

34. *Texas v. Johnson* (1989) 491 US 397

Votada el 21 de junio de 1989: por cinco a cuatro.

Ponente: juez William J. Brennan.

Votaron a favor Marshall, Blackmun, Scalia y Kennedy (éste con voto concurrente). Firmaron votos particulares discrepantes el *Chief Justice* Rehnquist (al que se sumaron O'Connor y Stevens) y el juez White.

Presentación de la sentencia

En el año 1984 se celebraba en Dallas (Texas) la convención nacional del Partido Republicano que iba a designar por aclamación al entonces Presidente Ronald Reagan como candidato a la reelección. Como suele ser habitual, en los alrededores del auditorio en el que tenía lugar la reunión se llevaban a cabo manifestaciones de protesta de pacifistas, alternativos, etc. En una de ellas participaba Gregory Lee Johnson, quien, al final de la manifestación, quemó una bandera norteamericana mientras, junto a otros manifestantes, profería insultos contra ella. Pese a que no hubo incidentes serios, algunas personas que presenciaron la escena denunciaron a Johnson, que fue acusado y condenado a un año de cárcel y 2.000 dólares de multa por ultraje a la bandera («profanación de monumento público, de objeto sagrado, de lugar de culto o de sepultura, o de la bandera estatal o nacional»), delito tipificado en el Código Penal de Texas. El Código definía la profanación como el hecho de «cometer un daño a sabiendas de que ello ofenderá a quienes puedan ser testigos, o lo descubran». En primera instancia se confirmó la condena pero en apelación se anuló: el Tribunal de Apelación del 5.º Circuito en Dallas mantuvo que la acción de Johnson estaba protegida por el derecho a la libre expresión de la 1.ª enmienda. El Estado de Texas apeló ante el Tribunal Supremo.

No era la primera vez que el Tribunal Supremo se enfrentaba a asuntos relacionados con la bandera nacional, en el marco de su jurisprudencia sobre el discurso simbólico o expresión simbólica (*symbolic speech*). Recuérdese que con el número 15 de esta recopilación hemos traducido la sentencia *West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943), en la que se anuló la sanción a los Testigos de Jehová que se negaban a saludar a la bandera. El criterio aplicable al comportamiento expresivo no manifestado verbalmente era *United States v. O'Brien* (1968), relativa a la quema por un recluta de su cartilla militar en señal de protesta contra la guerra de Vietnam. En esta sentencia, el Tribunal Supremo dijo que el Estado puede regular y castigar este comportamiento, siempre que no impide el ejercicio del derecho a la libre expresión. El caso es que en *Street v. New York* (1969), *Smith v. Goguen* (1974) y en *Spence v. Washington* (1974) el Tribunal Supremo había dado la razón a quien se había castigado

penalmente por hacer un uso del derecho a la libre expresión considerado ofensivo para la bandera. Pero no se había atrevido a afirmar categóricamente la constitucionalidad inequívoca de la quema de la bandera nacional. Lo hizo en 1989, en *Texas v. Johnson*, al amparar por cinco votos (Brennan, Scalia, Marshall, Kennedy y Blackmun) contra cuatro (el *Chief Justice* Rehnquist, O'Connor, White y Stevens) al señor Johnson por quemar la bandera norteamericana. Según Neuborne (*El papel...*, p. 149), el voto decisivo fue el de Kennedy, supuestamente conservador pero que, llegado al Tribunal Supremo en 1988, comenzó a actuar con la misma moderación y casuismo de aquel a quien sustituía, el juez Powell.

La sentencia es clara: castigar penalmente la degradación o el ultraje a la bandera, cuando ello se realice con una finalidad política (o para expresar ideas políticas o filosóficas) implicaría mutilar precisamente lo que la bandera simboliza de libertad, que es la esencia del sistema americano. Por lo demás, como se apreciará, *Texas v. Johnson* introduce sutiles diferencias entre la expresión (*speech*) y la conducta (*conduct*), llegando a la conclusión de que la acción de Johnson era *expressive conduct*, dado que pretendía transmitir un determinado mensaje o idea. La cuestión era importante, porque conforme a la antes citada *United States v. O'Brien (1968)*, las autoridades pueden regular las conductas (no así la expresión), siempre que les legitime para ello un interés determinado y atendible.

Texas v. Johnson causó un impacto tremendo en los Estados Unidos. Los ciudadanos estaban casi tan divididos como los nueve jueces. Hubo una reacción patriótica sin precedentes (el voto particular discrepante del *Chief Justice* Rehnquist era un canto poético e histórico a la bandera), que puso a los partidos en situación difícil: los republicanos promovieron una enmienda constitucional que excepcionaba los derechos de la 1.^a enmienda si se trataba de la bandera. La tramitación de la enmienda incomodaba a los demócratas, y no prosperó porque en la Cámara de Representantes, en votación celebrada el 21 de junio de 1990, no recogió más que 236 votos contra 179. Ferreres (*Justicia constitucional...*, p. 236) se plantea si, en caso de haber prosperado, la enmienda hubiese sido inconstitucional. Mientras tanto, con los votos demócratas, el Congreso aprobó inmediatamente, menos de seis meses después de la sentencia *Texas v. Johnson*, una Ley de Protección de la Bandera (*Flag Protection Act*). La Ley, que claramente desafiaba al Tribunal Supremo, fue declarada inconstitucional en la sentencia *United States v. Eichmann (1990)*, por la misma mayoría de 5 contra 4 que el año anterior en *Texas v. Johnson* (ahora el discrepante más cualificado fue el juez Stevens, que no se privó de criticar a la clase política de su país por «contribuir, con su manipulación, a la degradación de la bandera, haciendo de ella el pretexto de disputas partidistas que en realidad tienen objetivos poco o nada nobles»).

Pese a la derrota tanto de la Ley de Protección de la Bandera como

de la enmienda constitucional, en la pasada década los republicanos siguieron intentando doblegar al Tribunal Supremo. Quisieron tramitar otra vez la enmienda, y en diciembre de 1995 superaron una votación en el Congreso por 312 votos contra 120. Pero en el Senado les faltaron tres votos para alcanzar la mayoría de dos tercios. Los sucesivos Congresos (los núm. 105 y 106) volvieron a iniciar el trámite, pero sin éxito.

En España por quemar la bandera posiblemente sí sea castigado penalmente, en aplicación del artículo 453 del Código Penal («Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses»).

BIBLIOGRAFÍA EN ESPAÑOL: Pablo Salvador Coderch-María Teresa Castiñeira Palou-Fernando Igartua Arregui-Miquel Martín Casals-Josep Santdiumenge Farre, *El derecho de la libertad*. CEC, Madrid, 1993, pp. 12 y ss.; Ronald Dworkin, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003 (el cap. 10, titulado «Libertad de expresión, política y dimensiones de la democracia» analiza, entre otras, la sentencia *Texas v. Johnson*: p. 404); Burt Neuborne, *El papel de los juristas y del imperio de La ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 69 a 71; Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997, p. 236; Luis María Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 286.

SENTENCIA TEXAS V. JOHNSON (1989)

Literalmente leída, la primera enmienda sólo prohíbe la limitación de la palabra¹, pero desde hace mucho tiempo venimos afirmando que la protección no se ciñe a lo que se diga de palabra o a lo que se escriba [...]. Hemos admitido que hay comportamientos que, no siendo palabras o escritos, «contienen suficientes elementos de comunicación como para poder ser incluidos en las enmiendas 1.^a y 14.^a» (*United States v. O'Brien, 1968, Spence v. Washington, 1974*) [...]. Con el fin de saber si una conducta incluye suficientes elementos comunicativos para que se le aplique la 1.^a enmienda nos hemos preguntado «si existía la intención de transmitir un determinado mensaje y si cabía una fuerte posibilidad de que fuese comprendido por quienes la presenciaban» (*Spence v. Washington, 1974*). Desde este planteamiento hemos reconocido el carácter expresivo de llevar brazaletes negros en protesta por la guerra de Vietnam (*Tinker v. Des Moines Independant Community School, 1969*), de una sentada de negros en una zona reservada a blancos (*Brown v. Louisiana, 1966*). del uso de uniformes militares en una representación satírica contra la guerra de Vietnam (*Schacht v.*

¹ Nota de los traductores: en este contexto traducimos «speech», de la expresión «freedom of speech», por «palabra».

United States, 1970), etc.

En este asunto adquieren particular relevancia nuestros precedentes relativos al carácter expresivo de comportamientos relacionados con la bandera. Añadir un símbolo pacifista a la bandera (*Spence v. Washington, 1974*), negarse a saludarla (*West Virginia Board of Education v. Barnette, 1943*), portar una bandera comunista (*Stromberg v. California, 1931*) son conductas protegidas por la 1.^a enmienda. También el voto particular discrepante del juez White en *Smith v. Goguen (1974)* decía que tratar «con desprecio» la bandera, cosiendo una bandera pequeña a un pantalón, debe considerarse conducta expresiva. No tiene nada de sorprendente que hayamos identificado una finalidad expresiva en comportamientos relacionados con la bandera: la finalidad misma de la bandera de un país es servir de símbolo nacional. Como decía el juez Rehnquist en *Smith v. Goguen (1974)*, «es la manifestación visible de doscientos años de existencia como nación» [...]. Con toda su carga expresiva y emocional, la bandera simboliza esta nación tanto como lo simboliza las letras que componen la palabra «América».

Sin embargo nunca hemos afirmado que toda acción o conducta relacionada con la bandera sea *per se* expresiva. Al contrario, lo que hemos tenido en cuenta, para calificarla a efectos de la 1.^a enmienda, es el contexto en el que se desarrollaba la acción. En la sentencia *Spence* dijimos que el hecho de coser a la bandera un símbolo pacifista era contemporáneo a la invasión norteamericana de Camboya y a la tragedia de Kent State, pudiendo admitirse que aquél comportamiento venía provocado por estas circunstancias. Entonces señalamos que el Estado de Washington había admitido que la conducta de *Spence* era una forma de comunicación.

En el caso que ahora nos ocupa, el Estado de Texas, en sus alegaciones durante la vista, dijo que la conducta del Señor Johnson era una conducta expresiva, y ello nos parece tan razonable como la afirmación del Estado de Washington en el caso *Spence*. Para Johnson, la quema de la bandera norteamericana formaba parte -en realidad era el momento culminante- de una manifestación política que se produjo con ocasión de la convención del Partido Republicano y la designación de Ronald Reagan como candidato a la reelección. El carácter expresivo y claramente político de esa conducta era del todo deliberado y evidente. En la vista, el Señor Johnson explicó así las razones que le movieron a quemar la bandera: «Quemé la bandera cuando Ronald Reagan fue designado candidato a la reelección. En ese momento, guste o no, no existía ninguna expresión simbólica más potente. Éramos al tiempo nuevos patriotas, y antipatriotas». A la vista de ello consideramos que quemando la bandera el Señor Johnson tuvo un comportamiento que «contiene suficientes elementos de comunicación» para poder ser incluido en la 1.^a enmienda [...]

Hemos dicho que «cuando elementos expresivos y no expresivos

aparecen mezclados en una acción determinada puede existir un interés público lo bastante importante como para permitir al Gobierno regular el elemento no expresivo, limitando los derechos de la 1.^a enmienda» (*United States v. O'Brien, 1968*), pero también hemos dicho que este criterio, bastante poco limitativo para las autoridades, sólo se proyecta sobre los asuntos en los que «el interés del Gobierno no implique la privación del derecho a la libre expresión» (además de *O'Brien, Spence v. Washington, 1974*) [...].

Para saber si podemos aplicar el criterio de *O'Brien* debemos, pues, decidir si el Estado de Texas, al condenar a Johnson, ha hecho valer un interés que no significa la privación del derecho a la libre expresión. Si llegamos a la conclusión de que no existe ni siquiera un interés atendible, no debemos siquiera plantearnos si se aplica el criterio. El Estado ha afirmado que existían dos intereses que justificaban la condena: evitar desórdenes públicos y proteger la bandera en tanto que símbolo de la unidad nacional. A la vista de los hechos consideramos que el primero no se aplica y que el segundo conduce a la privación del derecho a la libre expresión.

A. Texas sostiene que la necesidad de garantizar el orden público justifica la condena al Señor Johnson por profanar la bandera. Sin embargo, cuando se quemó la bandera no se produjo ningún incidente de orden público, ni hay constancia de que existiese un riesgo semejante. Pese a que el Estado insiste en el comportamiento agresivo y perturbador de los manifestantes, reconoce que «en el momento de la quema de la bandera no se produjo ninguna alteración del orden». Lo primero es llamativo, dado que no se ha formulado ninguna acusación contra los manifestantes y además tampoco demuestra que fuese probable una reacción violenta tras el comportamiento del Sr. Johnson. La única prueba que aporta el Estado es el testimonio de algunas personas que dicen haberse visto seriamente ofendidas por la quema de la bandera.

La postura de Texas equivale pues a decir que hay muchas probabilidades de que personas que se sientan ofendidas por una determinada expresión perturben el orden público, y que por tanto ello es motivo suficiente para prohibir aquella expresión. Nuestros precedentes no permiten avalar esta presunción. Al contrario reconocen que «una de las principales funciones de la libertad de expresión es permitir y favorecer el debate. En realidad, cuando más y mejor cumple esta función es cuando conduce a una situación de agitación, cuando crea insatisfacción ante las condiciones vitales, o incluso cuando provoca enfado» (*Terminiello v. Chicago, 1949*) [...]. En realidad sería contradictorio afirmar al mismo tiempo que «si la opinión del orador resulta provocadora o chocante, entonces ello es una razón para que sea merecedora de protección constitucional» (juez Stevens, discrepando en *FCC v. Pacifica Foundation, 1978*) y que el Gobierno puede impedir la manifestación de ideas desagradables sobre la base, no demostrada,

de que ese carácter desagradable o provocador generará violencia.

En realidad no hemos autorizado al Gobierno a presumir que toda manifestación de ideas provocadoras incita al desorden, al contrario: hemos exigido que tenga en cuenta, con un examen muy atento, las circunstancias reales que rodeaban tal o cual expresión, y que se pregunte si «la expresión realmente está destinada a causar una acción ilegal inminente, o a incitar a ella, y si tiene fuertes posibilidades de hacerlo» (*Brandenburg v. Ohio, 1969*, en relación con una reunión del Ku Klux Klan). Si aceptásemos los argumentos del Estado de Texas, conforme a los cuales sólo tiene que afirmar que existe un riesgo potencial para el orden público y que toda quema de una bandera tiene necesaria y automáticamente este carácter, entonces la consecuencia sería privar de sentido la doctrina de *Brandenburg*. No podemos aceptarlo.

La conducta del Señor Johnson ni siquiera entra en la categoría de «palabras agresivas» [*fighting words*], que al ser pronunciadas o publicadas «tienen grandes posibilidades de provocar en el ciudadano medio represalias, causando por ello desórdenes públicos» (*Chaplinsky v. New Hampshire, 1942*). Ninguna persona razonable que hubiese presenciado la manifestación de descontento y protesta contra el Gobierno federal que llevó a cabo Johnson la hubiese considerado como un insulto personal directo o como una invitación a intercambiar puñetazos [...]. Por tanto consideramos que en este asunto no está en juego el interés del Estado en el mantenimiento del orden público. Texas no debe preocuparse, porque nuestra sentencia no le impedirá proteger el orden público. No estamos sugiriendo que la 1.^a enmienda impide al Estado prohibir o evitar una «acción ilegal inminente» (*Brandenburg v. Ohio, 1969*). En realidad, el Estado de Texas ya dispone de una Ley que prohíbe específicamente las alteraciones del orden público (el Código Penal de Texas, Ann. parágrafo 42.01, 1989), y ello confirma que para mantener el orden público no tiene necesidad de castigar la profanación de la bandera (*Boos v. Barry, 1988*).

B. Texas alega también un interés en la protección de la bandera como símbolo de nuestra existencia como nación y como expresión de la unidad nacional. En el asunto *Spence v. Washington (1974)* dijimos que el interés de un Estado en proteger el valor simbólico característico de la bandera «debe estar en relación con la libre expresión en el contexto de una conducta determinada», como entonces era añadir un símbolo pacifista a la bandera de la nación. Estamos convencidos de que este interés está relacionado con la libre expresión en el caso que ahora nos ocupa. El Estado de Texas parece estar preocupado porque la acción de Johnson hará a la gente creer o bien que la bandera ya no representa nuestra existencia como nación y la unidad nacional, sino que representa otras cosas, o bien que las nociones que simboliza la bandera no existen en realidad, es decir, que no somos una unidad nacional. Estas preocupaciones sólo se manifiestan cuando una persona

transmite o expresa un mensaje quemando la bandera, y, por consiguiente, están relacionadas con la privación del derecho a la libre expresión en el sentido de la doctrina *O'Brien*. De manera que a este caso no se aplican los principios de *O'Brien* [...].

Resta por determinar si el interés del Estado en la protección de la bandera como símbolo de la nación y de la unidad nacional justifica la condena del Señor Johnson [...]. Texas alega que ese interés tiene entidad suficiente para superar todos los test del control jurisdiccional, y cita muchos precedentes en los que se hace un repaso al papel histórico y simbólico que la bandera en nuestra nación. El argumento del Estado no es sólo que esté legitimado para mantener y defender ese papel simbólico, sea cual sea dicho papel, porque si tal fuera el papel del Estado, no se entendería cómo una acción tan fuertemente simbólica como la del Señor Johnson pondría en peligro el valor de la bandera. En realidad lo que alega Texas es que puede y debe proteger la bandera como símbolo de nuestra existencia nacional y de la unidad de la patria, dándole a este símbolo unos determinados contenidos. De modo que, conforme a este argumento, si alguien maltrata la bandera de manera que se pueda dudar de que es el símbolo de la unidad nacional, o de que dicha unidad exista en realidad, entonces el mensaje que se pretende transmitir es peligroso y puede ser prohibido.

Si hay una idea o principio fundamental que cimienta la 1.^a enmienda es que el Gobierno no puede válidamente prohibir la expresión o difusión de una idea sólo porque la sociedad la considera ofensiva o desagradable [...]. Ni siquiera cuando la bandera nacional estaba en jaque hemos admitido excepciones a este principio. En *Street v. New York (1969)* dijimos que un Estado no puede incriminar penalmente a una persona por criticar a la bandera. Entonces llegamos a la conclusión siguiente: rechazamos que se pueda imponer ninguna condena basándose en que el Señor Street no pudo «demostrar su respeto a nuestro símbolo nacional, respeto que puede legítimamente exigir a todo ciudadano», y con cita de *Barnette (1943)*, finalizamos señalando que «el derecho constitucionalmente garantizado a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el núcleo del orden establecido, incluye el derecho a expresar públicamente la propia opinión sobre la bandera nacional, incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas». También dijimos que el Gobierno no puede obligar a nadie a comportarse de manera que manifieste respeto hacia la bandera: en *Barnette (1943)* dijimos que «para afirmar la validez constitucional del saludo y promesa obligatorios deberíamos

reconocer que la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*²) permite a los poderes públicos obligar a las personas a expresar aquello que en realidad no piensan o no creen».

Al decir, en *Barnette*, que la Constitución veda tal posibilidad a las autoridades, el juez Jackson se refería a uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad en unos términos que justifican su cita tan frecuente: «Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos» [...].

La interpretación que el Estado de Texas da a la conducta del Señor Johnson no tiene en cuenta lo esencial de nuestra jurisprudencia: el Gobierno no puede válidamente prohibir a una persona ejercer su derecho a la libre expresión únicamente porque no está de acuerdo con su contenido, pero ello no depende de la manera concreta con la que se ha elegido manifestar o transmitir el mensaje. Si decimos que un Estado está habilitado para prohibir quemar una bandera cada vez que ello atente contra su valor y función simbólica, pero en cambio puede permitir esta misma acción cuando se preserve dicho valor (por ejemplo, si alguien quema solemnemente una bandera sucia o rota), entonces estaríamos diciendo que en caso de atentado contra la integridad física de la bandera ésta sólo se puede utilizar como símbolo en un sólo sentido. De este modo permitiríamos al Estado establecer un dogma, a saber: que se podría legítimamente quemar la bandera para manifestar una opinión hacia ella y hacia lo que representa, pero sólo con la condición de no atentar contra la bandera en tanto que símbolo de la unidad de la nación.

² Nota de los traductores: el llamado *Bill of Rights*, que traducimos como «Declaración de Derechos», se compone de las diez primeras enmiendas a la Constitución, ratificadas por los Estados en el año 1791.