

La mediación del conflicto constitucional entre la libertad y la igualdad: lo que tenemos que hacer acerca de la expresión de odio

Justin D. Cummins *

INTRODUCCIÓN

Un supuesto fundamental que endereza la naturaleza del debate acerca de la cuestión de la libertad de expresión es que pueda ser neutral y objetivo. En realidad, no es posible ser neutral en un mundo en que hay discriminación y diferencias enormes con respecto al poder y al acceso a los recursos. En este contexto, ser neutral, es decir preservar el *statu quo*, favorecería a aquéllos con más poder y más acceso.¹ Tampoco es posible ser objetivo en un mundo en que las circunstancias, los valores y los presupuestos forman su realidad y, por eso, afectan las interpretaciones y los análisis respecto de cualquier hecho.² La existencia de conflictos dentro de los principios constitucionales de libertad de expresión y de igualdad y entre los dos principios entre sí ilustran más la imposibilidad de la neutralidad y la objetividad. Estas tensiones son más evidentes en el contexto de la expresión de odio.³ Por ejemplo, la expresión de odio puede silenciar a sus destinatarios al intimidarlos o aterrorizarlos y, por eso, puede socavar la libertad de expresión.⁴ Además, como la expresión de odio es un instrumento de subordinación y provoca daños en sus destinatarios, ella puede socavar la igualdad.⁵ Por otro lado, la prohibición de la expresión, en nombre de proteger la igualdad, puede provocar la exclusión de miembros de ciertos grupos, especialmente a aquéllos con menos poder o recursos, de la participación en la vida pública y, por lo tanto, puede socavar la misma igualdad.⁶ Más, evidentemente, el esfuerzo por promover la igualdad mediante

* Abogado, B.A. 1992, Haverford College; J.D. 1997, Universidad de Minnesota; M.A. 1997, Universidad de Minnesota.

El autor agradece, particularmente, a Susana Calleja y a Hernán Gullco por su ayuda generosa e infinita paciencia. S.T.P.

1. Para una crítica de un modo de análisis "neutral", véase, e.g., Kairys, David, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, ed. 1990.

2. Véase, e.g., Mc. Carthy, T. *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, 1978.

3. "Expresión de odio" significa cualquier manifestación mediante la cual se rebaja a otro - o de cualquier manera refiere intolerancia- a causa de la raza, el color, la religión, el género o la orientación sexual del destinatario de la expresión.

4. Véase, e.g., Lawrence, Charles, "If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus", 1990 *DUKE L.J.* 431, 452 (1992). Para una discusión más reciente acerca de la tensión dentro el principio de la libertad de expresión, véase, Fiss, Owen, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, 1996, 19-120.

5. Véase, e.g. Delgado, Richard, "Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling", 17 *HARV. C.R.-C.L. L. REV.*, 133 (1982).

6. Véase e.g. Fiss, *supra* nota 4, en 85.

la regulación de estos tipos de manifestación puede silenciar a ciertos oradores o perspectivas y, por eso, puede socavar la libertad de expresión.⁷

Hay tres marcos teóricos que tratan de manejar la polémica de la expresión de odio: el libertario, el igualitario y el de *compromise*.⁸ Lamentablemente, cada modo de ellos contiene fallas analíticas. Y lo que es peor para el debate acerca de la expresión de odio es que, frecuentemente, los juristas y tribunales privilegian⁹ un marco teórico sobre otro. La consecuencia de esto último es que el análisis y la conclusión correspondiente son determinados por los presupuestos y las prioridades del marco elegido. En otras palabras, privilegiar uno de ellos es igual a decidir el resultado del análisis antes de haberlo empezado.¹⁰

Discutiré ejemplos recientes de pensadores y fallos conocidos que pueden ser encuadrados dentro de los distintos marcos teóricos e ilustraré los principales problemas que en ellos se suscitan. Aunque los juristas y fallos son de los Estados Unidos, el análisis de este ensayo puede extenderse a la Argentina, ya que las Constituciones que rigen ambos países consagran los principios de libertad de expresión¹¹ e igualdad¹² como derechos fundamentales. Consecuentemente, la expresión de odio crea conflictos constitucionales que los juristas y tribunales, tanto de Argentina como de Estados Unidos, tienen que mediar y resolver.

Después de la discusión de los tres marcos teóricos, describiré un cuarto enfoque, la estrategia de diálogo y, brevemente, mostraré su aplicación. Esta estrategia es diferente, puesto que no privilegia el marco libertario, ni el igualitario e intenta reconciliar el conflicto constitucional entre la libertad de expresión y la igualdad; en otras palabras, no trata ningún principio como un derecho absoluto, ni un principio transcendental que determine la naturaleza y el resultado del análisis. Además de no privilegiar, esta estrategia de diálogo no hace un simple *compromise*¹³ entre los principios que descuidaría las tensiones dentro de ellos. En una frase, este paradigma nuevo media y resuelve el conflicto constitucional al promover el valor que es la fuente y meta de la libertad de expresión y la igualdad: la

7. Véase *infra* notas 51-52 y el texto correspondiente.

8. El concepto de *compromise* puede ser ilustrado mediante el siguiente ejemplo: en un debate, una parte quiere 20 de una cosa y la otra prefiere 40 de la misma cosa; un *compromise* haría que cada uno de ellos aceptara 30.

9. "Privilegiar" significa aceptar, sin pensar críticamente y justificar adecuadamente, una matriz de presupuestos y valores que constituyen un marco teórico, forman su análisis y determinan sus conclusiones por último. Es decir que "privilegiar" es favorecer un marco teórico, por ejemplo el marco libertario o el igualitario, sin justificar o mostrar la validez de sus premisas y los objetivos fundamentales del marco y, por lo tanto, las conclusiones inevitables del análisis desde este marco. Para más discusión de lo que es privilegiar, véase Powell, John, "Worlds Apart: Reconciling Freedom of Speech and Equality", en "The Price We Pay: The Case Against Racist Speech, Hate Propaganda, and Pornography", Laura Lederer & Richard Delgado, eds. 1995, 334-9. Aunque privilegiar produce una sensación de objetividad y neutralidad, en la realidad, oscurece la necesidad de dar razones por fiarse de sus premisas y el uso del marco correspondiente.

10. Véase *infra* notas 32-41, 52-57 y el texto correspondiente.

11. Compárese CONSTITUCION NACIONAL ARGENTINA, Artículos 14 y 31 con U.S. CONSTITUTION, Primera Enmienda.

12. Compárese CONST. NAC. ARG., Artículo 16 con U.S. CONST., Decimocuarta Enmienda.

13. Véase *supra* nota 8.

participación en la vida pública -especialmente en las instituciones críticas, tales como las escuelas, los lugares de trabajo y las organizaciones sociales-. También esta estrategia de diálogo exige que los juristas y tribunales justifiquen su análisis, premisas, metas jurídicas y políticas públicas, explicando porqué son preferibles a los demás. Consecuentemente, este enfoque resuelve las tensiones, dentro de y entre la libertad de expresión y la igualdad, de una manera más abierta y honesta intelectualmente, así como de un modo jurídicamente más útil.¹⁴

I. EL MARCO LIBERTARIO

Los juristas libertarios privilegian¹⁵ el marco libertario porque creen que la libertad de expresión es la clave de la democracia verdadera. Ellos normalmente privilegian este marco teórico por esencializar¹⁶ el concepto de la autonomía.¹⁷ Es decir, como los libertarios piensan que la autonomía es la clave de la libertad de expresión y, por lo tanto, de la democracia, tratan a este concepto como una verdad universal con cual pueden resolver cualquier problema o conflicto. El Profesor Massey da un ejemplo moderno de esta forma de pensar y analizar. Él declara, sin comprobarlo, que la autonomía y, por implicación, la libertad de expresión, son las fuentes de la democracia verdadera:

“Los partidarios de una posición igualitaria, que están a favor de la represión, exigen que el discurso público necesario para el autogobierno esté regulado y purificado para proteger las identidades *prepolíticas* de los participantes. De este modo, destruirán el concepto de autonomía que es decisivo a cualquier reclamo de autogobierno democrático”.¹⁸

Hay tres problemas principales con la esencialización de la autonomía y, por lo tanto, en el marco igualitario. Primero, como el Profesor Massey ejemplifica, los libertarios analizan la cuestión como si sólo hubiera una concepción de autonomía, a la que definen, de un modo muy limitado, como el derecho a expresarse libremente y seguir los propios objetivos sin intromisión de actores institucionales. En realidad hay diversas maneras de entender este

14. Para un análisis parecido, pero más amplio, véase Powell, John, “*Worlds Apart ...*” *supra* nota 9.

15. Véase *supra* nota 9.

16. “Eseñcializar” significa tratar un principio o valor como si fuera el más importante de todos y como si ofreciera el estándar singular o la única guía por la cual se pudiera analizar cuestiones y resolver ambigüedades sin reparar en el contexto. También es pensar que hay solamente un significado del concepto; es decir que se piensa que el principio tiene un significado universal y transcendental. La tendencia a esencializar origina del *Cartesian Anxiety* -el deseo y, aún, la necesidad de tener certidumbre y previsibilidad en el mundo-. Véase, en general, Bernstein, Richard, *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis*, 1983. Por eso, aquéllos que sufren del *Cartesian Anxiety* -la mayoría de la civilización occidental- buscan un *Archimedean Point*—un punto de referencia universal y transcendental, por el cual puedan analizar y entender los asuntos humanos y el mundo en general. *Id.* Para los libertarios, el *Archimedean Point* es la autonomía.

17. Para unos de los primeros ejemplos de esta perspectiva, véase, e.g., Mill, John Stuart, *On liberty*, 1859. Véase, también, Emerson, Thomas, “*Toward a General Theory of the First Amendment*,” 72 *YALE L.J.*, 877 (1963).

18. Massey, Calvin “*Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*”, 40 *U.C.L.A. L. REV.* 103, 163 (1992).

concepto. Por ejemplo, muchas pensadoras feministas, especialmente las radicales, entienden el significado de la autonomía como el derecho de llegar a ser y continuar siendo quien se quiere.¹⁹ Las feministas creen que esta autorrealización de uno mismo es un requisito previo de la autonomía que los libertarios intentan proteger. Los comunitarios, en cambio, normalmente piensan que la autonomía significa la libertad de ser en conexión con los otros y participar en la vida comunal.²⁰ Los liberales, en general, creen que la autonomía es el producto de hacer cumplir las leyes justas. En contraste con las feministas, estas últimas suponen que la identidad ya se encuentra constituida. Las leyes justas, por eso, previenen la pérdida de uno mismo y su autonomía.²¹ Un quinto concepto de la autonomía -al que adhieren aún algunos libertarios, como el Profesor Baker-, reconoce la importancia de la igualdad e incluye la idea de libertad a participar de maneras significativas, sin coerción u otros obstáculos.²² Esta última concepción es la más útil en el contexto de la expresión de odio porque incluye elementos de los dos principios constitucionales en juego. Exploraré más este tema, en el Capítulo IV, al tratar la discusión relativa al valor de la participación.

Aún si no hubiera un concepto de autonomía que fuera más útil, todavía el Profesor Massey y otros libertarios necesitarían justificar, es decir ofrecer razones, de porque deberíamos adherir a su posición. Desgraciadamente ni él, ni aquéllos que analizan dentro del marco libertario, lo hacen. Su fracaso al justificar indica un modo de pensar incompleto sobre las tensiones existentes dentro del propio principio de libertad de expresión. Además, al adherir a una definición de autonomía tan limitada, el Profesor Massey, y quienes se inclinan por esta postura, pueden desatender la fuerza de la coerción en la sociedad y como ella continúa socavando aún más su concepción de autonomía, la libertad de expresión y la igualdad.²³

El segundo problema con la esencialización de la autonomía, especialmente con una definición tan limitada, es que automáticamente invierten la carga de la prueba sin el ofrecimiento de una razón suficiente.²⁴ La esencialización de la

19. Véase, e.g., West, Robin, "Jurisprudence and Gender" en "Feminist Legal Theory: Foundations" 86-87, D. Weisberg, ed. 1993.

20. Véase, e.g., Michelmann, Frank, "Universities, Racist Speech and Democracy in America: An Essay for the ACLU", 27 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 339, 347-53 (1992).

21. Véase, e.g., Rawls, John, *A Theory of Justice*, 1971, 513-19.

22. Véase, e.g. Baker, C., *Human Liberty and Free Speech* (1989). Aun el presidente del la Unión de las Libertades Civiles Americanas (A.C.L.U.) reconoce la importancia de la igualdad. Véase, e.g. Strossen, Nadine, "Regulating Sexual Harassment and Upholding the First Amendment—Avoiding a Collision Course", 37 VILL. L. REV., 757 (1992).

23. Véase, e.g., Lawrence, Charles, "Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment" 37 VILL. L. Rev. 787 (1993).

24. El concepto de "inversión de carga de la prueba" está bien establecido en la jurisprudencia penal y de daños en los Estados Unidos. La idea básica es que cuando un lado ofrece bastante prueba de la verdad de sus argumentos en un juicio penal o de daños, el otro lado tiene la responsabilidad ofrecer prueba en contrario. Si este otro lado no ofrece suficiente prueba, la corte resolverá el juicio en favor del lado que cambió la carga de prueba inicialmente. En el contexto de la discusión de este ensayo, un cambio de la carga de prueba se refiere a la dinámica que aparece cuando se esencializa un concepto, tal como la autonomía, se cambia automáticamente la responsabilidad de probar que otros conceptos y marcos teóricos son los legítimos. En contraste al cambio en los juicios penales y de daños, el cambio en el debate sobre la expresión de odio no ocurre a causa del ofrecimiento de prueba, sino a causa de la esencialización, nada más. Por eso este cambio de la carga de prueba no es problemático, sino deshonesto analíticamente.

autonomía cambia la carga de probar, específicamente, la legitimidad de otros principios -por ejemplo la igualdad o el derecho a ser libre de la discriminación- y la constitucionalidad de cualquier política o ley que proteja o promueva estos otros principios -por ejemplo una ley que regule algunas formas de expresión de odio-. La esencialización de la autonomía que el Profesor Massey y otros adoptan en el marco libertario modifica la carga de la prueba, porque dicha esencialización incluye la creencia de que la expresión, sin regulaciones, promueve la autonomía, la libertad de expresión y la democracia verdadera.²⁵ Según este marco, a menos que alguien pueda probar que una determinada forma de expresión provoca daños, el gobierno tiene que permitir que todas las formas de expresión compitan entre sí en el discurso público.

El corolario de esta esencialización de la autonomía es, por eso, una metáfora del mercado de las ideas. Esta metáfora dice que la mejor forma de promover la libertad de expresión y la democracia es mediante la competencia libre de las ideas, en un ambiente sin regulación, porque serán las mejores ideas y expresiones las que, finalmente, se impondrán.²⁶ Sin embargo, hay dos fallas importantes en esta metáfora. Primero, el mercado de las ideas da una representación incompleta sobre lo que realmente pasa. Como en los mercados de capital, el mercado de las ideas está lleno de la irracionalidad, de discriminación, de diferencias enormes con respecto al acceso a los recursos y de otras fuerzas que tuercen los procesos decisionales y transaccionales. En otras palabras, aquéllos con más poder y recursos tienen una gran ventaja, así que sus ideas, aunque no sean las mejores, en general triunfan. Por lo tanto, la metáfora del mercado no funciona para promover la libertad de expresión, aún sus propios términos. Segundo, esta metáfora y la esencialización correspondiente de la autonomía socavan la igualdad y la justicia, porque imponen la carga de mostrar los problemas con ciertas formas de expresión en ciertos grupos de la población, tales como los negros, los indígenas, los judíos, los asiáticos y las mujeres, que, históricamente, han sido y continúan siendo las víctimas de la discriminación y la exclusión de los pasillos del poder, tanto en América del Norte como en América del Sur. En otras palabras, la carga de probar se desplaza a aquéllos que, a causa de los efectos de la discriminación y exclusión en el pasado y el presente, están en peores condiciones de soportarla.

El tercer problema con la esencialización de la autonomía y el marco libertario es que ellos crean preocupaciones artificiales de *Bright Line*²⁷ y *Slippery Slope*.²⁸ El Profesor Massey, por ejemplo, plantea el espectro de *Bright Line* y *Slippery Slope* al advertir que la regulación de la expresión de odio haría la siguiente:

25. Véase, e.g., Massey, *supra* nota 18, en 110-12.

26. Véase, e.g., Strossen, *supra* nota 22, en 771-72.

27. *Bright Line* significa un estándar cierto o norma clara. El temor es que si se oscurece el *Bright Line*, por ejemplo, por permitir excepciones o tomar en cuenta el contexto, la objetividad, la neutralidad y, por último, el sistema jurídico sufrirán. Para una discusión de la imposibilidad de la objetividad y la neutralidad véase *supra* notas 1-7 y el texto correspondiente.

28. *Slippery Slope* describe un fenómeno parecido al de *Bright Line*. La creencia es que si se permite una excepción con respecto a un principio o un concepto, tal como la regulación de

“abriría la puerta a formas de autoritarismo cultural que pueden tener objetivos muchos menos benignos que prevenir los puercos vituperios de los racistas. Aunque ciertamente bien significado, esta empresa amenaza la erosión lenta de los pilares en los cuales el autogobierno autónomo ha sido erigido”.²⁹

Esta afirmación, si bien constituye una premonición de mal agüero, no aborda una cuestión sumamente importante que es porque el *Bright Line*, es decir los parámetros de la expresión aceptable, está definido como está. Por eso, no muestra adecuadamente cómo la regulación de la expresión de odio, en términos reales, podría destruir la libertad de expresión y la democracia. Además el Profesor Massey, como otros del marco libertario, evita examinar críticamente la cuestión de porque su versión de la autonomía es el estándar que está en la cima del *Slippery Slope*.³⁰ Consecuentemente, ellos no prueban suficientemente el peligro de la regulación de la expresión de odio y de la libertad de expresión. En otras palabras, que la regulación pueda afectar la autonomía, como los libertarios la definen, no significa necesariamente que dicha regulación pueda alterar la libertad de expresión o la democracia. Como el Profesor Schauer ha notado, los libertarios crean preocupaciones de *Bright Line* y *Slippery Slope*, intencionalmente o no, para detener prematuramente el análisis verdadero.³¹

Un fallo reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *R.A.V. v. St. Paul, Minnesota*,³² ofrece un ejemplo gráfico de cómo se privilegia³³ el marco libertario, además de esencializar la autonomía. Al resolver en contra de la ordenanza municipal, la Corte privilegia el marco libertario en varios aspectos, todas las cuáles tuercen el análisis en favor de la libertad de expresión y eso significa que la Corte ha resuelto contra la ordenanza antes de evaluar el juicio. Se debe notar que aunque la Corte usa otros métodos para privilegiar en otros fallos, la dinámica del problema es la misma que en *R.A.V.*: la Corte elige un marco teórico, sin justificación adecuada, que define los términos del debate y, por último, dicta el resultado de dicho análisis.

un tipo de la expresión de odio, se empezará a andar por un camino peligroso, porque no habrá una manera verdadera de saber cuándo parar permitiendo excepciones. El resultado, supuestamente, es un principio débil o un concepto oscuro. En suma, el temor es que la concesión de una excepción a la protección absoluta de la libertad de expresión abrirá la puerta para muchas más, que, juntas, destruirán la libertad de expresión o socavarán el concepto de autonomía. Una falla obvia con este punto de vista es que ya el gobierno y los tribunales estadounidenses y argentinos regulan algunas formas de la expresión, tales como el falso testimonio y la injuria. A pesar de esta regulación, tenemos un principio muy fuerte de libertad de expresión; así que la verdadera cuestión no es si regulamos, sino cuándo (y cómo). Para más discusión de este tema, véase, en general, Powell, *supra* nota 9.

29. Massey, *supra* nota 18, en 197.

30. El *Slippery Slope* se refiere a la imagen metafórica de un cerro, en cuya cima está el concepto -en este caso la autonomía-, que da el estándar para cualquier análisis. La metáfora significa que si el concepto está mudado en la falda, aún un poquito, queda comprometido o modificado y no se puede regresar a la posición original. Consecuentemente, según esta metáfora, el análisis honesto y los principios fundamentales -en este caso la libertad de expresión- estarán socavados. Véase *supra* nota 28.

31. Véase, e.g. Bollinger, Lee, “*The Tolerant Society*”, 1986.

32. 112 S.Ct. 2538 (1993).

33. Véase *supra* nota 9.

Primero, en *R.A.V.* la Corte privilegia al plantear el caso, únicamente, como una cuestión de libertad de expresión y censura, aunque el asunto también se pueda entender, fácil y lógicamente, como una cuestión de la igualdad.³⁴ Los acusados en *R.A.V.* estaban procesados bajo una ordenanza municipal de St. Paul que prohibía la expresión de odio. Durante la noche, los acusados colocaron una cruz en llamas, en el jardín, frente a la casa de una familia negra que recientemente se había mudado a un barrio blanco. Históricamente, tal acción ha sido usado para aterrorizar, silenciar y -lo más importante- subordinar a los negros, que habían tenido la “audacia” de mudarse a un barrio blanco o hablar contra su tratamiento desigual. La caracterización del juicio como un caso que afectaba sólo la libertad de expresión, a pesar de sus hechos materiales, permite, entonces, a la Corte parecer fiel a la doctrina constitucional y al concepto de neutralidad al ignorar el tema de la igualdad y resolver el caso en favor del principio elegido.

Segundo, la Corte agita el espectro de la censura, aunque reconoce que es importante proteger a miembros de grupos oprimidos tradicionalmente y su *status* como ciudadanos iguales.³⁵ Este argumento de censura tiene dos problemas. Por una parte, no reconoce el hecho que las expresiones y prácticas discriminatorias silencian o, en rigor de la verdad, censuran a sus destinatarios. En otras palabras, hay censura en la práctica. La cuestión, entonces, es determinar cuáles voces estarán reguladas: las de odio o las de las personas que han sido marginadas por la discriminación. Tampoco este argumento especifica que daño concreto resultaría de la regulación de la expresión de odio, ni que significa “censura” en términos reales. La Corte simplemente invoca la amenaza de censura para evitar el examen de daños a otros intereses, en este caso, daños a los intereses igualitarios provocados por la discriminación histórica y actual.

Tercero, la Corte analiza la expresión a través de lentes ahistóricos que desatienden cuestiones de igualdad y otros principios. Por ejemplo, al criticar la prohibición de efectuar expresiones de desprecio a otros a causa de su raza, color, religión o género, contenida en la ordenanza, la Corte ridiculiza los esfuerzos de St. Paul para reparar los daños que han sido inflingidos a través de la historia de la expresión de odio: «St. Paul no tiene ninguna autoridad para autorizar, por un lado del debate, la lucha libre, mientras exige por el otro seguir las reglas del Marquis de Queensbury.»³⁶ Al caracterizar la ordenanza en tales términos, la Corte puede parecer razonable y lógica al favorecer la libertad de expresión.

Cuarto, la Corte minimiza los daños concretos -tales como el dolor emocional, hipertensión y menos acceso a instituciones importantes, como

34. El Profesor Lawrence critica fuertemente a la Corte con respecto a esta manera de privilegiar. «La Corte no estaba preocupada con cómo el ataque puede impedir el ejercicio del derecho constitucional de los Jones a ser participantes completos y apreciados en la comunidad política, porque no examinaba *R.A.V.* como un juicio sobre el daño a los Jones. En cambio, la Corte estaba preocupada primeramente con el supuesto daño constitucional a aquéllos que asaltaron a los Jones, es decir, los derechos de la Primera Enmienda de quemadores de cruces.» Lawrence, *supra* nota 23, en 788-89.

35. *R.A.V.*, 112 S.Ct. en 2549.

36. *R.A.V.*, 112 S.Ct. en 2548.

lugares de trabajo-, a causa del estigma que la expresión de odio puede provocar.³⁷ De hecho, no admite que la expresión de odio puede causar daños reales al principio de la igualdad o cualquier otro principio o interés.³⁸ Esta postura permite a la Corte mantener una falsa imagen de objetividad, aún cuando forma su análisis en favor de la libertad de expresión.

Quinto, la Corte usa el análisis de *Content Neutral*³⁹ de una manera que excluye cualquier consideración de la igualdad. Su insistencia en que la ordenanza tiene que ser *Content Neutral*, a pesar de reconocer que la quema de cruces no es una expresión protegida por la Constitución, tal vez muestre la manera más gráfica de privilegiar del marco libertario. La Corte analiza como si el argumento de *Content Neutral*, del modo en que lo aplica, fuera neutral de valor y como si la única conclusión lógica e inevitable fuera invalidar la ordenanza de St. Paul.⁴⁰ En realidad, la forma de análisis de *Content Neutral* que la Corte usa no es valorativamente neutral: ignora completamente la cuestión de la igualdad aunque la norma de *Content Neutral*, entendida correctamente, exista también para proteger la igualdad.⁴¹

II. EL MARCO IGUALITARIO

Los igualitarios, al igual que los libertarios, privilegian⁴² por esencializar.⁴³ Ellos privilegian el marco igualitario porque piensan que la igualdad, en vez de la libertad de expresión, es la clave para la democracia verdadera. Los igualitarios esencializan el concepto de “antibordinación”,⁴⁴ en vez del concepto de autonomía, porque creen que éste es la clave para la igualdad verdadera y por lo tanto a la democracia. Es decir que los igualitarios tratan el concepto de antibordinación como el valor fundamental para todo, con el cual hay que resolver cualquier cuestión o conflicto entre principios.

El Profesor Lawrence da una de las expresiones más conmovedoras de la perspectiva igualitaria. Aunque argumenta elocuentemente que él esencializa la antibordinación y, por implicación, privilegia el marco igualitario. Por ejemplo, para el Profesor Lawrence la libertad de expresión se expresa de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos como una cuestión de

37. R.A.V., 112 S.Ct. en 2549.

38. *Id.* Para un ejemplo más gráfico, véase Strossen, *supra* nota 22, en 772-73.

39. El requisito de *Content Neutral* significa que cualquier regulación de expresión no tiene que ser a causa del contenido específico de la expresión.

40. R.A.V., 112 S.Ct. en 2549.

41. *Content Neutral* previene al gobierno o actores poderosos de discriminar a miembros de grupos menos poderosos al prevenir la supresión de las voces de estas personas marginalizadas y su participación en la vida pública. Véase *e.g.* Police Department of the City of Chicago v. Mosely, 408 U.S. 92, 96 (1972) -citando A. Meikeljohn *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* 27 (1948). Véase también Geoffrey Stone, “Content Regulation and the First Amendment”, 25 *WM L. Rev.* 189, 201 (1983); Ken Karst “Equality and the First Amendment”, 43 *U. Chi. L. Rev.* 20, 29-35 (1975).

42. Véase *supra* nota 9.

43. Véase *supra* nota 16.

44. Antibordinación significa la prohibición de la opresión y la desigualdad. Bajo este concepto, en la práctica, las leyes y acciones que subordinan tienen que ser anuladas y prohibidas. En cambio, deben adoptarse las leyes y acciones que promueven la igualdad de todos.

antisubordinación por último: «Si estamos comprometidos verdaderamente con la libertad de expresión, la doctrina de la Primera Enmienda tiene que estar guiada por el concepto de la antisubordinación. No puede haber libertad de expresión alguna donde hay amos y esclavos.»⁴⁵ Por eso, el concepto esencializado de antisubordinación del Profesor Lawrence, tal como ellos lo aplican, funciona como el *Archimedean Point*.⁴⁶ En otras palabras, el Profesor Lawrence usa el concepto de antisubordinación como el Profesor Massey utiliza la definición de autonomía, para establecer los términos de su análisis y «resolver» los conflictos entre la libertad de expresión y la igualdad.

Hay dos problemas importantes con la esencialización de la antisubordinación y, por eso, en el marco igualitario. Primero, como el Profesor Lawrence ejemplifica, los igualitarios analizan como si sólo hubiera un significado o sentido de antisubordinación (al igual que el Profesor Massey usa su concepción de la autonomía como si esa fuera la única definición del concepto). Para ser honestos intelectualmente, el Profesor Lawrence y otros pensadores de este marco teórico, tienen que definir en términos concretos el significado de su concepción de la antisubordinación. Por ejemplo, su afirmación podría interpretarse como que el gobierno tiene la responsabilidad afirmativa de crear la igualdad verdadera para todos, en cualquier sector de la sociedad, o simplemente, que tiene la obligación de impedir la opresión institucional.⁴⁷ También el Profesor Lawrence y los igualitarios tienen que explicar porque su concepto de la antisubordinación, en vez de otro, debe ser el que los tribunales y juristas adopten.

El segundo inconveniente con la esencialización de la antisubordinación es el mismo que se refiriera en relación con el marco libertario: la inversión de la carga de la prueba.⁴⁸ En este contexto, el lugar que allí ocupa la autonomía, aquí está ocupado por la antisubordinación.⁴⁹ Este cambio es problemático, porque el Profesor Lawrence lo hace sin justificación o explicación, limitándose a decir que la antisubordinación es el valor más importante.⁵⁰ Además, los grupos que el Profesor Lawrence y otros igualitarios intentan ayudar, al promover la antisubordinación por medio de la regulación de la expresión, frecuentemente terminan siendo perjudicados por sus esfuerzos.⁵¹ Por ejemplo, la mayoría de los acusados por infracción a los códigos de expresión de las universidades⁵² son negros e hispanos, no neo-nazis. En otros términos, la inversión de la carga por la esencialización de la antisubordinación impide una evaluación crítica y una mejor aplicación del dicho principio, los que podrían evitar las consecuencias perversas que han ocurrido después de la promulgación de los códigos de expresión.

45. Lawrence, *supra* nota 23, en 804.

46. Véase *supra* nota 16.

47. “Opresión institucional” significa desigualdad creada o mantenida por el gobierno u otras entidades oficiales.

48. Véase *supra* notas 23-24 y el texto correspondiente.

49. Véase e.g. Lawrence, *supra* nota 23, 795-6 y 804.

50. *Id.* en 804.

51. Véase e.g., Strossen, *supra* nota 22, en 778-79.

52. Algunas universidades, tales como las de Michigan, Stanford y Wisconsin, han promulgado reglas que prohíben la expresión racista, sexista y otras formas de expresiones de intolerancia.

Un fallo reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos da una ilustración clara de cómo se privilegia⁵³ el marco igualitario. En *Harris v. Forklift Systems, Inc.*,⁵⁴ una empleada inició un juicio en respuesta a muchos insultos e indirectas sexuales que, frecuentemente, el presidente de la empresa le había hecho. Además de esencializar, la Corte privilegia el marco igualitario en un gran sentido, lo cual significa que ella ha decidido el resultado en favor de la igualdad y la demandante, aún antes de analizar el juicio. Específicamente, la Corte considera el caso únicamente como una cuestión de la igualdad, aunque los hechos a decidir indican que hay cuestiones de la libertad de expresión. La Corte hace esto al analizar el acoso sexual por parte del acusado como conducta solamente,⁵⁵ a pesar del hecho de que mucha de la persecución sexual estaba constituida por comentarios hostiles; en otras palabras, por la expresión. Por ejemplo, la «conducta» del acusado incluía expresiones tales como: «Vamos al Holiday Inn para negociar un aumento en tu sueldo»;⁵⁶ «!!!!Que chica boluda!»⁵⁷ Al resolver en favor de la demandante, la Corte ni siquiera menciona el asunto de la libertad de expresión. Por lo tanto, la Corte puede parecer objetiva cuando favorece la igualdad y desatiende cuestiones acerca de la libertad de expresión.

En suma, mientras en *R.A.V.* la Primera Enmienda es el *Archimedean Point*⁵⁸ que dicta el entendimiento del caso y la naturaleza del Análisis, en *Harris* la Decimocuarta Enmienda por vía de Título VII es el *Archimedean Point* que determina la concepción del juicio.⁵⁹ En ambos casos, entonces, la Corte privilegia,⁶⁰ un marco teórico y, consecuentemente, concluye el análisis antes de empezar.

III. EL MARCO DE *COMPROMISE* ⁶¹

Un artículo reciente de la Profesora Toni Massaro ejemplifica el modelo de *compromise*.⁶² A diferencia de los juristas que adhieren al marco libertario o igualitario, la Profesora Massaro y quienes son partidarios del marco de *compromise*, reconocen que existen tensiones entre la libertad de expresión y la igualdad y tratan de lograr un *compromise* entre los dos principios.⁶³ Estos juristas entienden la importancia del contexto y de las herencias históricas que afectan el impacto de la expresión, especialmente en miembros de grupos subordinados tales como los negros, los indígenas, los judíos, los asiáticos y

53. Véase *supra* nota 9.

54. 114 S.Ct. 367 (1993).

55. Harris, 114 S.Ct. en 370-71.

56. Harris, 114 S.Ct. en 371.

57. *Id.*

58. Véase *supra* nota 16.

59. Harris, 114 S.Ct. en 370-71.

60. Véase *supra* nota 9.

61. Véase *supra* nota 8.

62. Massaro, Toni, "Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma", 32 WM. & MARY L. REV. 211 (1991). Véase, también, Post, Robert, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", 32 WM. & MARY L. REV. 267 (1991).

63. Véase e.g. Massaro, *supra* nota 62, en 212.

las mujeres.⁶⁴ Además, la Profesora Massaro y otros partidarios de su postura reconocen que las palabras pueden infligir daños concretos y socavar la igualdad.⁶⁵ Por esas razones, los juristas del marco del *compromise* abogan por la regulación de ciertas formas de expresión de odio. La Profesora Massaro resume sucintamente la naturaleza de tal regulación:

“Las propuestas de *compromise* comparten las características comunes de ser de alcance estricto, contexto-específico y estrechamente vinculado a la doctrina de *fighting words* y/o el daño de la imposición deliberada de dolor emocional. En esencia, las propuestas intentan regular la difamación específica y deliberada de una persona o un grupo pequeño de personas en un encuentro **cara a cara** sobre la base de la característica protegida». ⁶⁶

A pesar de su esfuerzo por llegar a un *compromise*, sus partidarios, frecuentemente, permiten que su preocupación con proteger la libertad de expresión eclipse su preocupación por la igualdad.⁶⁷ La Profesora Massaro y otros juristas de este marco subestiman, casi tanto como los libertarios, el grado de daño que la expresión de odio puede causar y la discriminación y desigualdad que dicha expresión puede perpetuar. Por ejemplo, ella explica que la expresión de odio, que puede ser interpretada como calumnia de grupo, no tiene que ser regulada porque, aunque los estereotipos son deshumanizantes, «también son parte de un marco ideológico.»⁶⁸

Además de minimizar el grado de los daños, los partidarios del *compromise* subestiman el efecto que puede causar el silenciamiento de la expresión.⁶⁹ De hecho, la Profesora Massaro, así como otros partidarios del *compromise*, formula todo el debate sólo en términos de expresión. Ella empieza su discusión con una demanda por «un equilibrio apropiado entre las exigencias fuertes del *discurso civil* y las exigencias fuertes de la *expresión ilimitada*.⁷⁰ Su formulación del debate en tales términos es problemática porque representa cuestiones de la igualdad en términos de «discurso civil», como si lo mejor que pudiéramos hacer para solucionar la discriminación y la igualdad fuera pensar y hablar en una manera más “tolerante”. Esta petición revela que la Profesora Massaro y los juristas de este marco no reconocen la tensión *dentro* del principio de libertad de expresión, porque aún la expresión “tolerante” puede silenciar, además de subordinar.⁷¹ Por eso, quienes así piensan, parecen no darse cuenta que un simple *compromise* no puede resolver adecuadamente el conflicto constitucional entre la libertad de expresión y la igualdad. También la súplica por la tolerancia da a entender que no hay manera alguna de distinguir verdaderamente entre la expresión protegida y prohibida sin ser arbitrario. El corolario de este punto de

64. Véase., e.g., Massaro, *supra* nota 62, en 254.

65. *Id.*

66. *Id.* en 249.

67. Véase e.g., Massaro, *supra* nota 62, en 254.

68. *Id.* en 255.

69. Véase e.g., Massaro, *supra* nota 62, en 263.

70. *Id.* en 217 (énfasis añadido).

71. Véase e.g., Lawrence, *supra* nota 23.

vista es que tenemos que trabajar por la “civilidad». Sin conocimientos sustantivos que resulten de la interacción dialógica⁷² -lo que sucede bajo una estrategia de diálogo- *entre* y *dentro* de los principios de libertad de expresión e igualdad, la “civilidad” será un objetivo vacío. Es decir que la “civilidad” no significará, ni servirá para nada, en tanto las tensiones *dentro de* y *entre* ambos principios no sean identificadas. Exploraré este tema más en la Parte IV.

IV. UNA ESTRATEGIA DE DIÁLOGO

El Profesor Powell ha escrito palabras profundas que describen la esencia de la visión detrás de la estrategia de diálogo:

“Tenemos que evitar la suposición de que hay una fundamentación objetiva que se releva al abordar la otra. Tenemos que abstenernos de rendimos prematuramente, de declarar que no hay ninguna manera de comunicar una con la otra, ni posibilidad de encontrar o crear un lenguaje común y compartido. Tenemos que evitar las ilusiones complementarias de creer que somos radicalmente lo mismo o radicalmente diferentes. Tenemos que estar recelosos de la dominación que se esconde detrás del radical relativismo o el radical objetivismo.

*Es porque somos ambos lo mismo y diferentes en que el diálogo es necesario y posible”.*⁷³

Para iniciar y mantener un diálogo significativo y útil, los juristas y tribunales de América del Norte y del Sur tienen que comprender el concepto de “incomensurabilidad».⁷⁴ La importancia y utilidad de la incomensurabilidad es lógica en la polémica constitucional respecto del conflicto entre la libertad de expresión y la igualdad. Como la Profesora Stefancic y el Profesor Delgado han observado «ningún valor parece anterior lógicamente al otro; cada uno de ellos es necesario para la expresión completa del otro.»⁷⁵ La comprensión de la idea de la incomensurabilidad es sumamente importante, entonces, porque ella puede liberar a los juristas y tribunales de la trampa conceptual: que se tiene que escoger entre la libertad de expresión y la igualdad.

Al comprender el concepto de la incomensurabilidad y participar en el proceso de diálogo, los juristas y tribunales pueden ampliar la manera de pensar sobre el significado de la interrelación y de la interacción entre los principios constitucionales. También por el proceso de diálogo, los juristas y tribunales

72. Véase nota 9, *infra* notas 73-85 y textos correspondientes.

73. Powell, *supra* nota 9, en 341-42.

74. Cuando dos principios son incomensurables, tienen diferencias y entran en conflicto uno con el otro. “Incomensurabilidad”, de cualquier manera, no significa que los principios son incomparables y que no hay ninguna manera honesta intelectualmente de reconciliar los conflictos sin escoger un principio y rechazar el otro. Por un proceso de diálogo, los miembros de la comunidad que adoptan ambos principios pueden identificar valores, intereses y puntos de referencia en común que incluyen los elementos de fondo de los dos y por eso sintetizan o aun crean un paradigma nuevo que promueve los elementos fundamentales de los dos principios constitucionales. Véase e.g., Bernstein, *supra* nota 16.

75. Stefancic, Jean & Delgado, Richard, “A Shifting Balance: Freedom of Expression and Hate-Speech Restriction”, 78 IOWA L. REV. 737, 750 (1993).

de América del Norte y del Sur pueden ver mejor los conflictos entre los dos principios y, por eso, pueden reconocer que la esencialización de un concepto y el privilegiar el marco correspondiente no son útiles para el análisis de la expresión de odio. Además, el proceso de diálogo revelará más claramente los matices y tensiones dentro de los principios de la libertad de expresión y de la igualdad. Consecuentemente, los juristas y tribunales podrán reconocer que un simple *compromise* entre los dos principios, aún cuando fuera posible, sería insuficiente para mediar y resolver la polémica de la expresión de odio. Ya hay pensadores, tales como la Profesora Stefancic y el Profesor Delgado, que saben esto: «El equilibrio apropiado entre la igualdad y la libertad de expresión puede ser una matriz compleja y cambiante, que incluye varios elementos ...»⁷⁶

Las claves a esta estrategia de diálogo son criterios o puntos de referencia, en vez de un *Archimedean Point*,⁷⁷ definido por la(s) comunidad(es) que está(n) implicada(s) en el debate sobre la expresión de odio.⁷⁸ Estos criterios se desarrollan y cambian por el proceso de diálogo como los valores, las perspectivas y las prioridades se desarrollan y cambian. Ellos forman el estándar flexible y contextualizado, mediante el cual los participantes en el proceso de diálogo pueden evaluar los argumentos en favor de cada teoría o modo de analizar. Consecuentemente, este proceso de evaluación es intersubjetivo; no es «subjetivo» porque hay puntos de referencia o criterios que guían el análisis, ni es «objetivo» porque el estándar es flexible y los criterios pueden cambiar con el contexto, la comunidad y, por supuesto, las cuestiones o fuentes de la polémica.⁷⁹ Los participantes en el proceso de diálogo, por eso, pueden comparar y reflexionar sobre las fuerzas y las debilidades de las premisas, los presupuestos, los principios y las metas de cada modo de analizar en una manera que no es arbitraria, ni demasiado rígida.

El resultado del proceso de diálogo puede ser la aceptación o el rechazo de un modo o aún la creación de un paradigma nuevo que incluye las ventajas de alguno o todos los marcos teóricos. Sin reparar en el resultado, queda un hecho decisivo: los participantes no pueden hacer valer que su teoría o paradigma representa la verdad objetiva y universal mediante la cual se efectúa el análisis y se llega a su conclusión. En otras palabras, los juristas y tribunales no pueden privilegiar un marco teórico o paradigma, ya que tienen que explicar porque emplean su modo de análisis en vez de otro, debe ser aplicado para mediar y resolver el conflicto.

Hoy en día, en el caso de la expresión de odio, existe un criterio sumamente importante y útil que es la participación en la vida pública -particularmente en las instituciones críticas, tales como las escuelas, los lugares de trabajo y las organizaciones sociales-. De cualquier manera, la protección de los intereses participativos no es un *Archimedean Point*, porque el significado de este punto

76. *Id.* en 748.

77. Véase *supra* nota 16

78. Obviamente, “la(s) comunidad(es)” en el contexto de debate, acerca de la expresión de odio se refiere a los juristas, los abogados, y las cortes. Porque la expresión de odio involucra a las Constituciones de los Estados Unidos y la Argentina y tiene consecuencias para ambas sociedades enteras, la(s) comunidad(es) tiene que incluir al público en general.

79. Véase e. g., Bernstein, *supra* nota 16.

de referencia cambiará en tanto cambien la comunidad y los valores y las realidades. De hecho, el criterio de la participación puede cambiar completamente a otro valor dependiendo en la naturaleza del diálogo -por ejemplo, si los participantes deciden que otro valor es mejor- y en el contexto de la polémica. Sin embargo, actualmente, en el contexto de la expresión de odio, la promoción de los intereses participativos es valiosa porque la participación contiene y promueve a ambos, la libertad de expresión y la igualdad,⁸⁰ los cuáles están consagrados en las Constituciones de los Estados Unidos y la Argentina,⁸¹ y continúan siendo esenciales para la preservación y promoción de la democracia verdadera.⁸²

El diálogo y el análisis no tienen que hacerse en abstracto. Los participantes deben considerar los hechos que dieron lugar a la polémica o al juicio, los resultados de polémicas y juicios parecidos, las actividades legislativas del Congreso, el discurso público -en los periódicos serios, las campañas políticas honestas y las revistas intelectuales, por ejemplo- con respecto a la libertad de expresión, la igualdad y la expresión de odio y relaciones raciales y de género, entre otros factores. La realidad, sin embargo, es que ya los juristas y jueces consideran tales factores, concientemente o no, porque su vida y análisis no pasan en un vacío.⁸³ Es decir que el contexto económico, político y social afectan el entendimiento de una polémica por un jurista o un juicio por un juez y forman, en gran parte, el método para resolverlos.⁸⁴ La estrategia de diálogo, entonces, simplemente intenta alentar a los juristas y jueces a ser más abiertos y honestos sobre el proceso de análisis que usan. Además de ello, los participantes en el diálogo -juristas y tribunales- tienen que repensar sus concepciones sobre libertad de expresión e igualdad, cuándo los dos principios constitucionales convergen y divergen, y cómo promover mejor los intereses participativos en términos concretos.⁸⁵

Una discusión breve de *R.A.V.* y *Harris* a la luz de esta nueva estrategia de diálogo ejemplificará mejor su aplicación. La Corte debe parar de privilegiar el marco libertario, como lo hizo en *R.A.V.*, y el marco igualitario elegido en *Harris*. En *R.A.V.*, esto significa que la Corte tiene que reconocer el conflicto dentro del principio de libertad de expresión, porque dicha libertad puede sofocar la expresión en el futuro, especialmente la de los destinatarios de la expresión de odio. También debe reconocer la Corte la tensión con la igualdad, porque dicha libertad puede perpetuar la discriminación y subordinar, especialmente a aquellos a quienes va dirigida la expresión de odio. En otras palabras, en vez de pensar que *R.A.V.* es

80. Véase e.g. Powell, *supra* nota 9, 339-41.

81. Véase *supra* notas 11-12.

82. Véase e.g., Boyte, Harry, *CommonWealth: A Return to Citizen Politics*, 1989. Véase, también, e.g., Karst, Kenneth, *Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution*, 1989, 2-10; Dewey, John, *Democracy and Education*, 1916, 85-88.

83. Véase e.g., Bright, Stephen & Keenan, Patrick, "Judges and the Politics of Death: Deciding Between the Bill of Rights and the Next Election in Capital Cases", 75 BOSTON L. REV. 759 (1995); Kairys, David, *With Liberty and Justice for Some* (1993). Véase también *supra* notas 1-2 y el texto correspondiente.

84. Para un ejemplo clásico de la influencia del contexto en el análisis jurídico, véase *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

85. Para una discusión breve de convergencia entre los principios de libertad de expresión e igualdad, véase Fiss, *supra* nota 4, en 86-87.

clara y solamente un juicio de expresión, la Corte tiene que reconocer la legitimidad de los intereses de igualdad y la necesidad de mediar los conflictos *dentro de y entre* los principios constitucionales involucrados.

Asimismo, en *Harris*, la Corte tiene que reconocer la tensión dentro del principio de la igualdad, porque hacer cumplir la igualdad rígida que no toma en cuenta las posiciones de las personas, puede socavar la igualdad verdadera, especialmente la de aquéllos con menos poder y recursos. También debe reconocer la Corte el conflicto con la libertad de expresión porque hacer cumplir la igualdad puede acabar con expresiones legítimas, tales como las críticas constructivas en los lugares de trabajo. Es decir que, en vez de caracterizar *Harris* como si sólo -y claramente- involucrara a la igualdad y el acoso, la Corte tiene que reconocer la existencia de cuestiones relativas, también, a la libertad de expresión y la importancia de reconciliar los conflictos *dentro de y entre* ambos principios constitucionales.

Además, la Corte, en los dos juicios, debe reconocer que no necesita elegir entre la libertad de expresión y la igualdad, y que, mediante el proceso de diálogo, puede entender mejor, mediar y resolver los conflictos constitucionales, promoviendo los dos principios. Al analizar y decidir los dos juicios mediante este enfoque, cada juez tiene que explicar a sus colegas porque su manera de analizar, es decir su marco teórico, debe ser la manera aceptada. Cuando los jueces estén de acuerdo respecto de la resolución del caso, justificarán, de una manera clara y analíticamente honesta, su modo de analizar y la decisión de la Corte ante el público en general -la comunidad más grande- por medio de su fallo.

En el caso de *R.A.V.*, en particular, la Corte debe repensar cómo entiende y aplica la doctrina de *Content Neutral*. Si hace esto, reconocerá que la doctrina también incluye y sirve los intereses de la igualdad. En lugar de considerar que la ordenanza de St. Paul es claramente una limitación peligrosa de la expresión, la Corte puede analizar en el contexto de protección a los intereses participativos de la familia negra de ser aceptada igualitariamente como miembro de la comunidad. La Corte tiene que evaluar estos intereses contra los intereses participativos de los acusados de expresar su odio a los negros. Este proceso evaluativo debe ser animado por la naturaleza de las relaciones raciales actuales e históricas, si el público y gobierno admiten la quema de cruces como una expresión legítima y el grado de la represión gubernamental en este contexto (y, por eso, el grado de peligro de una limitación gubernamental inaceptable), entre otros factores. En esencia, la Corte tiene que considerar si la libertad de expresión y la igualdad -por vía de la participación- y, por último, la democracia verdadera podrían ser promovidos al permitirse la ordenanza de St. Paul.

En *Harris*, específicamente, la Corte debe cesar su dependencia en la distinción, frecuentemente dudosa, entre la expresión y la conducta; muchas veces esta distinción es otra forma del argumento de *Bright Line* que perjudica el análisis legal. Esto no quiere decir que, en algunos casos, no se puede distinguir entre la conducta y la expresión. El punto es que la Corte debe parar de usarla como una excusa para privilegiar. Si la Corte cesa su dependencia en esta distinción, podrá reconocer la existencia de los intereses de la libertad de expresión y los intereses participativos del acusado al expresar su vista peyorativa sobre las mujeres. La Corte debe evaluar estos intereses contra los de las mujeres a ser participantes iguales en los lugares de trabajo. También, la Corte debe considerar los hechos en el contexto de las relaciones de género actuales e históricamente en los lugares de

trabajo, y la dinámica del poder en las relaciones entre los jefes y los empleados, entre otras consideraciones. Al tratar de mediar las tensiones entre la libertad de expresión y la igualdad, la Corte debe recordar el delicado acto de equilibrio que tiene que emprender. Tanto una interpretación subinclusiva⁸⁶ de la ley de acoso sexual, que privilegiaría la libertad de expresión, como una interpretación sobreinclusiva⁸⁷ de la ley, que privilegiaría la igualdad, impedirá la participación y, por último, la libertad de expresión y la igualdad.

CONCLUSIÓN

Para entender completamente, y mediar y resolver -verdaderamente- la polémica constitucional respecto de la expresión de odio, los juristas y tribunales no tienen que esencializar un concepto, tal como la autonomía o la antisubordinación, y tienen que cesar de privilegiar de cualquier manera. Este cambio en la forma de pensar prevendrá la dinámica problemática de “resolver” un juicio o conflicto antes de analizarlo. También, al adoptar el concepto de inconmensurabilidad, los juristas y tribunales estarán liberados del falso dilema de tener que elegir entre la libertad de expresión y la igualdad. Además, esto revelará que un simple *compromise*⁸⁸ entre los dos principios no es adecuado para resolver la polémica de la expresión de odio. Los juristas y tribunales de América del Norte y del Sur tienen que participar en un proceso de diálogo que es abierto e incluye un examen de todas las perspectivas legítimas sobre el conflicto constitucional entre la libertad de expresión y la igualdad. Su análisis debe ser contextualizado y, por eso, debe ser más comprensivo y honesto. También el análisis debe hacerse mediante los criterios de la comunidad, de los cuáles, hoy en día, el más importante es la promoción de los intereses participativos. El valor de la participación es sumamente útil en el contexto del conflicto entre la libertad de expresión y la igualdad, porque son ambos, fuente filosófica y objeto normativo, de los dos principios constitucionales. Porque el análisis es afianzado mediante los criterios de la comunidad, es flexible y realista, sin ser arbitrario. La idea fundamental de la estrategia de diálogo es que los juristas y tribunales no pueden seguir escondiéndose detrás de principios elevados, retórica noble o posturas filosóficas. Bajo este enfoque nuevo, todos tienen que justificar adecuadamente sus presupuestos, puntos de referencia, metas jurídicas y políticas públicas y, por eso, explicar porque su modo de análisis y conclusión correspondiente son mejores o más apropiados que las alternativas -en un proceso más abierto, honesto y democrático-. Nada menos que esto puede mediar y resolver la polémica constitucional, política y social acerca de la expresión de odio.

86. “Subinclusivo” significa interpretar una ley en una manera demasiado limitada. El resultado de la interpretación subinclusiva es que la ley no prohíbe todo lo que era su propósito. En el contexto de *Harris*, una interpretación subinclusiva fracasaría en prohibir varios tipos de persecución sexual en los lugares de trabajo.

87. “Sobreinclusiva” es la interpretación de una ley de modo demasiado expansiva. El resultado es que el efecto de la ley excede el propósito que tenía dicha ley, violando otros derechos o socavando otras leyes. En el caso de *Harris*, una interpretación sobreinclusiva infringiría la libertad de expresión en los lugares de trabajo.

88. Véase *supra* nota 8.