mundo jurídico global, la experiencia jurídica estadounidense ofrece varias coordenadas para responder estas cuestiones, sobre todo, por el delicado análisis que el juez constitucional debe efectuar cuando están de por medio derechos y principios de un hondo calado emotivo, histórico y democrático. En una senda no exenta de vacilaciones, el recorrido somero que efectuaremos a través de algunos precedentes de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos nos permitirá captar cómo el juez constitucional tiene un papel determinante en la salvaguarda del proyecto auténtico que caracteriza un Estado que se precia estar fundamentado en los derechos de las personas, en su reconocimiento y defensa. Ni siquiera valores tan entrañables para muchos como la bandera nacional, pueden impedir que las personas puedan usarla como instrumento de protesta frente a una manera de gobernar contraria a su visión acerca del Estado y la justicia.

Un caso típico de confluencia de diversos intereses relevantes para el derecho fue la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el año de 1989 a favor del señor Gregory Lee Johnson. Esta decisión, cuyas consecuencias jurídicas y políticas no se han esfumado en la actual sociedad americana, nos permitirá demostrar el papel de los juzgadores en la actualización de los grandes valores que fundan un orden constitucional, a pesar de las resistencias y de una opinión pública no tan favorable, en aras de hacer efectivo en la historia un derecho fundamental tan relevante y esencial en una democracia como es la libertad de expresión.

Bajo este imperativo el primer apartado se dedica a presentar los hechos que originaron el caso y que por su proximidad en el tiempo no son parte de una historia extraña. En un segundo momento se presenta un estudio tanto de la identidad constitucional norteamericana como del sentido de la interpretación constitucional para poder comprender mejor los procedimientos de decisión inmersos en la sentencia.

En el tercer punto se pretende presentar con una cierta amplitud los principales precedentes que permitieron desarrollar a la Corte una doctrina sobre la expresión simbólica y sus posibles restricciones sin los cuales no se puede entender el contenido de la resolución objeto de este trabajo.

Solamente en un cuarto momento se comenta el contenido de la sentencia relacionándolo con los precedentes y con otros casos análogos, estableciendo las principales líneas doctrinales que se propusieron. El efecto social de la sentencia nos permite dedicar el quinto apartado al estudio escueto de otra importante resolución: *United States v. Eichman* y a las reacciones políticas del momento, para estar en grado, al final, de proponer una conclusión.

2. CONTEXTO Y HECHOS DEL CASO

Es pertinente establecer el contexto que dio origen a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos materia de este estudio. Del 20 al 24 de agosto de 1984 se celebró en la ciudad de Dallas, Texas, la Convención Nacional del Partido Republicano, cuyo objetivo principal era la proclamación de Ronald W. Reagan y de George R. Bush como candidatos a la presidencia y a la vicepresidencia de los Estados Unidos para un segundo período. La narración periodística del enviado del diario español *El País*, Ramón Vilaro, nos permite situarnos en el ambiente emocional que envolvía aquella asamblea:

La convención republicana debutó ayer, lunes, con plegarias, himnos patrióticos y despliegue de banderas nacionales, junto a los eslóganes de “Reagan-Bush”. Estaba previsto para esta primera jornada de convención -que reúne a 2.235 delegados (4.00 con los suplentes), más unos 7.000 invitados y cerca de 10.000 periodistas.³

La agenda política norteamericana se movía entre diversos temas: déficit público, la crisis de Líbano, la invasión a Granada, el endurecimiento de la guerra fría con la Unión Soviética, la crisis centroamericana, el armamentismo nuclear, la instalación de misiles en Europa Occidental, etcétera. Pero, al mismo tiempo, se percibía en la sede de la Convención y en las inmediaciones un notable despliegue de seguridad. Nuevamente, Ramón Vilaro, narraba la otra cara del entusiasmo republicano:

La policía de Dallas, los agentes del Buró Federal de Investigación (FBI) y del servicio secreto no discriminan en Dallas a la hora de velar por las medidas de seguridad de la convención nacional republicana. Así pudo comprobarlo el popular líder del grupo musical The Beach Boys, Brian Wilson, detenido el pasado domingo por la policía junto a otros dos técnicos del grupo por haber traspasado sin credenciales el recinto del centro de convenciones de Dallas, foro donde se reúne la convención republicana. Wilson fue detenido durante unas horas y debió pagar 200 dólares (unas 32.000 pesetas) de fianza antes de pasar en los próximos días un juicio por “violación de medidas de seguridad.”⁴

La descripción periodística que nos sirve de referencia también hace ver el amplio despliegue de seguridad en toda la ciudad y la dureza que caracterizaba a la policía de Dallas:

3 Vilaro, Ramón, “La convención republicana se inauguró ayer bajo el lema de que los norteamericanos viven mejor ahora que hace cuatro años”, *El País*, martes 21 de agosto de 1984, en https://elpais.com/diario/1984/08/21/internacional/461887217_850215.html (7 de abril de 2018).

4 “Irónicamente, como se deja ver en la nota periodística, Brian Wilson y los demás integrantes de *The Beach Boys*, eran pro-republicanos, defensores de los valores tradicionales de América y habían ofrecido un concierto el sábado 18 de agosto en Dallas, como parte del ambiente festivo previo a la Convención Republicana. Cfr. Vilaro, Ramón, “Los republicanos cierran filas en torno a Ronald Reagan. Medidas extremas de seguridad”, *El País*, martes 21 de agosto de 1984, en https://elpais.com/diario/1984/08/21/internacional/461887204_850215.html (7 de abril de 2018).

Los manifestantes anti-Reagan han sido instalados en la *ciudad tienda* a orillas del río Trinidad, desde donde organizan sus protestas por las políticas calificadas de antisociales o las que denominan 'asesinas', como es el caso del apoyo que la Administración Reagan presta a los países dictatoriales de Centroamérica. Con pancartas que piden 'manos fuera de Centroamérica'. Horas antes de la manifestación contra la política de Reagan en Centroamérica, los veteranos de la guerra de Vietnam protestaban también porque la Administración no investiga suficientemente la eventual existencia de desaparecidos norteamericanos en la contienda. Todo en un ambiente tranquilo y vigilado.⁵

En esta compleja tesitura aparece el protagonista del caso que nos ocupa. Se trata de Gregory Lee Johnson, un activista entre cientos, que protestaba contra las políticas del gobierno Reagan ya señaladas y contra algunas corporaciones de Texas que las apoyaban. Al final de la manifestación en la que participaba, Johnson quemó una bandera estadounidense frente al edificio de la alcaldía de Dallas. En tanto, los manifestantes gritaban: "*America, the red, white and blue, we spit on you*".⁶ Las personas que no eran parte de la protesta -simpatizantes republicanos- se sintieron profundamente ofendidos por el acto y acusaron a Johnson que fue detenido en esa ocasión. Cabe agregar que el acto incendiario y la gritería que le acompañaba no causaron alteración del orden público salvo, claro está, el impacto que se causó en los espectadores y que se sintieran ofendidos.⁷

Johnson fue procesado y sentenciado a una pena privativa de la libertad de un año y al pago de una multa de 2000 dólares. Su conducta estaba tipificada en el Código Penal de Texas como "profanación de monumento público, objeto sagrado, de lugar de culto o de sepultura, o de la bandera estatal o nacional". El Código texano entendía la profanación como: "cometer un daño a sabiendas de que ello ofenderá a quienes puedan ser

5 *Idem.*

6 Urrutia Vélez, José Manuel, "La quema y profanación de banderas: análisis del tratamiento que recibe este tipo de expresión en Estados Unidos, Alemania y España", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, volumen 65, número 1, 1996, p. 182.

7 Es interesante referir el testimonio que el propio Lee Johnson ofreció sobre los hechos en una entrevista con motivo del 25° aniversario de la sentencia que estudiamos: "Nuestra protesta en Dallas era ruidosa y desafiante, se hizo una 'Gira de Arcas de Guerra' que desfiló en frente de todas esas oficinas centrales de corporaciones y denunció los vínculos entre esas corporaciones y el saqueo imperialista yanqui en el tercer mundo, su apoyo al apartheid en Sudáfrica, los contratistas militares y toda la cosa. Y luego quemamos la bandera estadounidense en frente del centro de convenciones. Fue toda una yuxtaposición del chovinismo rojo, blanco y azul, y al desafiarlo, nuestra solidaridad con el pueblo del mundo. La policía arrestó como a cien personas. A algunas nos acusaron de cargos más pesados, como la quema de la bandera. Unos meses más tarde me llevaron al juicio, me declararon culpable y me sentenciaron a un año de cárcel y una multa de \$2.000. Me acuerdo que el fiscal recomendó al jurado que me aventaran lo máximo para hacer de mí un escarmiento: Si vienen a Dallas y queman la bandera, van a pagar por ello." Cfr. "Entrevista a Joe Johnson", *Periódico Revolución. La voz del Partido Comunista Revolucionario de los Estados Unidos*, no. 344, 10 de julio de 2014, en <http://revcom.us/a/344/joey-johnson-25-anos-despues-del-fallo-de-la-suprema-corte-sobre-la-quema-de-la-bandera-es.html> (6 de abril de 2018).

testigos o lo descubran”.⁸ La defensa de Johnson apeló la decisión judicial de primera instancia ante el Tribunal de Apelaciones Penales del 5° Circuito de Texas, el cual, revocó la resolución señalando que la acción expresiva de Johnson entraba bajo la protección de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. El estado de Texas recurrió entonces la sentencia de alzada ante la Suprema Corte de Justicia. Bajo esta senda fáctica y procesal, el Tribunal Supremo estadounidense tuvo la oportunidad de estudiar y decidir un caso emblemático de la justicia constitucional comparada.

3. PRECEDENTES RELEVANTES EN MATERIA DE EXPRESIONES SIMBÓLICAS BAJO EL AMPARO DE LA PRIMERA ENMIENDA

A. Constitucionalismo norteamericano e interpretación judicial

Una vez que hemos situado el contexto y los hechos y antes de entrar en los razonamientos judiciales que permitieron a la Suprema Corte resolver el caso *Texas v. Johnson* es pertinente recorrer el camino previo que había efectuado dicho tribunal y que de alguna manera le brindó los fundamentos de solución, no sin haberlos superado como se argumentará después.

Sin embargo, antes de esbozar dichos precedentes nos parece útil hacer un repaso somero, en primer lugar, sobre el sentido histórico del constitucionalismo norteamericano y, enseguida, de la interpretación constitucional que lo ha permeado desde su comienzo.

Siguiendo la magnífica relación histórica de Maurizio Fioravanti sobre los tipos de constitucionalismos modernos, la Carta Constitucional de 1787 se caracterizó por la convivencia entre el individualismo de matiz *iusnaturalista* y un historicismo que sabe ver continuidades en las largas duraciones temporales. En efecto, la tradición constitucional americana parte de la prioridad de los derechos naturales individuales sobre los poderes públicos y la garantía de ello es el documento fuerte constitucional que se impone contra cualquier pretensión soberanista del legislador. Al mismo tiempo, a diferencia de lo acontecido en el proceso revolucionario francés que fue esencialmente anti-histórico al pretender finiquitar de una vez para siempre el *ancien regime* y fundar un nuevo hombre y una nueva sociedad, el constitucionalismo americano rompe con Inglaterra y, sobre todo, con el parlamento soberano por traicionar el patrimonio histórico de los derechos y libertades que exigía, entre otras cosas, el consentimiento de los súbditos para imponer cargas tributarias. En el fondo, está claro que la herencia histórica participativa no se anulaba: se defendía. En cambio, el tercer tipo

8 La sección 42.09 del Código Penal de Texas tipificaba la profanación (*desecration of Venerated Object*) cuando: “*a person commits an offense if he intentionally or knowingly desecrates... a state or national flag*”; y añadía: “*desecrate means deface, damage or otherwise physically mistreat in a way that the actor knows will seriously offend one or more persons likely to observe or discover his action*”. Cfr. Urrutia Vélez, José Manuel, op.cit., p. 182.

de constitucionalismo que Fioravanti denomina estatalista, busca la unión nacional y la garantía de derechos y libertades a partir del legislador democrático y soberano que, a través del instrumento guía de la ley abstracta, general e impersonal, es capaz de colocar a los individuos en situación de igualdad efectiva. Es evidente que el principio de rigidez constitucional americana aunado a la sucesiva concientización de la supremacía de la Constitución tenderá a mantener controlado el Poder Legislativo y su voluntad soberana.⁹ El modelo constitucional americano, entonces, armoniza el *ius-naturalismo* individualista con el historicismo, pero claramente excluye el estatalismo soberano, eje fundamental del modelo constitucional europeo del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX.¹⁰

Es obvio que la vertiente de los derechos individuales y la de la tradición histórica anglosajona fueron tomando su propio curso en el devenir constitucional americano y se modificaron a tal punto de representar un modelo constitucional propio. El historicismo no se quedó en un conjunto de modelos escritos de diferentes épocas celosamente guardados y reverenciados a través de la tradición y la jurisprudencia como acontecía en Inglaterra; sino que evolucionó hacia un texto orgánico de compleja modificación y que puede oponerse contra cualquier actuación del gobernante que se estime ilegítima. Los derechos individuales, por su parte, no le deberán como en Europa toda la reverencia al Estado como poder soberano y emancipador de los poderes políticos y sociales del antiguo régimen y, que, por eso, era la instancia justa para garantizarlos. Al ser Estados Unidos una nueva nación y un nuevo Estado no tiene que luchar una guerra revolucionaria de liberación contra los distintos poderes existentes, ni tiene que extinguir ningún antiguo régimen. Por eso, termina destacando Fioravanti: “es capaz de afirmar de manera más clara la *preestatalidad de los derechos* que la revolución sitúa en una dimensión que puede definirse como *histórico-natural*”.¹¹

¿Y qué sucede con el texto constitucional y sus enmiendas? No es difícil comprender que en lo que respecta al poder constituyente, el modelo americano haya dado un paso significativo con respecto a Europa. Mientras que el ideal democrático estatalista apostó por la omnipotencia del legislador como depositario del mandato de los ciudadanos, los constituyentes norteamericanos con su propia experiencia del despotismo del Parlamento inglés y de los legisladores de los estados nacientes y que ahora buscaban la unión, optaron por la mejor práctica del antiguo sistema de equilibrios británicos que se puede vislumbrar sobre todo en la independencia del Poder Judicial y en la autonomía del Ejecutivo y su capacidad de veto.

9 Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*, 7a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2016, pp. 70-77.

10 *Ibidem*, p. 77. “Sobre este plano, historicismo e *iusnaturalismo* individualista se acercan hasta confundirse y se convierten en una única doctrina de los *Rights*, de la prioridad de los derechos sobre los poderes públicos”.

11 *Ibidem*, p. 78.

El Poder Constituyente como será entendido por los americanos no se parece al Constituyente jacobino galó depositado en el pueblo soberano que, en cualquier momento, puede ejercer su soberanía y darse sin más una nueva Constitución teniendo poco respeto por los poderes constituidos. La idea norteamericana del Poder Constituyente dota al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores, retirándoles, como afirma Fioravanti, toda atribución soberana y subordinando sus leyes a un texto claro, rígido y supremo: la Constitución. Evidentemente la mayor garantía que posee el texto constitucional será su rigidez, es decir, la dificultad de su procedimiento de reforma y, por ende, su supremacía frente al arbitrio legislativo. Si, en la experiencia constitucional continental europea del siglo XIX, prevalece la idea del Poder Constituyente como del sujeto –pueblo o nación– que es capaz de decidir sobre la constitución; en el constitucionalismo americano, el Poder Constituyente se encarna en la propia constitución que, como fuente suprema del derecho, garantiza los derechos y las libertades frente a los poderes públicos, comenzando, nada menos, que con el legislador.¹²

Precisamente, el procedimiento formal de reforma constitucional en Estados Unidos se contiene en el artículo quinto y supone, sin duda, una complejidad en cuanto a las mayorías exigidas.¹³ Aun cuando los hacedores del texto constitucional americano garantizaban la supremacía constitucional como ya se explicó a través de un procedimiento rígido y diverso a la modificación meramente legislativa, queda claro que el texto no podía pretenderse inmóvil ante los vaivenes de la historia: por eso se previó su enmienda. No obstante, la misma complejidad y desgaste que supone el procedimiento reformador, dio pie entre otras causas, a buscar otros caminos de modificación constitucional sin alterar el texto normativo. Como señala Enrico Pascucci: “así, la historia nos ha demostrado que la interpretación constitucional puede conseguir casi los mismos resultados que la reforma constitucional y, además, con un esfuerzo menor que el que esta requiere.”¹⁴

12 *Ibidem*, pp. 83-85.

13 El artículo quinto de la Constitución estadounidense contempla dos fases en la reforma del texto fundamental: la primera corresponde a la propuesta de enmienda y la segunda a la ratificación de la enmienda. En la primera fase pueden suceder dos hipótesis: que la propuesta sea efectuada por las dos terceras partes de ambas Cámaras (Representantes y Senado); o bien, a propuesta de las dos terceras partes de las Legislaturas de los estados, el Congreso puede convocar a una convención que realice la propuesta. En la segunda fase, se requiere la ratificación de las tres cuartas partes de las legislaturas de los estados. También existe la posibilidad de que el Congreso decida que la ratificación sea efectuada por convenciones reunidas en cada estado para lo cual también se requiere las tres cuartas partes para la ratificación. De esta manera, la Constitución norteamericana bajo el procedimiento rígido de reforma ha sufrido 27 enmiendas entre 1791 y 1992. La primeras 10 enmiendas fueron aprobadas conjuntamente en diciembre de 1791 y constituyen la Carta de Derechos, “*Bill of Rights*”. Sobre el proceso histórico y justificativo de cada una de las enmiendas, es útil el texto de Pascucci de Ponte, Enrico, “Introducción a la reforma de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, volumen 2, 2004, pp. 20-24.

14 *Ibidem*, p. 12.

Desde muy temprano los grandes “fundadores” del Estado norteamericano se dieron perfecta cuenta de la necesidad no solamente de que el texto constitucional fuera observado por todos, sino de desentrañar su significado. En la conocida intervención de Alexander Hamilton en *The Federalist* (78) quedaba claro no solamente la necesidad de la hermenéutica constitucional, sino del papel de los jueces en la misma.¹⁵

No es este el lugar para esbozar el proceso histórico que implicó la consolidación del control judicial de la Constitución. Sin embargo, no es ocioso dejar de lado algunas ideas generales que en los últimos años se han vertido sobre la interpretación constitucional para dar paso al análisis de los precedentes de nuestro caso.¹⁶

La labor hermenéutica de un texto constitucional conlleva situarse en tiempos distintos. Por un lado, siguiendo en esto a Aharon Barak,¹⁷ no se puede comprender el pre-

15 Precisamente Hamilton se enfrenta al cuestionamiento de si la interpretación judicial de las leyes supondría la supremacía del Poder Judicial frente a los otros poderes, especialmente, el Legislativo. Vale la pena transcribir algunos párrafos emblemáticos que ilustran el sentido común de Hamilton, la visión que ya explicamos sobre el Poder Constituyente y, lo más relevante, la necesidad de interpretar el significado de la Constitución: “quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos.” Y añade un párrafo central para comprender la justificación de la interpretación judicial de las leyes y, desde luego de la Constitución: “Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. *Vid. The Federalist*, No, 78, *Independent Journal*, 1788, en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html, (2 de marzo de 2018).

16 Sobre el famoso caso *Marbury vs. Madison* fallado en 1803 por el célebre John Marshall, Stephen Breyer escribe: “Marshall reprodujo la teoría de Hamilton en un fallo judicial, convirtiéndola así en ley de observancia general. Al lograrlo, superó enormes obstáculos tanto institucionales como políticos”. *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 51.

17 *Un juez reflexione sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*, trad. de Estefanía Vela Barba, México, Suprema Corte de Justicia, 2008, p. 63.

sente, sin comprender el pasado. Es importante acudir al sentido histórico del texto, a la intención de sus hacedores: qué quisieron defender, salvaguardar, reconocer. Al mismo tiempo, el intérprete se sitúa ante una realidad presente con exigencias, valores, visiones, intereses; una realidad que muta, que ya no corresponde frecuentemente con la realidad existente al tiempo de elaboración del texto. Se trata de una hermenéutica sin adjetivos como sostiene el historiador del derecho y actual presidente de la Corte Constitucional de Italia, Paolo Grossi, en la que el texto no es una realidad autosuficiente, sino incompleta y que para llegar a ser plena y cumplida, requiere de la comprensión del intérprete.¹⁸ En pocas palabras, la labor interpretativa es una intermediación entre la inmovilidad del texto y las condiciones y convicciones actuales del intérprete. El derecho, sugiere Grossi, está inmerso en la dialéctica de los tiempos, dialéctica entre la disposición normativa y la interpretación, entre aquella y la experiencia jurídica, la realidad histórica. El texto constitucional se completa, se hace vigente en realidad cuando es interrogado, cuando se complementa con los contenidos emergentes de la experiencia social a la que se debe dar una respuesta concreta: “la interpretación/aplicación, quitándole a la disposición su generalidad y abstracción, la hace emerger en lo concreto de la historia, la hace historia viviente, la hace derecho”.¹⁹

También Stephen Breyer coincide en que los jueces constitucionales al enfrentarse con un texto ambiguo o complejo: “deben mantenerse fieles al texto y ‘reconstruir’ las soluciones del pasado ‘imaginativamente’ para aplicarlas a las circunstancias del presente, al tiempo que proyectan los propósitos (o valores) que inspiraron esas soluciones, para ayudar a resolver el problema actual”.²⁰ En la dialéctica temporal que señalábamos antes es importante tomar en cuenta el equilibrio entre lo que Barak define como los propósitos subjetivos y objetivos de los textos constitucionales. Los creadores del texto constitucional tuvieron, sin duda, razones cruciales, pragmáticas incluso, para haber establecido determinadas disposiciones en vez de otras; pero también existe la parte objetiva: la intención hipotética que un autor razonable querría que se cumpliera a tra-

18 Cfr. Grossi, Paolo, *Prima Lezione del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 107-112.

19 *Ibidem*, p. 108. Grossi cita una sentencia relevante de la Corte Suprema de Casación italiana del año 1994 (Cass Civ Sez Un. 2 agosto 1994, n. 7194) en la que se incluye el *diritto vivente* como categoría orientadora para el resto los tribunales de justicia ordinaria de aquel país: “*in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall’originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal legislatore*”. *Ibidem*, p. 111. La sentencia referida por Grossi se sitúa en torno a un proceso de desarrollo jurisprudencial que llega a distinguir entre la disposición que es el precepto o texto aún no confrontado con la labor hermenéutica y la norma, que resulta ser el texto que ha sido sometido a un ejercicio interpretativo relevante. En México, cuando el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió sobre la vinculación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos en los que el Estado mexicano no hubiere sido parte, utilizó la distinción disposición-norma señalando que la norma alude al “significado” atribuido al texto objeto de interpretación y concluyendo que: “se trata de una importante distinción bastante extendida tanto en la teoría del derecho, como en la dogmática constitucional y la jurisprudencia constitucional comparada”. Contradicción de tesis 293/2011, p. 57, nota no. 44, en <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/2932011PL%20CT%20Ejecutoria.pdf> (4 de abril de 2018).

20 *Op.cit.*, p. 142.

vés de un texto jurídico y, más profundamente, la realización de los valores esenciales del ordenamiento jurídico en cuestión.²¹ En una constitución como la norteamericana según se apuntó antes, la rigidez implica un procedimiento de reforma bastante complejo, mientras que el cambio social no espera muchas veces el consenso político o la obtención de mayorías calificadas. De ahí la trascendencia de la interpretación judicial. No se trata solamente de respetar el pasado, sino de responder a las necesidades del presente e “imaginar” el futuro, cumplir con una cierta función proyectiva. William J. Brennan, *justice* de la Suprema Corte de Estados Unidos que fue ponente en el caso objeto de este estudio, señalaba con razón:

*But the ultimate question must be what of the words in the text mean in our time? For the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs.*²²

Y agregaba en torno a la dialéctica de los tiempos:

*What the constitutional fundamentals meant to the wisdom of other times cannot be their measure to the vision of our time. Similarly, what those fundamentals mean for us, our descendants will learn cannot be their measure to the vision of their time.*²³

Obviamente no todos los jueces de la Suprema Corte americana, ni tampoco toda la élite jurídica comparten la visión que en palabras de Barak se traduce en privilegiar los propósitos objetivos de los subjetivos. Algunos jueces constitucionales, observa Barak, han preferido el elemento subjetivo, es decir, le han apostado más a desentrañar las intenciones de los constituyentes que a determinar los elementos objetivos que fluyen del propio ordenamiento constitucional.²⁴

21 Cfr. Barak, Aharon, *op.cit.*, pp. 61-62.

22 Brennan, William J. Jr, “Construing the Constitution”, *UC Davis Law Review*, Davis, California, 1985, v. 19, p. 7, en <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/19/1/> (7 de marzo de 2018).

23 *Idem.*

24 Cfr. Barak, Aharon, *op.cit.*, p. 67. Un claro representante de los jueces que atienden al elemento subjetivo fue Antonin Scalia, defensor de la llamada interpretación originalista. Según ésta, el juez no debe ir más allá de lo que señala el texto y el entendimiento público del mismo que no es otra cosa que el entendimiento que las “personas razonables” tenían sobre las palabras del texto al momento que fueron enunciadas. Obviamente el razonamiento de Scalia daría un mayor peso al legislador democrático al ver con desconfianza la discrecionalidad judicial y la presencia del derecho viviente como categoría jurídica propia que hace de los jueces verdaderos protagonistas del devenir jurídico al mediar entre el texto y los valores y demandas presentes de la sociedad. Cfr. Scalia, Antonin y Bryan A. Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West, 2012, p. 16. Scalia, quien fue nominado por el presidente republicano Ronald Reagan en 1986, murió en un rancho de Texas entre el 13 y el 14 de febrero de 2016, siendo considerado como un representante del conservadurismo judicial. Sin embargo, no todos los votos de Scalia podrían ser considerados como “conservadores”. El caso que analizamos es un ejemplo en el que votó a favor del proyecto de Brennan y por lo tanto en favor de Johnson.

Nos resta señalar, antes de entrar en los precedentes relevantes en torno al *caso Texas v. Johnson*, que la visión americana de la interpretación judicial no deja a un lado la seriedad de los razonamientos que la originan. No estamos, pues, frente al arbitrio jurídico ni frente a mudanzas descontroladas. El transitar de la hermenéutica entre pasado, presente y futuro, exige la fijación de un criterio que como norma viva se mantenga y esté vigente en el tiempo, que sirva para resolver casos futuros. El caso que analizamos es un ejemplo de lo anterior según veremos más adelante cuando en el caso *United States vs Eichman*, la Corte declaró inconstitucional la llamada *Flag Protection Act* aprobada por el Congreso en reacción contra la sentencia objeto de este estudio. Justo aquí debemos recordar la doctrina anglosajona del *stare decisis* que permite a la sentencia sentar un precedente vinculante para otros tribunales que en el futuro resuelvan cuestiones análogas. No se trata solamente de la parte resolutive, sino, lo más relevante, de los razonamientos mismos. Burt Neuborne escribe con razón:

Así, la doctrina de *stare decisis* proyecta la decisión judicial hacia el futuro, tanto en el tiempo como en el espacio. En el tiempo, sirve para vincular a futuros jueces al resultado del caso y al razonamiento necesario para llegar al mismo. En el espacio, invita a futuros jueces a extender el alcance de la decisión inicial, por analogía, a nuevos casos que sean aplicaciones lógicas del principio subyacente en el primer caso.²⁵

La justicia constitucional americana no se enfrenta solamente con un texto puro y duro, con un mineral en estado natural, sino con un metal bastante pulido, es decir, con un conjunto de interpretaciones variadas a lo largo del tiempo que representan el punto de partida para poder enfrentarse al caso.

Como sostiene Neuborne, la doctrina del *stare decisis* no significa una subsunción, una aplicación mecánica y artificial, sino que: “el desafío judicial de leer los casos pasados y de derivar la mejor lectura fundamentada de los mismos, basada en principios permanentes, es un reto lingüístico y político del más alto nivel”.²⁶ También es verdad que los precedentes constituyen un punto de partida para perfeccionar una doctrina constitucional como, por ejemplo, la de las expresiones simbólicas. En palabras de nuevamente de Neuborne: “lo observa (se refiere al juez frente al texto constitucional) a través del prisma de una serie de interpretaciones judiciales vinculantes que le confieren un conjunto de significados presumibles fundamentados y proporcionan la matriz intelectual en el seno de la cual se resuelve cada caso concreto”.²⁷

Por otra parte, aunque las decisiones judiciales tienden a permanecer y a regir en futuros casos, tampoco puede afirmarse que el precedente deba ser entendido como inmodificable: sería finiquitar la misma labor interpretativa de los jueces. El paso del

25 *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, trad. de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Civitas, 1995, p. 58.

26 *Ibidem*, pp. 59.

27 *Ibidem*, p. 58.

tiempo, sostiene Breyer, puede evidenciar que una regla en un caso estaba mal determinada desde el comienzo; también el paso inexorable del tiempo puede hacer ver que un precedente resulta incluso nocivo y que por ende ha llegado el momento de abandonarlo. Un ejemplo emblemático fue el caso *Brown vs Board of Education* que superó el terrible precedente de *Plessy vs. Ferguson* que legitimaba la llamada doctrina de “separados pero iguales” en cuanto permitía a los estados segregar a la población negra siempre que se les proveyera de los mismos servicios que a los blancos.²⁸

B. Precedentes relevantes del caso Texas v. Johnson

El texto de la primera enmienda constitucional estadounidense es escueto:

*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*²⁹

Son muchos los faltantes que podemos entrever del texto. Se limita a prohibir al Congreso la expedición de leyes que limiten la libertad de expresión y de prensa. La prohibición no alcanzaría al Ejecutivo mediante reglamentos, ni a los estados de la Unión; por supuesto nada dice sobre el derecho fundamental a recibir información. Tampoco se define qué es limitar o restringir ambas libertades, ni mucho menos qué significan. Solamente son 14 palabras protectores de estas libertades. La historia de la vigencia de la Primera Enmienda en cuanto a las libertades de expresión y de prensa tampoco es muy halagüeña. Durante casi 140 años de vigencia no recibió un tratamiento relevante por parte de la Suprema Corte. Como anota Neuborne, fue hasta 1927 cuando la Corte revocó una sentencia condenatoria contra políticos radicales que apoyaban la revolución industrial con base en la libertad de expresión: se trata del caso *Friske vs. Kansas*.³⁰

La historia política estadounidense tampoco fue muy afortunada en cuanto a la importancia y respeto por las libertades de expresión y de prensa. Baste pensar en el tratamiento que se les dio a los que se oponían a la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra, o a los profesores que en los años veinte enseñaban la teoría de la evolución en las escuelas públicas, o más recientemente, toda la era de censura que caracterizó el llamado macartismo de los años cincuenta.³¹

Como ya se apuntó fue en los años veinte cuando realmente la jurisprudencia constitucional americana inicia la construcción de una doctrina sólida sobre el derecho de

28 Breyer, Stephen, *op.cit.*, pp. 227-228.

29 <http://constitutionus.com> (3 de marzo de 2018).

30 Cfr. Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 61.

31 *Ibidem*, pp. 61-64. Es interesante la exposición que hace Neuborne sobre las teorías que fueron formuladas para determinar por qué era necesario proteger la libertad de expresión por encima de todo.

libertad de expresión en todas sus aristas y dimensiones. Era necesario dada la historia de censura política y la frugalidad del texto de la Primera Enmienda. Justamente la represión política posterior a la conclusión de la Primera Guerra Mundial dio pie a través de votos particulares de *justices* tan recordados como Oliver Wendell Holmes y Louis D. Brandeis a una toma de conciencia y subsiguiente desarrollo jurisprudencial de la protección y alcances de la libertad de expresión.³²

Con estos antecedentes analicemos los precedentes más importantes de nuestro caso que forman parte de todo el desarrollo jurisprudencial que se ha desarrollado en Estados Unidos en los últimos noventa años.

Como apunta José Manuel Urrutia Vélez, hasta la década de los treinta el entendimiento judicial sobre el alcance de protección de la Primera Enmienda se circunscribía a la expresión oral o escrita. No existía en la conciencia de los jueces algún otro tipo de lenguaje expresivo que pudiera pensarse bajo la cobertura constitucional.³³ Refiriéndose al derecho de libertad de expresión en España, Luis María Díez-Picazo hacía ver que el problema de contemplar otro tipo de expresiones bajo la protección constitucional partía de que el paradigma de la libertad de expresión venía dado por el mensaje verbal (oral o escrito) sobre asuntos políticos. Lógicamente, a medida que nos alejamos de este paradigma por tratarse ya sea de expresiones no verbales o que no versen sobre cuestiones políticas parecería dudoso si están bajo la protección constitucional.³⁴ Justamente aquí podemos situar el supuesto de las expresiones simbólicas *-symbolic speech-* en las que sin utilizar palabras o escritos, se emplean imágenes, gestos o signos cuyo propósito principal sería la transmisión de un mensaje.

El primer precedente en el que la Suprema Corte reconoció a la expresión simbólica bajo la protección constitucional fue el caso *Stromberg v. California* fallado el 18 de mayo de 1931 bajo la opinión del *justice* Charles Evans Hughes. El origen de la controversia fue el artículo 403 (a) del Código Penal de California que condenaba: *“displaying a red flag in a public place or in a meeting place(a) as a sign, symbol or emblem of opposition to organized government”*. La vaguedad de esta frase justificó que fuera declarada inconstitucional, ya que, como la misma Suprema Corte sentenció:

The first clause, condemning display of a flag “as a sign, symbol or emblem of opposition to organized government,” construed by the state court as possibly

32 *Ibidem*, pp. 64-65. Oliver Wendell Holmes Jr, uno de los más grandes juristas en la historia de los Estados Unidos: *“the son of writer, educator and doctor Oliver Wendell Holmes, was born on March 8, 1841, in Boston, Massachusetts. Holmes Jr. fought on the Union side in the American Civil War for three years. In 1864, he began attending Harvard Law School, and later taught as a professor. In 1902, President Theodore Roosevelt appointed Holmes to the U.S. Supreme Court. Holmes retired in 1931, at the age of 91. He died on March 6, 1935, in Washington, D.C.”*, en <https://www.biography.com/people/oliver-wendell-holmes-jr-9342405> (13 de marzo de 2018).

33 Cfr. Urrutia Vélez, José Manuel, *op.cit.*, p. 176.

34 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thompson-Civitas, 2003, p. 285.

*including peaceful and orderly opposition to a government as organized and controlled by one political party, by those of another political party equally high minded and patriotic, which did not agree with the one in power, or "peaceful and orderly opposition to government by legal means and within constitutional limitations" -- is unconstitutional.*³⁵

El hecho que dio origen al litigio que terminó en la Suprema Corte era el despliegue de la reproducción de la bandera de la entonces URSS y del Partido Comunista estadounidense delante de un grupo de niños que la saludaban luego de un adiestramiento en los principios comunistas. La relevancia del caso, como ya se señaló, fue el reconocimiento de la protección constitucional de una expresión simbólica bajo el amparo de la Primera Enmienda, además de la relación de dicho comportamiento expresivo con el uso de banderas: *"It has been determined that the conception of liberty under the due process clause of the Fourteenth Amendment embraces the right of free speech."*³⁶

Otro precedente relevante es el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943) bajo la opinión del *justice* Robert H. Jackson, en el que la Suprema Corte no sólo reiteró la protección de la Primera Enmienda para el caso de expresiones simbólicas, sino que se atrevió a dar una argumentación sobre el concepto de simbolismo. El caso se origina en una disposición de la Junta de Educación del estado de Virginia que obligaba a todos los escolares a jurar lealtad y saludar a la bandera americana. El no hacerlo se convertía en un acto de insubordinación y conllevaba tanto la expulsión del colegio como sanciones penales a los padres de familia y a los alumnos implicados. La familia Barnette pertenecía al grupo religioso denominado "testigos de Jehová" en cuyo cuerpo de doctrina se encuentra el mandamiento de preferir siempre la ley de Dios que las leyes temporales. Partiendo de una disposición bíblica situada en el libro del Éxodo 20, 4-5, y que es citada en la sentencia, la bandera nacional es considerada una imagen ante la cual no se puede prestar juramento ni rendirle saludo. La negativa de la familia a que sus hijas cumplieran con el deber prescrito por la Junta de Educación de Virginia originó el litigio que concluyó en la Suprema Corte. El saludo y juramento de lealtad a la bandera nacional suponen una forma de expresión que no es verbal. La Corte señaló al respecto:

35 Stromberg v. California, 283 US. 359, p. 369, en http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/283/359/#writing-USSC_CR_0283_0359_ZS (5 de marzo de 2018). La sentencia contiene una frase emblemática que describe el principio democrático en el sistema constitucional norteamericano: *"the maintenance of the opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means, an opportunity essential to the security of the Republic, is a fundamental principle of our constitutional system."*

36 *Ibidem*, p. 368. En este caso la Suprema Corte utilizó por primera vez el criterio del llamado "peligro claro e inminente" para determinar que el Gobierno no tenía justificación constitucional para suprimir la libertad de expresión. Según el *test* al que aludimos, la expresión puede ser suprimida si resulta indudable que dicha expresión causará un daño muy serio e inminente que no pueda ser evitando de otra forma. Neuborne, Burt, *op.cit.*, p. 65.

Symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolize some system, idea, institution, or personality is a short-cut from mind to mind. Causes and nations, political parties, lodges, and ecclesiastical groups seek to knit the loyalty of their followings to a flag or banner, a color or design. The State announces rank, function, and authority through crowns and maces, uniforms and black robes; the church speaks through the Cross, the Crucifix, the altar and shrine, and clerical raiment. Symbols of State often convey political ideas, just as religious symbols come to convey theological ones. Associated with many of these symbols are appropriate gestures of acceptance or respect: a salute, a bowed or bared head, a bended knee. A person gets from a symbol the meaning he puts into it, and what is one man's comfort and inspiration is another's jest and scorn.³⁷

La última frase de la cita es importantísima porque supone que un mismo símbolo que es un medio eficaz para comunicar ideas o mensajes puede generar en determinadas personas efectos internos muy distintos: respeto y reverencia; desdén e incluso rechazo. En el caso aunque la postura de la Corte no se inclinó por el lado de la libertad religiosa, sino de expresión, es claro que para las personas que son testigos de Jehová el símbolo de la bandera y el ceremonial que oficialmente se le rinde por parte del Estado produce un sentimiento encontrado ya que es contrario a sus creencias religiosas esenciales. Pero, lo más relevante de la sentencia, es que el Estado no puede obligar a sus ciudadanos a que comulguen con su credo patriótico, ni obligarlos a que con palabras o gestos manifiesten su adhesión. Uno de los párrafos más relevantes y conocidos de esta sentencia señala:

If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion, or force citizens to confess by word or act their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us.³⁸

Podemos afirmar que el caso *Barnette* constituye un precedente relevante por haber avanzado más en la determinación del lenguaje simbólico como forma de expresión protegida en la Primera Enmienda y, sin duda, por haber decidido la constitucionalidad del derecho de no manifestar adhesión a los rituales establecidos por el Gobierno como es el saludo a la bandera. Aunque la Corte no lo haya dicho tan claramente, la no expresión de saludo y juramento a la bandera es una forma de expresión protegida constitucionalmente. Se trata también de un gesto que expresa la no comunión con ciertos principios cívicos.

No sobra decir que otro de los razonamientos relevantes en este caso y que sigue siendo muy actual en los temas de libertad de expresión tiene que ver con el derecho a

37 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, p. 632, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624/> (6 de marzo de 2018).

38 *Ibidem*, p. 642.

disentir. La prueba de fuego, se puede aducir, de la libertad tanto de no estar de acuerdo, como de expresarlo, son las cuestiones que tocan el corazón del orden existente: si el disentimiento solamente fuera sobre las cosas no importantes se trataría sencillamente de una “sombra de libertad”, pero no de una libertad plenamente reconocida y ejercida.³⁹

Había todavía que seguir profundizando en el tema de la expresión simbólica como en los criterios para que en determinado caso se pudiera justificar una restricción de la libertad de expresión. De esta manera, el siguiente precedente relevante es el caso *United States v. O'Brien* fallado el 27 de mayo de 1968, bajo la opinión del famoso *Chief Justice*, Earl Warren. David Paul O'Brien y tres compañeros quemaron públicamente su cartilla militar por oponerse a la guerra de Vietnam. Los hechos ocurrieron el 31 de marzo de 1966 en la ciudad de Boston, Massachusetts. O'Brien alegó que la quema de la cartilla era una forma de *symbolic speech* y que por ende, estaba protegida por la Primera Enmienda. Si bien aquí no se trata de una quema de bandera, sí nos encontramos ante la quema de un documento oficial de gran envergadura para un ciudadano norteamericano en tiempos de guerra.

Un aspecto importante fue que la Corte consideró que no toda conducta que pretenda comunicar una idea podía ser considerada “expresión” para fines de la Primera Enmienda: “*We cannot accept the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled “speech” whenever the person engaging in the conduct intends thereby to express an idea.*”⁴⁰ Sin embargo, el meollo del razonamiento derivó en la separación dentro de una misma conducta entre elementos expresivos y no expresivos: un interés suficientemente importante del Gobierno para regular los elementos no expresivos puede justificar limitaciones incidentales al derecho de libertad de expresión. Para que esto acontezca, deben concurrir los elementos siguientes: que esté dentro de la competencia constitucional del Gobierno; que la realización del interés gubernamental sea importante o sustancial; que dicho interés no esté relacionado con la supresión de la libertad de expresión y que la restricción incidental a la libertad de expresión no supere a aquella que es esencial para satisfacer el interés legítimo del Gobierno.⁴¹ Al aplicar

39 *Idem*. “*But freedom to differ is not limited to things that do not matter much. That would be a mere shadow of freedom. The test of its substance is the right to differ as to things that touch the heart of the existing order.*” En el caso *Barnette* aunque se avanzó en la doctrina jurisprudencial sobre la expresión simbólica, no se establecieron criterios para determinar el tipo de acción o contexto necesarios para ser acreedor a la protección bajo la Primera Enmienda. Cfr. Urrutia Vélez, Juan Manuel, *op.cit.*, p. 177.

40 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, p. 376, en https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/367#writing-USSC_CR_0391_0367_ZO (consultada el 6 de marzo de 2018).

41 El origen del caso O'Brien fue una enmienda aprobada por el Congreso en 1965 a la *Military Service Selective Act* que criminalizaba la destrucción de las cartillas militares (*draft cards*). El caso *O'Brien* es un ejemplo de cuando las conductas expresivas conllevan una actuación sobre la realidad material que, con independencia de la libertad de expresión, pueden ser jurídicamente relevantes. De ahí, como afirma Díez Picazo, en estos supuestos, los jueces deben hacer una ponderación sobre qué sea lo más importante: el mensaje en sí o el medio de transmitirlo. No se trata simplemente de restringir la libertad de expresión, sino que dicha restricción debe ser la menos lesiva e indispensable para poder tutelar

los pasos del *test* al caso, la Corte determinó que el interés del Gobierno se justificaba plenamente en un momento de guerra en el que para Estados Unidos era esencial contar con un sistema eficiente para organizar su ejército. Por otra parte, la prohibición de destruir injustificadamente las cartillas facilitaba dicho interés y las restricciones impuestas a la libertad de expresión eran menores que aquellas para realizar el interés descrito. De esta manera la Corte no le dio la razón a O'Brien quien, además, tenía la posibilidad de expresar su desacuerdo con la guerra por otros medios que no interfieran con los intereses del gobierno.⁴²

El siguiente precedente que sí tiene que ver directamente con la quema de banderas es el caso *Street v. New York* (1969). No es inútil precisar que los casos anteriores implicaban expresiones simbólicas como objeto de protección bajo la Primera Enmienda. A partir de este precedente los hechos puestos bajo la lupa de la Suprema Corte tendrán que ver con pretendidas profanaciones a la bandera nacional, a partir de violaciones a legislaciones tanto a nivel federal como de los estados que protegían la dignidad y el simbolismo de la bandera nacional frente a conductas indebidas. Aunque ya se había avanzado en el tema de la expresión simbólica, aún no existía una doctrina definida y, mucho menos, aplicada a los casos de profanaciones de la insignia nacional.

En este caso, bajo la opinión del *justice* J.M. Harlan II, *Street*, un ciudadano negro enfurecido por el asesinato de James Meredith que era dirigente del movimiento para la defensa y libertades fundamentales, después de escuchar en la radio la noticia, salió a la vía pública y en una esquina quemó la bandera estadounidense, lo que le valió el arresto en los términos de la legislación penal entonces vigente en el estado de New York que, entre otras conductas, prohibía la quema pública de la bandera nacional. Asimismo, mientras el oficial de policía se aproximaba al lugar de los hechos, pudo ver en torno a *Street* un grupo de poco más de 30 personas que presenciaban el acto incendiario a quienes decía en voz alta: "*We don't need no damn flag*"; y añadía: "*Yes; that*

otro interés relevante en juego, como, en este supuesto, era la organización militar estadounidense. Cfr. Díez Picazo, Luis María, *op.cit.*, p. 286.

- 42 *United States v. O'Brien*, cit., p. 382. "*In conclusion, we find that, because of the Government's substantial interest in assuring the continuing availability of issued Selective Service certificates, because amended § 462(b) is an appropriately narrow means of protecting this interest and condemns only the independent noncommunicative impact of conduct within its reach, and because the noncommunicative impact of O'Brien's act of burning his registration certificate frustrated the Government's interest, a sufficient governmental interest has been shown to justify O'Brien's conviction*". Como afirma Urrutia Vélez: "algunos críticos han señalado que de haber analizado la intención real que tuvo dicho estatuto, no podría decirse que el mismo no estaba dirigido a restringir la libertad de expresión. La crítica se ha dirigido, más bien, al análisis simplista utilizado por el Tribunal; análisis mediante el cual evitó dilucidar los complejos aspectos constitucionales del caso". *Op. cit.*, p. 178. Para algunos, la verdadera intención de la enmienda legislativa del caso en cuestión fue limitar la libertad de expresión contra la absurdidad de la guerra que Estados Unidos libraba en Vietnam. El objetivo de prohibir y sancionar la quema de cartillas sería, pura y simplemente, poner un alto a esta particular forma de protesta antibélica en un momento histórico en el que los Estados Unidos estaban implicados en una guerra. Cfr. Dean Alfange, Jr., "Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burning Case", *The Supreme Court Review*, Chicago, vol. 1968, 1968, p. 15, en <https://www.jstor.org/action/showShelf> (19 de abril de 2018).

is my flag; I burned it. If they let that happen to Meredith, we don't need an American flag".⁴³ Como se puede entrever en los hechos se combinaban expresiones simbólicas con expresiones verbales. En la resolución de la Corte se optó por privilegiar éstas sin resolver el tema de la quema de la bandera como tal.

Más que otra cuestión, lo que más interesó a la Corte fue determinar qué tipo de intereses gubernamentales podrían justificar punir a una persona con motivo de sus expresiones verbales sin constituir una violación a la Primera Enmienda, es decir, si existían intereses apremiantes o imperiosos que no pueden ser satisfechos por medios menos lesivos que la censura.⁴⁴ Analizando cada uno de los posibles intereses de gobierno en la censura de la expresión verbal, no se encontró ninguna razón, atentas las circunstancias del caso, para poder justificar la constitucionalidad de la legislación penal de New York con base en la cual se detuvo a Street. De esta manera, se acreditó una violación a la Primera Enmienda, citando ampliamente el caso ya analizado de *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, para recordar que el derecho a disentir y a no pensar y expresarse según los valores gubernamentales suponen cuestiones que tocan el corazón mismo del orden existente. La conclusión del Tribunal Supremo implica también la protección constitucional de las expresiones verbales desagradables:

*We add that disrespect for our flag is to be deplored no less in these vexed times than in calmer periods of our history. Cf. Halter v. Nebraska, 205 U.S. 34 (1907). Nevertheless, we are unable to sustain a conviction that may have rested on a form of expression, however distasteful, which the Constitution tolerates and protects.*⁴⁵

El último precedente importante en el tema que nos ocupa es el caso *Spence v. Washington* (1974). Los hechos se remontaban al 10 de mayo de 1970 en que un estudiante universitario colocó en ambas caras de la bandera una tela adhesiva negra con el símbolo de paz y la colgó en la ventana de su departamento siendo visible para los transeúntes que pasaban por delante. Dos agentes policíacos se presentaron en el departamento, dialogaron sin fricciones con Spence quien se mostró extrañado de haber cometido un acto ilegal por haber colgado la bandera con la tela adhesiva puesta. Su intención era protestar contra la reciente invasión a Camboya y la matanza en la Universidad de Kent. Se trataba de lograr asociar a la bandera la idea de paz, además que la tela adhesiva colocada podría con relativa facilidad ser retirada de la tela. Los poli-

43 *Street v. New York*, 394 U.S. 576, p. 579, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/576> (consultada el 22 de abril de 2018).

44 Neuborne, Burt, *op.cit.*, p. 70. Los intereses gubernamentales que podrían justificar una censura a la libertad de expresión (verbal) a propósito de la bandera serían: "(1) an interest in deterring appellant from vocally inciting others to commit unlawful acts; (2) an interest in preventing appellant from uttering words so inflammatory that they would provoke others to retaliate physically against him, thereby causing a breach of the peace; (3) an interest in protecting the sensibilities of passers-by who might be shocked by appellant's words about the American flag, and (4) an interest in assuring that appellant, regardless of the impact of his words upon others, showed proper respect for our national emblem". Cfr. *Street v. New York*, *cit.*, p. 591.

45 *Ibidem*, p. 594.

cías arrestaron al estudiante y se llevaron consigo la bandera. La normatividad vigente en el estado de Washington prohibía costumar la bandera y exhibirla públicamente. Después de satisfacer el *iter* procesal, el asunto llegó a la Corte Suprema. Empleando el llamado *First Amendment balancing* que, como afirma Neuborne,⁴⁶ requiere que los jueces contrapesen los intereses del Gobierno a favor de la censura con el profundo compromiso social con el derecho de libertad de expresión, la Corte llegó a la conclusión de que los intereses del estado de Washington en sostener su legislación no justificaban restringir la libertad de expresión de Spence.

Siguiendo la estructura de análisis del interés del gobierno, en este caso del estado de Washington, la opinión *-per curiam-* de la Corte amplió su rango de estudio a las circunstancias concretas bajo las cuales se desarrollaron los hechos para poder ponderar y decidir en favor de Spence. La Corte diferencia entre lo que sería una alteración o mal uso de una bandera propiedad pública de otra que es propiedad privada. En este contexto, la bandera alterada con el símbolo pacifista pertenecía a Spence. En segundo lugar, la bandera fue exhibida desde una propiedad privada -el apartamento de Spence- por lo que no se trataba de un caso en el que la Corte tuviera que valorar las circunstancias específicas que pudiesen darse cuando se trata de una propiedad pública. En tercer lugar, no se llevó a cabo ningún acto que pusiera en riesgo la paz ni que excitara a la violencia: el acto de Spence fue solamente desplegar la bandera con las cintas adhesivas en su departamento. Finalmente, la Corte reconoció que se trataba de una expresión que intentaba comunicar una idea.⁴⁷ Y justamente, a partir de esta conclusión, se vuelve a afrontar directamente el tema de la expresión simbólica como no se había hecho ni en *O'Brien* ni en *Street*. Citando los precedentes ya analizados de *Stromberg v. California* y *West Virginia Board of Education v. Barnette*, en los que se reconocen las connotaciones simbólicas referentes al uso de banderas, los *justices* no tienen duda que el acto de Spence comunicó un pensamiento, que no sólo incluye el despliegue de la bandera sino del símbolo de paz adherido.⁴⁸

En uno de los párrafos, a nuestro modo de ver, más importantes de la sentencia, la Corte avanza mucho más en su doctrina sobre las expresiones simbólicas relativas al uso de la bandera nacional, al sostener la importancia del contexto temporal, de la circunstancia histórica para determinar cuándo realmente se trata de estas formas de comunicación que caen bajo la protección de la Primera Enmienda, teniendo en cuenta la alta probabilidad de que dicho mensaje sea entendido por los observadores. Este razonamiento, como veremos enseguida, es retomado en *Texas v. Johnson*.⁴⁹ Era claro

46 Neuborne, Burt, *op.cit.*, p. 70.

47 *Spence v. Washington* 418 U.S. 405, p. 409, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/405> (23 de abril de 2018).

48 *Ibidem*, p. 410.

49 *Ibidem*, pp. 410,411. Señala la Corte a propósito del contexto en el que se da la expresión simbólica: "Moreover, the context in which a symbol is used for purposes of expression is important, for the context may give meaning to the symbol." Y añade: "A flag bearing a peace symbol and displayed upside down by a student today might be interpreted as nothing more than bizarre behavior, but it would have been difficult for the great majority of citizens to miss the drift of appellant's point at the time that he made

que también en las legislaciones prohibitivas en materia de uso de banderas, quedaba abierta la posibilidad de que el gobierno federal o de algún estado pudiera justificar un interés importante para restringir la libertad de expresión a la luz de los razonamientos que la misma Corte había venido desarrollando.

4. LA SENTENCIA DEL CASO TEXAS V. JOHNSON

Era imperioso para poder esbozar los principales razonamientos vertidos en la opinión del *justice* Brennan, el análisis cuidadoso de los precedentes sobre expresiones simbólicas y la evolución y, en ocasiones, retrocesos que la Corte había protagonizado a partir, sobre todo, del caso *Stromberg*. La sentencia fue decidida el 21 de junio de 1989, es decir, casi un lustro después de acontecidos los hechos.

Como sostiene Jorge Climent Gallart: “esta Sentencia es muy importante, puesto que afronta de modo directo la cuestión del lenguaje simbólico, indicando qué elementos son los que lo caracterizan para que pueda ser amparado bajo la Primera Enmienda.”⁵⁰ Hasta ese momento era claro que no se había emitido una opinión definitiva sobre la constitucionalidad de expresiones que tuvieran como objeto la destrucción de la bandera americana con fines políticos. Recordemos que en *Street*, la protección constitucional fue reconocida a las expresiones verbales, no a la quema en sí misma. En el caso *O’Brien* aunque no fue la quema de una bandera, la Corte consideró que existía un interés gubernamental justificado para restringir en esos casos la libertad de expresión; en los demás precedentes referidos no se trataba de la quema, ni de otro medio de destrucción, sino de conductas relacionadas con el uso y significado de banderas. La particularidad del caso es que el único acto material objeto del debate judicial fue la quema pública de una bandera estadounidense.

La opinión de la Corte recuerda los precedentes en los que comportamientos relacionados con la bandera nacional son considerados expresiones simbólicas para efecto de la Primera Enmienda. Inclusive, se añade como antecedente el voto particular discrepante del *justice* Byron White en el caso *Smith v. Goguen* (1974) en el que consideró que llevar una pequeña bandera cosida a un pantalón podría ser una conducta expresiva. Asimismo, se reconoce a la misma bandera un carácter de símbolo nacional al representar: “*a symbol of our country; it is, one might say, “the one visible manifestation of two hundred years of nationhood.”*⁵¹

it. It may be noted, further, that this was not an act of mindless nihilism. Rather, it was a pointed expression of anguish by appellant about the then-current domestic and foreign affairs of his government. An intent to convey a particularized message was present, and in the surrounding circumstances the likelihood was great that the message would be understood by those who viewed it.”

50 “La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 2015, p. 316.

51 *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397, p. 405, en https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397#writing-USSC_CR_0491_0397_ZO (24 de abril de 2018). La frase fue esgrimida por el *justice* William Rehnquist en el caso *Smith v. Goguen*. Cabe recordar que Rehnquist sirvió en la Suprema Corte de Estados

A continuación la Corte refiere una importante precisión: no toda acción relacionada con la bandera puede considerarse *per se* expresiva para efectos de la Primera Enmienda, sino que se debe estudiar el contexto en el que ocurre como sucedió en el asunto *Spence* en el que incluso el estado de Washington la había reconocido como tal. La conducta de Lee Johnson fue considerada por el estado de Texas como expresiva lo que le parece prudente a la Corte. En efecto, dadas las particularidades del caso que ya expusimos en el primer apartado, era que más que evidente el objetivo de quemar la bandera al final de la protesta contra la nominación de Ronald Reagan: se trataba de la culminación de una manifestación política.⁵² Por todo ello, la quema de la bandera se consideró como una conducta expresiva. Aunado a ello, como ya se había insinuado en el caso *Spence*, el mensaje no verbal debe ser emitido precisamente con la intención de transmitir un mensaje y que dicho mensaje detente la posibilidad máxima de ser entendido por los receptores del mismo.⁵³

En un segundo momento, luego de que se reconoció la conducta de Johnson como expresiva y por ende, bajo la Primera Enmienda, y de nueva cuenta recurriendo a sus precedentes, sobre todo al caso *O'Brien*, se procedió a identificar algún interés gubernamental lo suficientemente importante para restringir la libertad de expresión, en este caso, de Lee Johnson. Recordemos que el criterio fijado por la Corte para hacer el *test* de contrapeso o compensación es si la regulación de los elementos no expresivos presentes en una conducta representa un interés lo suficientemente importante para admitir limitaciones incidentales al derecho de libertad de expresión. Por eso, el paso que hizo la Corte fue la identificación de algún interés justificado que no sea, obviamente, suprimir la libertad de expresión. Texas alegó dos intereses. El primero era evitar la perturbación del orden público. De los hechos y del propio reconocimiento que hizo Texas, no pudo acreditarse que la quema de la bandera perturbara el orden público o se creara alguna alteración del orden ya fuera por la quema en sí o por la reacción a ese episodio. La única aparente alteración que denunció Texas fue el testimonio de algunas personas que presenciaron los acontecimientos y se sintieron profundamente ofendidas por la quema de la bandera.⁵⁴ De este último aspecto, la ofensa con motivo de una expresión, la Corte, trayendo algunos precedentes, encuentra insuficiente esta justificación por parte del estado de Texas. Vale la pena citar el argumento:

Our precedents do not countenance such a presumption. On the contrary, they recognize that a principal function of free speech under our system of government is to invite

Unidos durante 33 años (1972-2005) y la presidió desde 1986 hasta 2005. Por lo tanto, siendo Presidente de la Corte se presentó el caso en análisis formulando voto discrepante.

52 Más allá de lo que ya fue citado sobre las razones de Lee Johnson, éste refirió los objetivos de su proceder durante el proceso que enfrentó: *“the American Flag was burned as Ronald Reagan was being renominated as President. And a more powerful statement of symbolic speech, whether you agree with it or not, couldn't have been made at that time. It's quite a just position [juxtaposition]. We had new patriotism and no patriotism”*. *Ibidem*, p. 406.

53 Cfr. Climent Gallart, Jorge, *op. cit.*, p. 317.

54 *Texas v. Johnson, cit.*, p. 408.

*dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger.*⁵⁵

El argumento de Texas sobre la posibilidad de que la expresión de Johnson provocará perturbaciones al orden público es desmontado por la Corte a partir de otro de los tipos de *test* que el Tribunal Supremo estadounidense empleó con mucha frecuencia: el del peligro claro e inminente. Recurriendo a la resolución del caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), se afirma que no toda manifestación de ideas provocadoras incita por sí misma al desorden y justifica una restricción del gobierno. Más bien, sigue el razonamiento de la Corte, se debe efectuar un examen muy atento de las circunstancias reales que rodean al acto expresivo para poder determinar si: “*is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.*”⁵⁶ Por esta razón, se refuta la intención texana de considerar la quema pública de la bandera como un acto que potencialmente puede disturbar la paz pública. Aquí la Corte defiende el sentido del precedente *Brandenburg*.⁵⁷ Aunado a esto, la Corte niega que la conducta de Johnson entrara dentro de la categoría de las llamadas *fighting words* que al ser pronunciadas tienen un alto grado de posibilidad de provocar represalias por parte de las personas a quienes se dirigen, pudiendo perturbar el orden público. Para la Corte es evidente que la acción de la quema de la bandera en sí misma no puede ser considerada ni como un insulto personal ni como una invitación a intercambiar puñetazos. Con este análisis, Texas no logró superar el pretendido primer interés que esgrimió. El texto de la resolución lo dice así: “*We thus conclude that the State’s interest in maintaining order is not implicated on these facts.*”⁵⁸

55 *Idem*. Más adelante (p. 409) utilizando la opinión discrepante del *justice* John Paul Stevens en el precedente *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 745, se señala un razonamiento que fortalece la idea de que la libertad de expresión, aun cuando su contenido sea poco agradable, no puede ser restringida incluso bajo el argumento de presumibles actos de violencia: “*It would be odd indeed to conclude both that if it is the speaker’s opinion that gives offense, that consequence is a reason for according it constitutional protection and that the Government may ban the expression of certain disagreeable ideas on the unsupported presumption that their very disagreeableness will provoke violence.*”

56 *Idem*.

57 El caso *Brandenburg v. Ohio* (1969) es muy importante para la jurisprudencia americana sobre libertad de expresión porque defiende la propaganda política abstracta aunque ésta pueda sugerir acciones ilegales posteriores. En el caso, la Corte revocó la condena impuesta a un conferencista racista vinculado al Ku Klux Klan en una reunión de dicha organización supremacista blanca en la que después de quemar una cruz (símbolo del KKK) afirmó: “no somos una organización vengativa, pero si nuestro Presidente, nuestro Congreso y nuestro Tribunal Supremo continúan suprimiendo la raza blanca caucásiana es posible que tomemos alguna revancha”. Cfr. 395 U.S. 444, p. 446, en https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444#writing-USSC_CR_0395_0444_ZSm (23 de abril de 2018). Señala la *Neuborne* que, con base en el precedente que estamos refiriendo, la Corte ha revocado condenas por amenazas exageradas al Presidente, por amenazas de involucrarse en manifestaciones susceptibles de producir alteraciones al orden público e incluso por discursos en tono bastante agresivo que conllevan amenazas implícitas de violencia. Cfr. *Op.cit.*, pp. 66-70. Sobre las amenazas al Presidente encontramos el caso *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969) en el que la persona sujeta a juicio expresó: “si me obligaran a llevar un rifle, el primer hombre que desearía que se pusiera a tiro, sería el Presidente”.

58 *Texas v. Johnson, cit.*, p. 410.

Lo anterior, como la misma Corte lo explica, no significa que la Primera Enmienda sea un obstáculo para que las autoridades competentes puedan impedir o evitar una acción ilegal inminente. Sin embargo, la sentencia afirma contundente que para mantener el orden público no se requiere sancionar la quema de la bandera. Luego entonces, tendrán que concurrir otro tipo de conductas y siempre con vista en las circunstancias específicas de cada caso para poder hablar de restricciones válidas a la libertad de expresión. Aludiendo al propio Código Penal de Texas, la resolución claramente señala que cuando se trata de perturbaciones al orden público, las autoridades texanas cuentan con normas típicas específicas para sancionar conductas que impliquen realmente una alteración del orden. Lo relevante aquí es que esta finalidad no se consigue considerando como delito la quema de la bandera estadounidense.

El segundo interés que Texas alegó para justificar la condena impuesta a Johnson fue la protección de la bandera como símbolo de la existencia nacional y expresión de la unidad nacional. La preocupación de Texas, alude la Corte, es que el acto de quemar la bandera nacional puede hacer creer a las personas o bien que ya no representa la existencia como nación, o que ya no son parte de una unidad nacional. Sin embargo, en un párrafo un tanto escueto, la Corte se separa del precedente *O'Brien* porque precisamente los reparos aludidos por Texas como justificación sólo se producen con el acto preciso de quema de la bandera, que al ser expresión simbólica está protegida por la Primera Enmienda y prohibirla significaría suprimir la libertad de expresión. En cambio, en *O'Brien* existían otros medios expresivos para manifestar la oposición a la política bélica de Estados Unidos en Vietnam.⁵⁹

Cuando Texas defiende el interés de preservar la bandera como símbolo de la nación y de la unidad nacional y, por ende, de condenar cualquier conducta que atente contra dicha simbología, efectivamente le está asignando a la bandera una serie de significados claros y exclusivos. Como afirma la sentencia:

*The State's argument is not that it has an interest simply in maintaining the flag as a symbol of something, no matter what it symbolizes; indeed, if that were the State's position, it would be difficult to see how that interest is endangered by highly symbolic conduct such as Johnson's. Rather, the State's claim is that it has an interest in preserving the flag as a symbol of nationhood and national unity, a symbol with a determinate range of meanings.*⁶⁰

Bajo estos razonamientos, si alguien maltrata la bandera suscitando en los demás dudas de lo que representa, nos encontramos ante una conducta peligrosa y, por ende, susceptible de ser prohibida. Obviamente aquí estaría el punto central de lo que Texas alegó. Sin embargo, volviendo a sus propios precedentes, particularmente, *Street v. New York* y el multicitado *Barnette*, la Corte aprovecha para afirmar sin cortapisas: “If

59 *Idem.*

60 *Ibidem*, p. 413.

there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable."⁶¹

La bandera nacional no queda exenta de este principio constitucional reafirmado en la sentencia. Citando la sentencia *Street*, se recuerda que no se puede imponer condena alguna a ninguna persona por criticar o por no demostrar respeto a la insignia nacional. Incluso, retomando el precedente *Barnette*, se reafirma que el derecho constitucional a disentir con lo que representa el orden establecido conlleva el derecho a expresar la propia opinión sobre la bandera nacional aunque se trate de expresiones provocadoras o despreciativas. El gobierno no puede obligar a nadie de manera que manifieste respeto a la bandera o que comulgue con lo que la bandera representa para él. Ningún precedente permite deducir que la visión estatal sobre el símbolo de la bandera le autoriza a prohibir expresiones simbólicas relacionadas con ella. A este respecto, concluye la sentencia: "*to sustain the compulsory flag salute, we are required to say that a Bill of Rights which guards the individual's right to speak his own mind left it open to public authorities to compel him to utter what is not in his mind.*"⁶²

El núcleo histórico del constitucionalismo americano como lo expusimos en el segundo apartado se basa en la combinación de dos posturas de gran calado: el *ius-naturalismo* individualista y el historicismo. Pues bien, es claro que a diferencia del constitucionalismo europeo que permeó fuertemente hasta antes de la conclusión de la Segunda Guerra y que le apostó al Estado como la instancia última de garantía de los derechos a través de la ley, en Estados Unidos los derechos individuales anteceden, y en cierta manera, condicionan la estructura estatal. Por eso, además de estar de frente a la concepción liberal de la libertad de expresión que le apuesta al libre mercado de ideas, no podemos echar de menos que la configuración histórica del constitucionalismo americano explica que el Estado esté en función de los derechos previos y que, por ende, se excluya de la protección constitucional la imposición de una visión estatal y unilateral de la realidad misma.⁶³ Incluso se plantea el supuesto de que un estado prohibiera la quema de la bandera cada vez que se contradiga o ponga en peligro su valor simbólico de acuerdo con dicho estado y, en cambio, permitiera quemarla cuando se preserve o se esté de acuerdo con el valor asignado, por ejemplo, quemar solemnemente una bandera rota o sucia. Si ello aconteciera, se estaría autorizando un acto contra la integridad física de la bandera solamente si corresponde con el sentido simbólico que le asigna el Estado; pero si eso ocurriese, quedaría negada la expresión en otros sentidos a aquel que el Estado defiende; se

61 *Ibidem*, p. 414.

62 *Idem*.

63 *Ibidem*, p. 418. "*The First Amendment does not guarantee that other concepts virtually sacred to our Nation as a whole -- such as the principle that discrimination on the basis of race is odious and destructive -- will go unquestioned in the marketplace of ideas. We decline, therefore, to create for the flag an exception to the joust of principles protected by the First Amendment.*"

estaría imponiendo una manera ortodoxa de pensar lo que, obviamente, no admite la Corte.⁶⁴

La Corte concluyó que el comportamiento de Lee Johnson implicó una conducta expresiva; que el estado de Texas no acreditó el interés de preservar el orden público porque la conducta origen del caso no significaba un perturbación de esta naturaleza y, que el interés en preservar a la bandera como símbolo de la nación y de la unidad nacional no justificaba criminalizar una expresión simbólica contraria.

5. ALGUNAS IMPLICACIONES POSTERIORES DEL CASO

Nos resta apuntar, aunque sea en forma sucinta, algunas de las consecuencias ulteriores que esta sentencia trajo en la vida política y la opinión pública en Estados Unidos. La votación entre los *justices* estuvo muy dividida: cinco votaron a favor y cuatro en contra. Es curioso que en este caso no se pueda estrictamente dividir la votación entre liberales a favor y conservadores en contra. Como hacía notar Linda Greenhouse,⁶⁵ enviada especial de *The New York Times*, dos de los jueces más conservadores de la Corte, el ya mencionado Antonin Scalia⁶⁶ y Anthony M. Kennedy⁶⁷ se unieron a la opinión de Brennan. No sobra mencionar que también formaron parte de la opinión mayoritaria los *justices* Thurgood Marshall y Harry A. Blackmun. En cambio, entre los disidentes estuvo el juez John Paul Stevens quien formuló voto disidente y que, generalmente era aliado del juez Brennan en opiniones liberales. Un hecho notorio fue que a diferencia de la mayoría de los casos, los disidentes leyeron sus opiniones en el salón de sesiones (*courtroom*). Además de Stevens, votaron en contra el *Chief Justice* William H. Rehnquist, quien formuló opinión disidente⁶⁸ y los *justices* Byron R. White y Sandra Day

64 *Ibidem*, p. 417.

65 “Justices, 5-4, back Protesters’ right to burn the flag”, *The New York Times*, June 22, 1989, en <http://www.nytimes.com/1989/06/22/us/justices-5-4-back-protesters-right-to-burn-the-flag.html> (24 de abril de 2018).

66 En 2012, en una entrevista concedida a CNN, A. Scalia explicó por qué su voto formó parte de la opinión de la mayoría: “*If I were king, I would not allow people to go around burning the American flag. However, we have a First Amendment, which says that the right of free speech shall not be abridged -- and it is addressed in particular to speech critical of the government. That was the main kind of speech that tyrants would seek to suppress.*” Cfr. Bomboy, Scott, “When Supreme Court Justices argued over the American flag”, *Constitution Daily. Smart conversation from the National Constitution Center*, September 27, 2017, en <https://constitutioncenter.org/blog/when-supreme-court-justices-argue-over-the-american-flag> (24 de abril de 2018).

67 En su voto concurrente explicó: “*though symbols often are what we ourselves make of them, the flag is constant in expressing beliefs Americans share, beliefs in law and peace and that freedom which sustains the human spirit; but whether or not [Johnson] could appreciate the enormity of the offense he gave, the fact remains that his acts were speech, in both the technical and the fundamental meaning of the Constitution.*” *Texas v. Johnson*, *cit.*, p. 421.

68 La opinión del *Chief Justice* está cargada de expresiones emotivas y de remembranzas históricas sobre el pasado y el presente de la Nación Americana: “*the American flag, then, throughout more than 200 years of our history, has come to be the visible symbol embodying our Nation. It does not represent the views of any particular political party, and it does not represent any particular political philosophy.*”

O'Connor. Evidentemente la resolución dividió la opinión pública americana y suscitó inmediatas reacciones de organizaciones civiles tanto de tendencia liberal como conservadora.⁶⁹ Según un sondeo hecho por *Newsweek* el 3 de julio de 1989, es decir, dos semanas después de la resolución, el 65% de los encuestados estaba en contra de la decisión de la Corte y el 71% estaba a favor de enmendar la Constitución para prohibir la profanación de la bandera y cambiar el sentido del fallo de la Corte Suprema.⁷⁰ En 2006, mientras que en el Senado norteamericano se había comenzado un nuevo debate para aprobar una enmienda que permitiera al Congreso prohibir la profanación física de la bandera de los Estados Unidos, una encuesta de CNN reportaba que el 60% de las personas cuestionadas estaban a favor de la propuesta de enmienda mientras que el 40% se manifestaban en contra.⁷¹ Curiosamente el presidente de los Estados Unidos en ese momento era nada menos que George R. Bush (1989-1993) contra quien también se había dirigido cinco años atrás la protesta en Dallas origen del caso. Recordemos que Bush era en ese entonces vicepresidente de los Estados Unidos y que en el marco de la Convención Nacional del Partido Republicano había sido postulado para un segundo periodo en el cargo como compañero de fórmula del presidente Reagan. No extraña, pues, que una semana después del fallo, Bush propusiera una enmienda constitucional para revocar la sentencia.

El revuelo causado en el Partido Republicano fue de tal magnitud que se originó un debate entre los que proponían con el Presidente echar andar el artículo quinto de la Constitución para una enmienda y los que opinaban que debía acudirse a la opción legislativa. Al final, fue este camino el que se decidió seguir para no generar tanta presión institucional además de que se contaría con el apoyo demócrata. En ese tesorio, el 28 de octubre de 1989, fue aprobada por el Congreso la *Flag Protection Act*, una ley federal que tendría vigencia en todo el país y permitiría sancionar la quema pública

The flag is not simply another "idea" or "point of view" competing for recognition in the marketplace of ideas. Millions and millions of Americans regard it with an almost mystical reverence, regardless of what sort of social, political, or philosophical beliefs they may have. I cannot agree that the First Amendment invalidates the Act of Congress, and the laws of 48 of the 50 States, which make criminal the public burning of the flag". Cfr. *Texas v. Johnson, cit.*, p. 429. Como afirma Neuborne: "la doctrina del contrapeso o compensación es una doctrina subjetiva, porque fuerza al juez a crear una jerarquía de valores, sin ninguna o con poca orientación externa. En manos del juez que no valora excesivamente la libertad de expresión, el test de contrapeso o compensación casi no proporciona protección real alguna". *Op. cit.*, pp. 71-72.

69 En el reportaje de Greenhouse (*supra*, nota núm. 64) se citan algunas de estas opiniones a favor y en contra: "Patrick B. McGuigan, of the Free Congress Center for Law and Democracy, a conservative research group here, called the ruling 'an exercise in absurdity' and added, 'I never thought I'd say it: John Paul Stevens is right, while Anthony Kennedy and Antonin Scalia are wrong, wrong, wrong' ". Mientras que para Arthur J. Kropp, presidente de un lobbying group liberal denominado: *People for the American Way*, la sentencia representaba: "a victory for freedom of speech." He added: "As a nation, we are strong enough to withstand the pain of seeing our flag burned. What we could not withstand is seeing the First Amendment cast aside out of a misguided sense of nationalism".

70 Cfr. Urrutia Vélez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 186.

71 "Senate opens flag-burning debate", *CNN International.com*, june 27 2006, en <http://edition.cnn.com/2006/POLITICS/06/26/flag.amendment/index.html> (26 de abril de 2018).

de la bandera nacional con prisión o multa, salvo en el caso que se hiciera por razón de desgaste o porque estuviera manchada. Recordemos que el efecto de la sentencia que estudiamos fue invalidar leyes de 48 estados que de alguna manera prohibían o sancionaban la profanación de la bandera. Obviamente la finalidad de disposición era la protección de la integridad física de la insignia nacional.

No tardaron en surgir controversias derivadas de la aplicación de esta nueva legislación. Entre varios casos, destacó una protesta en la escalinata del Capitolio en Washington en la que se quemó la bandera mientras que los manifestantes ejercían su derecho de libertad de expresión contra la política interna y externa de la administración Bush. El otro episodio relevante se dio en la ciudad de Seattle contra la aprobación misma de la Ley referida. Cabe destacar que los tribunales correspondientes absolvieron a los manifestantes sancionados en aplicación de la doctrina establecida en el caso *Texas v. Johnson*, por lo que el Gobierno Federal acudió a la Suprema Corte. Esta senda procesal originó el caso *United States v. Eichman* (1990) que declaró inconstitucional la *Flag Protection Act* aplicando el precedente *Johnson*. La Corte volvió a fallar por la misma mayoría que el año anterior, cinco contra cuatro, y nuevamente bajo la opinión de Brennan. En esta ocasión, sin embargo, únicamente el juez Stevens formuló voto disidente. La fecha de la resolución fue el 11 de junio de 1990, es decir, casi exactamente un año después que la del caso *Johnson*.

El Congreso había tenido aparentemente un cuidado especial para no prohibir una expresión particular ni establecer ciertas circunstancias para ello como supuestamente sí acontecía en la parte conducente del Código Penal de Texas. El Gobierno alegó que, a diferencia de Texas, no pretendía prohibir ninguna expresión con base en el contenido del mensaje, sino que el único interés, podría decirse, objetivo, era proteger la integridad física de la bandera nacional en todas las circunstancias en aras de salvaguardar su identidad como el único e inalienable símbolo de la Nación.⁷² Según el parecer gubernamental, la Ley recurrida se limita a proteger la integridad física de la bandera sin atender a los motivos ni al efecto que una acción contraria pueda producir en terceros. Tampoco se trata, de pretender suprimir la libertad de expresión.

Sin embargo, analizando los contenidos de la *Flag Protection Act*, la Corte encuentra que sí existe una intención de suprimir expresiones simbólicas cuando se trate de actos que producen daño o destrucción a la bandera, porque se advierte que si alguien quemara por ejemplo una bandera privadamente no tendría un sentido comunicativo pero sí afectaría su integridad física. Asimismo, la destrucción de una manifestación física de un símbolo no afecta ni disminuye el símbolo en sí mismo. Se trata de un principio de idoneidad: prohibir actos que desfiguren o destruyan físicamente la bandera no parece ser la medida adecuada para preservar un símbolo nacional que va más

72 *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, p. 315, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/496/310> (26 de abril de 2018).

allá de lo físico.⁷³ De todo esto, la Corte, para efectos prácticos, sí encuentra un interés en proteger la integridad física de la bandera y su identidad como símbolo de la nación solamente cuando se efectúen conductas que impliquen transmitir un mensaje a terceros, lo que confirma la inconstitucionalidad de la legislación confrontada.⁷⁴ Además, como ya lo vimos en *O'Brien*, el interés gubernamental no puede estar dirigido a suprimir la libertad de expresión, sino que con motivo del mismo solamente se pueden producir restricciones incidentales. En este caso, la Corte encuentra que sí existe un interés de suprimir expresiones relacionadas con la destrucción o desfiguración de la bandera; existe una relación directa entre el interés de preservar la integridad física de la bandera y la supresión de la libertad de expresión. Por eso, el Acta debe sujetarse al más estricto escrutinio lo que hace claro que el interés gubernamental no justifica infringir la Primera Enmienda.

Otro aspecto interesante es el argumento del “consenso social”. Como ya apuntamos, no solamente la clase política, sino la opinión pública era más favorable a prohibir la quema de banderas e incluso a convertir la prohibición en una enmienda constitucional. Los hechos ocurridos desde la sentencia *Johnson* confirmaban la importancia de la protección de la bandera para la sociedad estadounidense: no era un tema técnico ni de escasa trascendencia. No obstante, la opinión de la Corte no cede ante la evidencia:

*We decline the Government's invitation to reassess this conclusion in light of Congress' recent recognition of a purported "national consensus" favoring a prohibition on flag-burning. Even assuming such a consensus exists, any suggestion that the Government's interest in suppressing speech becomes more weighty as popular opposition to that speech grows is foreign to the First Amendment.*⁷⁵

El peso e importancia de los derechos fundamentales no puede depender de un consenso a favor o en contra. La gramática de los derechos exige atender a su contenido esencial y a su connotación en el conjunto del orden democrático. De otra manera, la misma Constitución sería algo hueco, insustancial, sujeto a los vaivenes de la opinión y la emotividad. La interpretación constitucional debe, como ya mencionamos en el tercer apartado, estar atenta a los cambios sociales y a las necesidades históricas; pero sin caer en arbitrios, ni en preferencias sociales. La lectura de la realidad objetiva, histórica, es mucho más fina, mucho más profunda que una mera encuesta de opinión muy útil, quizá, para una campaña electoral.

La parte final de la resolución contiene un párrafo que merece ser transcrito porque cierra con broche de oro el debate un tanto caprichoso que produjo el caso *Texas v. Johnson*:

73 *Ibidem*, p. 316. “*But the mere destruction or disfigurement of a particular physical manifestation of the symbol, without more, does not diminish or otherwise affect the symbol itself in any way.*”

74 *Idem*.

75 *Ibidem*, p. 318.

*If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the Government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable. Punishing desecration of the flag dilutes the very freedom that makes this emblem so revered, and worth revering.*⁷⁶

La aventura no concluyó con esta sentencia. Lo que sí resultaba definitivo era que la vía legislativa no podría ser el medio para tratar de evitar acciones contra la bandera estadounidense. Sin embargo, casi inmediatamente a la decisión, el entonces presidente Bush anunció que propondría una enmienda constitucional más o menos en los siguientes términos: “*The Congress shall have power to prohibit the physical desecration of the flag of the United States.*”⁷⁷ La enmienda no prosperó por no lograr la mayoría calificada requerida para que el Congreso proponga la enmienda en los términos ya señalados del artículo quinto de la Constitución. En el año 2006, en medio del renovado fervor patriótico derivado de la llamada “guerra contra el terrorismo” y todas las implicaciones belicistas que propició la política del presidente George W. Bush (2001-2009), se volvió a plantear la enmienda para prohibir la profanación de la bandera. En esta ocasión la mayoría calificada no fue alcanzada en el Senado.⁷⁸ Lo que sí es un hecho es que las protestas en Estados Unidos por diversos motivos de tipo político o social no han estado exentas de actos incendiarios de la bandera nacional como forma de expresión protegida constitucionalmente. De hecho, el actual Presidente de los Estados Unidos, escribió en la red social Twitter: “no se debería permitir a nadie quemar la bandera estadounidense -si lo hacen, debería haber consecuencias- quizá la pérdida de la ciudadanía o un año en la cárcel.”⁷⁹ Al parecer, el mensaje de Donald Trump fue motivado por una protesta llevada a cabo el 10 de noviembre de 2016, dos días después del triunfo electoral de los republicanos, en una universidad de Massachusetts y que incluyó la quema de una bandera de los Estados Unidos.

Aunque no es el objetivo de esta investigación, creemos importante mencionar otro problema que bien podría ser materia de otro estudio y que ha sido tocado por algunos constitucionalistas tanto estadounidenses como de otros países y ámbitos culturales diversos: el problema de la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema americano. Las sentencias de los casos *Texas v. Johnson* y *United States v. Eichman*, dejaron como secuela en la opinión pública y en muchos representantes de la clase política americana, un impulso reformador de la propia Constitución como respuesta a lo que la Suprema Corte había decidido. Como sostiene Enrico Pascucci de Ponte: “la doctrina norteamericana, como la española, también ha debatido en torno al problema de la existencia o no en la Constitución de 1787 de cláusulas implícitas de intangibilidad-

76 *Ibidem*, p. 319.

77 Urrutia Vélez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 190.

78 “*Senate opens flag-burning debate*”, *cit.*, (*supra*, nota núm 70).

79 “Trump: Quemar la bandera de EE.UU. debería conllevar la pérdida de la ciudadanía”, *ABC Internacional*, 29 de noviembre de 2016, en http://www.abc.es/internacional/abci-trump-quemar-bandera-eeuu-deberia-conllevar-perdida-ciudadania-201611292019_noticia.html (27 de abril de 2018).

d".⁸⁰ Algunos autores han interpretado que ciertos derechos fundamentales como el de libertad de expresión o el de protección de la ley en condiciones de igualdad, serían inmodificables por enmiendas posteriores. Otros estudiosos, en cambio, esgrimen la objeción de que si se aceptara un núcleo material intangible en la Constitución se estaría limitando la soberanía popular ejercida a través del Poder Reformador, y se le estaría transfiriendo a la Suprema Corte, un órgano carente de legitimidad democrática.⁸¹ Sin embargo, los constitucionalistas que creen en la presencia de un núcleo intangible se niegan a aceptar que una enmienda pueda llevar a dañar la dignidad humana como principio básico del orden constitucional.⁸²

Leonardo Pietro Antonelli, compila también diversas opiniones en torno a la razón de ser y al futuro de la supremacía judicial en Estados Unidos como intérprete de la Constitución. Una de ellas considera que la supremacía judicial se basa en un diseño institucional que precisa de un órgano que defina el significado de las disposiciones constitucionales. Esta función se vuelve más necesaria en un mundo lleno de desacuerdos morales y políticos y con disposiciones constitucionales que requieren una interpretación abierta.⁸³ Además de la típica crítica que aprecia la mayoría legislativa como principio legitimador antes que los jueces no elegidos democráticamente, Antonelli menciona también el movimiento del constitucionalismo popular norteamericano que buscaría empoderar más al pueblo, a través de sus instituciones democráticas en la interpretación constitucional. Según esta corriente, la *judicial review* ha producido más perjuicios que beneficios porque ha privado al pueblo de un sentimiento de responsabilidad en lo que atañe a la interpretación de la Constitución.⁸⁴

Cabe concluir que la Suprema Corte nunca ha invalidado o declarado inconstitucional una enmienda, aunque en ciertos casos ha dado una interpretación restrictiva de algunas de ellas lo que evidencia cierta desconfianza hacia los objetivos de aquéllas.⁸⁵

Nos resta mencionar que la sentencia *Texas v. Johnson*, así como la subsiguiente *United States v. Eichman*, han trascendido la frontera norteamericana y han influido en otras cortes constitucionales. Un ejemplo es Colombia, cuyo Tribunal Constitucional recurrió a ambos precedentes para resolver la inconstitucionalidad del artículo 461 del Código Penal que sancionaba con una multa el ultraje la bandera, el himno o el escudo de aquel país.⁸⁶

80 *Op.cit.*, p. 9.

81 *Idem.*

82 *Ibidem*, pp. 9-10. Uno de los ejemplos referidos por Pascucci es el de Walter F. Murphy que defiende la presencia de límites implícitos que puedan condicionar aquellos cambios constitucionales que tengan la capacidad de menoscabar el principio de dignidad humana.

83 *Correção legislativa da jurisprudência: Uma análise das emendas constitucionais em matéria tributária*, Río de Janeiro, editoria JC, 2015, p. 52.

84 *Ibidem*, p. 53.

85 Pascucci del Ponte, Enrico, *op.cit.*, p. 16.

86 Sentencia C-575/09, sobre todo pp. 31-32, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-575-09.htm> (17 de mayo de 2018). En cuanto al influjo de la doctrina norteamericana

6. CONSIDERACIONES FINALES

La expresión simbólica como objeto de protección de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos requirió toda una senda procesal de aproximadamente sesenta años, en los que la Suprema Corte se enfrentó con realidades que suponían la transmisión de un mensaje a terceros a través de un medio simbólico efectivo para ello. El símbolo es más que un signo porque no solamente transmite conceptos, sino experiencias vitales; conlleva muchas veces una fuerza persuasiva mucho más fuerte que los escritos y las palabras. En todo el razonamiento de la Suprema Corte -desde *Stromberg* hasta *Eichman*- se advierte la seriedad con la que se afrontan expresiones que pertenecen al núcleo esencial del derecho de libertad de expresión al ser parte del lenguaje humano. Ningún interés gubernamental puede estar directamente dirigido a la supresión de este derecho. Si nos fijamos bien, cuando los defensores a ultranza del valor de la bandera como símbolo nacional pretenden convertirla en un principio supremo, están monopolizando en ella su visión unilateral de lo que debe ser su país. Más que simplemente manifestar un desacuerdo con el rumbo político del entonces gobierno estadounidense, Lee Johnson así como otros protagonistas de profanaciones de los símbolos patrios, están expresando en profundidad su desacuerdo con dicha visión monopólica de lo que deban ser los valores característicos de la Nación. Si algo define a la democracia es, precisamente, dar cabida a distintas maneras de concebir la realidad misma y la propia vocación nacional.

Otro aspecto interesante es la firmeza que la Corte Suprema demostró en el caso. En coherencia con sus propios precedentes desarrolló y afinó su doctrina sobre el lenguaje simbólico y no cayó en el juego de la simple emotividad social. Esto es importante porque las cortes constitucionales en su hermenéutica median entre el texto y la realidad en sus dimensiones profundas, pero no pueden, ni deben, traicionar el texto a favor de un fervor o sentimiento pasajero que pueda presentarse en la opinión pública mayoritaria del

sobre el lenguaje simbólico protegido, Jorge Climent Gallart concluye: “la tesis del lenguaje simbólico mantenida por el Tribunal Supremo Norteamericano ha tenido amplio acogimiento por parte del TEDH. No obstante, la mayoría de su Jurisprudencia se refiere a otras expresiones simbólicas, no tanto referido a las banderas. De hecho, nos encontramos ante una única sentencia sobre el *burning flag*, la cual, además, trata el tema de manera tangencial, y otra, referida al uso de una bandera, cuyo único significado atribuido por el Estado es cuestionado por el TEDH.” *Op cit.*, p. 320. En un caso en que se quemó públicamente el retrato de los monarcas españoles Juan Carlos I de Borbón y Sofía de Grecia, el Tribunal Constitucional español desestimó considerar la doctrina de *Texas v. Johnson*, porque sí encontró una incitación al odio y no simplemente una expresión simbólica aislada contra cierto partido o política gubernamental. Los hechos tuvieron lugar en una plaza pública de Gerona durante una manifestación previa a la visita de los Monarcas en el año 2007. Cfr. STC 177/2015 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578> (28 de abril de 2018). Sin embargo, el caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que consideró la conducta de la quema de los retratos como una expresión simbólica protegida bajo el amparo del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por lo que no se trata de un discurso de odio, sino de una crítica política a la institución monárquica. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (3ª. sección), caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, sentencia del 13 de marzo de 2018, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181719>

momento. Por supuesto que cabe la equivocación por parte de los tribunales, por supuesto también que existen maneras de rectificar e incluso las constituciones prevén medios para asegurar la sustitución de juzgadores que no cumplan con su función primordial; pero no puede aceptarse que los tribunales constitucionales se conviertan simplemente en un reflejo de lo que el arbitrio político o social pretendan. Probablemente, como algunos lo han dicho, el patriotismo norteamericano en torno a la bandera como símbolo de la unidad nacional refleje una inseguridad sobre el rumbo y la misión del propio Estado. Además, un argumento muy claro de la Corte en este caso fue que la profanación de la bandera como una realidad física que detenta valor simbólico no es capaz de destruirlo, sino por el contrario, muchas veces produce un aumento en el fervor ciudadano.

Por otra parte, puede válidamente sospecharse que detrás de esa reacción social, existe toda una carga de emociones que están identificando el ser y el deber ser nacionales con una ideología de partido, normalmente tendiente a afirmar una supremacía americana a costa de las demás naciones, olvidándose de los principios esenciales que definen a los Estados Unidos, el más importante, sin duda, el principio democrático. Baste releer la Declaración de Independencia de las Colonias del 4 de julio de 1776, para caer en la cuenta de que los verdaderos ideales que deben ser defendidos son los derechos inalienables de todos los hombres, creados iguales por su Creador, destacando entre éstos, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos se instituyen entre los hombres para asegurar estos derechos y que obtienen del consentimiento de los gobernados sus limitados poderes.

FUENTES DE CONSULTA

Fuentes bibliográficas y hemerográficas

Barak, Aharon, *Un juez reflexione sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*, trad. de Estefanía Vela Barba, México, Suprema Corte de Justicia, 2008.

Bomboy, Scott, "When Supreme Court Justices argued over the American flag", *Constitution Daily. Smart conversation from the National Constitution Center*, septiembre 27, 2017, <https://constitutioncenter.org/blog/when-supreme-court-justices-argue-over-the-american-flag>

Brennan, William J. Jr, "Construing the Constitution", *UC Davis Law Review*, v. 19, 1985.

Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Climent Gallart, Jorge, "La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Madrid, núm. 28, 2015.

Dean, Alfange, Jr., "Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burning Case," *The Supreme Court Review*, Chicago, vol. 1968, 1968.

Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thompson-Civitas, 2003.

Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*, 7a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2016.

Greenhouse, Linda, "Justices, 5-4, back Protesters' right to burn the flag", *The New York Times*, junio 22, 1989, <http://www.nytimes.com/1989/06/22/us/justices-5-4-back-protesters-right-to-burn-the-flag.html>

Grossi, Paolo, *Prima Lezione del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Hamilton, Alexander, *The Federalist*, No. 78, *Independent Journal*, 1788, http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html

Martínez Medizábal, Ignacio, *El primate que quería volar. Memorias de la especie*, Barcelona, Espasa-Calpe, 2012.

Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, trad. de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Civitas, 1995.

Pascucci De Ponte, Enrico, "Introducción a la reforma de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica", *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, vol. 2, 2004.

— *Periódico Revolución. La voz del Partido Comunista Revolucionario de los Estados Unidos*, no. 344, 10 de julio de 2014, <http://revcom.us/a/344/joey-johnson-25-anos-des-pues-del-fallo-de-la-suprema-corte-sobre-la-quema-de-la-bandera-es.html>

Prieto Antonelli, Leonardo, *Correção legislativa da jurisprudência: Uma análise das emendas constitucionais em materia tributária*, Río de Janeiro, editoria JC, 2015.

Scalia, Antonin y Garner, Bryan A, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West, 2012.

Urrutia Vélez, José Manuel, "La quema y profanación de banderas: análisis del tratamiento que recibe este tipo de expresión en Estados Unidos, Alemania y España", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, vol. 65, núm. 1, 1996.

Vilaro, Ramón, "La convención republicana se inauguró ayer bajo el lema de que los norteamericanos viven mejor ahora que hace cuatro años", *El País*, martes 21 de agosto de 1984, <https://elpais.com/diario/1984/08/21/internacional/461887217-850215.html>.

— "Los republicanos cierran filas en torno a Ronald Reagan. Medidas extremas de seguridad", *El País*, martes 21 de agosto de 1984, https://elpais.com/diario/1984/08/21/internacional/461887204_850215.html

Precedentes judiciales (por orden de citación)

— *Stromberg v. California*, 283 US. 359, http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/283/359/#writingUSSC_CR_0283_0359_ZS

— *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624/>

- *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/367#writing-USSC_CR_0391_0367_ZO
- *Street v. New York*, 394 U.S. 576, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/576>
- *Spence v. Washington* 418 U.S. 405, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/405>
- *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397#writing-USSC_CR_0491_0397_ZO
- *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444#writing-USSC_CR_0395_0444_ZS
- *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/496/310>
- Sentencia C-575/09, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-575-09.htm>
- STC 177/2015, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Stern Taulats y Rowra Capellera c. España*, sentencia del 13 de marzo de 2018, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181719>

Otras páginas web (por orden de citación)

- <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>
- <https://www.biography.com/people/oliver-wendell-holmes-jr-9342405>
- <https://constitutioncenter.org/blog/when-supreme-court-justices-argue-over-the-american-flag>