



**UNA DISTINTA CONSTRUCCIÓN DEL
DISCURSO DE ODIO EN EE.UU. Y EN
EUROPA**

Autor: Andrés Sparapani Galicia

Tutor: Francisco Javier Matía Portilla

Grado en Derecho

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

Campus de Segovia

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

En fecha 20 de Junio de 2018

Resumen.

En el trabajo actual analizo los instrumentos más importantes y relevantes para luchar contra el discurso de odio. Para ello utilizo distintos ejemplos como casos de la Corte Suprema de Estados Unidos primero. A continuación uso los casos más relevantes del TEDH observando su visión restrictiva de este tipo de discurso. Concluyo con unas consideraciones finales que contribuyen a dar mi opinión respecto al tema en concreto.

Palabras clave.

Discurso de odio, evolución, TEDH, Corte Suprema de EE.UU., libertad de expresión, dignidad humana, igualdad.

Abstract.

The actual work will consider the most important and relevant international instruments to fight against hate speech. For this I will use different examples as cases of the Supreme Court of the United States of America first. Once the cases have been assessed, I will use the cases of the TEDH to observe the more restrictive vision of hate speech. To conclude with the present work I make some final conclusions contributing my opinion.

Key words.

Hate speech, evolution, TEDH, Supreme Court of United States of America, freedom of speech, human dignity, equality.

ÍNDICE:

1. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO.....	2
2. EL DISCURSO DE ODIOS EN ESTADOS UNIDOS.....	3
2.1. La libertad de expresión en Estados Unidos.....	3
2.2. Evolución jurisprudencial del discurso del odio.....	10
2.2.1. <i>Las fighting words.</i>	10
2.2.2. <i>De las “fighting words” al “clear and present danger.”</i>	16
2.2.3. <i>El contenido neutral.</i>	22
2.3. Visión restrictiva del discurso de odio.....	27
3. EL DISCURSO DE ODIOS EN EUROPA EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	28
3.1. Evolución jurisprudencial.....	31
3.1.1. - <i>Caso Féret</i>	32
3.1.2. - <i>Caso Garandy</i>	36
3.1.3- <i>Caso Stern taulats y Roura capellera. c. España</i>	39
3.2. Visión amplia del discurso de odio en Europa.....	46
4. CONSIDERACIONES FINALES.....	50
5. BIBLIOGRAFÍA.....	60

1. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO.

El discurso del odio (*hate speech*) es, según el diccionario inglés de Cambridge, el discurso público que expresa odio o alienta la violencia hacia una persona o grupo basado en algo como la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual¹. No es casual que presentemos su traducción inglesa porque el origen de este término, hoy extendido a la Unión Europea² y el Derecho español³, tiene su origen en Estados Unidos.

Ahora bien, las categorías jurídicas suelen adaptarse a la realidad social y cultural en las que se aplican. Es lógico que así sea porque el Derecho es una ciencia social, y ello supone que sus categorías entroncan con aspectos antropológicos y culturales que las moldean⁴. Por eso es probable que categorías comunes que se encuentran en diferentes ordenamientos jurídicos presenten matices en distintos contextos.

Por poner un ejemplo evidente de esta afirmación puede recordarse que si bien tanto en Estados Unidos como en los distintos países europeos son Estados constitucionales que garantizan la libertad y la igualdad de las personas no lo hacen exactamente de la misma manera. Como es bien sabido, en Europa se ha impuesto un modelo de Estado (social y democrático de Derecho) que patrocina una visión amplia del principio de igualdad y que explica la instauración del Estado social. Por el contrario, el liberalismo sigue siendo básico a la hora de entender el modelo social (y también jurídico) de los Estados Unidos de América⁵.

¹ <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/hate-speech>.

² Ver, a título de ejemplo, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-261_en.htm.

³ Ver, a título de ejemplo, las SSTC 235/2007, de 7 de noviembre; 177/2015, de 22 de julio; 112/2016, de 20 de junio y 86/2017, de 4 de julio.

⁴ Broeckman, Jan M: *Derecho y antropología*. Civitas. Madrid, 1993.

⁵ No es casual que también surja en Estados Unidos el derecho a la vida privada en el clásico estudio de Samuel Warren y Louis Brandeis sobre “The right to privacy” (*Harvard Law Review* 193, 1890), del que hay traducción en castellano gracias a Benigno Pendás (*El derecho a la intimidad*. Civitas. Madrid, 1995).

Pues bien, nuestro propósito es examinar la noción del discurso del odio en la cultura constitucional americana y europea, ver si la construcción es, o no, análoga y realizar algunas consideraciones conclusivas sobre tal comparativa. Para examinar la perspectiva europea nos centraremos en el análisis del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en su interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. EL DISCURSO DE ODIO EN ESTADOS UNIDOS.

2.1. La libertad de expresión en Estados Unidos.

Antes de examinar el discurso del odio en Estados Unidos, debe recordarse que éste es el país que ha hecho una férrea defensa de la libertad de expresión. Es importante retener este dato porque la libertad de expresión delimita, lógicamente, el alcance del discurso del odio.

La importancia de la libertad de expresión en EE.UU. se debe a que la sociedad estadounidense se cataloga a ella misma como la democracia más implicada con la defensa del derecho de libertad de expresión y su ejercicio. Las enmiendas están recogidas en su Carta de Derechos⁶, nombre que reciben las diez Enmiendas de la Constitución de Estados Unidos ratificadas el 15 de Diciembre de 1791. La Primera Enmienda recoge la prohibición al Congreso de los Estados Unidos de que no podrá dictar ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma, ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa, ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación por posibles agravios.

⁶ Traducido de la expresión “Bill of Rights” o Declaración de Derechos norteamericano. Conocidas con ese nombre las diez primeras enmiendas a la Constitución de EE.UU de 17 de Septiembre de 1787 que fueron adoptadas el 3 de noviembre de 1791 y garantizan la libertad de expresión, de religión, de prensa, el derecho de reunión, el derecho de presentar demandas contra el Gobierno y los perjuicios que haya podido ocasionar y varios derechos individuales sobre aspectos procesales y de procedimientos criminales.

Con esta prohibición, otorgan a la libertad de expresión un valor preferente respecto a los otros derechos y por lo tanto debemos hondar en las distintas razones por las que ha adquirido tanta importancia a lo largo de la historia.

Para CARMÍ⁷ la prohibición de que el Congreso elabore leyes limitando la libertad de expresión y prensa es una de las razones primordiales de esta importancia adquirida por la Primera Enmienda. STRAUSS⁸ recuerda que el sistema americano de libertad de expresión fue elaborado de forma progresiva y conforme a los sistemas del common law⁹, por el método de prueba y error.

MICHEL ROSENFELD¹⁰ en su ensayo “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional”, explica que la libertad de expresión para Estados Unidos es un símbolo de su cultura. En EE.UU. hay una preferencia de la libertad de expresión por encima del derecho de igualdad; de filósofos como LOCKE¹¹ les viene ese compromiso con el individualismo y la tradición de derechos naturales, LOCKE ampara una libertad negativa frente al Estado antes que de la libertad a través del Estado o libertad positiva. De ello se demuestra que la libertad de expresión pertenece al individuo y no al Estado, y se consagra en la Primera Enmienda, como una prohibición a la posible injerencia del Estado en estos asuntos.

⁷ Guy E. Carmi. “Dignidad versus Libertad: las dos culturas occidentales de la libertad de expresión.” *Revista de Derecho Internacional de la Universidad de Boston.*, 26 (2008), pp. 226 y ss.

⁸ A. Strauss, David: *Libertad de expresión y la Constitución de la ley común.* Prensa de la Universidad de Chicago. 2001-2002, pp. 38 - 47. En *Eternamente vigilante.* Prensa de Chicago.

⁹ Es el sistema jurídico vigente en la mayoría de países de tradición anglosajona, es un sistema legal basado en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de derecho donde la principal fuente de derecho es la ley, como es el caso del nuestro.

¹⁰ Rosenfeld: Michel. “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo.” *Revista Pensamiento constitucional*, 11(2003), pp. 160 - 161.

¹¹ John Locke FRS fue un filósofo y médico inglés considerado como uno de los más influyentes pensadores del empirismo inglés, y conocido como el *Padre del liberalismo clásico.*

La libertad de expresión es más dominante en esta sociedad que en otras democracias occidentales. Los estadounidenses tienen una noción muy arraigada del derecho de libertad de expresión, su valoración como derecho prácticamente ilimitado y el temor a que el gobierno intervenga en el ejercicio de tal derecho, es lo que provoca que haya una idea común, siendo esta: la posible injerencia del estado puede provocar más problemas y perjuicios que beneficios.

Aún lo expuesto anteriormente, siempre ha habido discrepancias en lo relativo a la teoría y la práctica utilizada. No obstante aunque el discurso político goce de la mayor protección que se pueda acordar, en gran parte del siglo XX se han sancionado puntos de vista socialistas y comunistas, que en otras democracias occidentales se encontraban menos limitados.

Partiendo de lo anteriormente expuesto y para una mejor comprensión de la idea liberal estadounidense y del discurso del odio, objeto principal de nuestro estudio, debemos ubicarnos en el contexto histórico.

Para ROSENFELD existen cuatro etapas diferentes en las que se producen distintos cambios en la función del derecho de libertad de expresión y cuatro justificaciones filosóficas a ese derecho de libertad de expresión.

Tanto las etapas como las justificaciones, se entrelazan entre ellas, pero no por ello se corresponden entre sí. De las cuatro etapas históricas, las tres primeras han tenido una clara influencia sobre la jurisprudencia de la libertad de expresión de la Corte Suprema¹². En la

¹² La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, también denominado Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos (en inglés, Supreme Court of the United States), es el tribunal de mayor rango existente en los Estados Unidos de América. Como tal, la Corte es la cabeza del Poder Judicial de los Estados Unidos.

primera etapa que se remonta a la Guerra de la Independencia¹³, establece como principal objetivo la protección de las personas frente al Gobierno como establece BOLLINGER¹⁴. En la segunda etapa el derecho de libertad de expresión tenía como objetivo proteger a los defensores de puntos de vista poco acogidos, frente a la opinión contraria de la mayoría. La tercera etapa destaca por una conformidad constante, asegurando que los receptores de los mensajes tengan una actitud abierta. En la cuarta etapa la función de la libertad de expresión es la de proteger los discursos oprimidos y de sus defensores contra los discursos de los poderosos.

Acorde con las etapas ROSENFELD establece una serie de justificaciones a la defensa de la libertad de expresión:

La primera es la justificación a través de la democracia, aquí se tiene un convencimiento de que el derecho de libertad de expresión tiene una función indispensable en el autogobierno democrático. Por todo ello el discurso político debe ser protegido.

La segunda justificación es la acorde a la teoría del contrato social, las instituciones deben justificarse, por medio de un acuerdo entre los sujetos miembros de una sociedad donde se localicen esas instituciones. Existe una necesidad de intercambiar y discutir ideas.

¹³ La Guerra de Independencia de los Estados Unidos fue un conflicto que enfrentó a las Trece Colonias británicas originales en América del Norte contra el Reino de Gran Bretaña. Ocurrió entre 1775 y 1783, finalizando con la derrota británica en la batalla de Yorktown y la firma del Tratado de París.

¹⁴ Bollinger, L.C. "La sociedad tolerante: libertad de expresión y discurso extremista en América". *Periódico de la Universidad de Oxford* (1988), pp. 35 y ss.

La tercera es la justificación a partir de la búsqueda de la verdad originaria de STUART MILL¹⁵. Para este autor la verdad y su descubrimiento es un proceso basado en el método de ensayo y error y exige una discusión desinhibida. Esta justificación fue trasladada a EE.UU y a su jurisprudencia constitucional por el juez Oliver Wendell Holmes¹⁶ que en una opinión discrepante con la mayoría, paso a conocerse como la “justificación basada en el libre mercado de las ideas”. Esta justificación se basa en que la verdad prevalecerá sobre lo falso, siempre que se mantuviera una discusión abierta. Por ello MILL acoge a la protección de todo tipo de discurso que no implicara una incitación a la violencia.

Por así decirlo fue el juez HOLMES quien introdujo esta teoría en la jurisprudencia del tribunal con sus votos disidentes, siendo un gran representante de la defensa a ultranza de la libertad de expresión y de la teoría del mercado de las ideas, conocida es su frase en la que establece que “la forma de poder que tiene mayor alcance no es el dinero, sino el dominio de las ideas”. Para HOLMES un libre mercado de las ideas disminuye la posibilidad de que la libertad de expresión fuera reprimida por las posibles falsedades y provocase una desconfianza en sí mismas de personas que se aferran a ideas inútiles para ese mercado de ideas. HOLMES no defendía un derecho ilimitado, sino que su límite era cuando representasen un peligro claro y actual.

La cuarta justificación parte de la autonomía del individuo. Ésta se basa en que la autonomía y el respeto individual merecen protección. Todas las expresiones que se vinculan a la necesidad de un individuo de expresar sus ideas propias deben ser protegidas constitucionalmente. Esta justificación ofrece por lo tanto la más amplia protección para todo tipo de discurso.

¹⁵John Stuart Mill fue un filósofo, político y economista inglés de origen escocés, representante de la escuela económica clásica y teórico del utilitarismo, planteamiento ético propuesto por su padrino Jeremy Bentham, que sería recogido y difundido con profusión por Stuart Mill.

¹⁶ Oliver Wendell Holmes fue uno de los personajes más influyentes de la sociedad norteamericana del siglo XX. Según el Honorable Richard Posner, fue la figura más ilustre en la historia del derecho norteamericano.

Una vez aclarada la importancia de la libertad de expresión en EE.UU. y para poder establecer la introducción de las distintas doctrinas seguidas por la Corte Suprema debemos hacer referencia a tres casos que no mencionamos en el análisis posterior pero que ayudan a la comprensión de la evolución de la doctrina a lo largo del tiempo.

Cuando estalla la Primera Guerra Mundial, el presidente de Estados Unidos se ve en la situación de decidir si llevar a su país a la Guerra. En este contexto se inscribe el asunto **Schenk v. United States**¹⁷. Finalmente se decide por medio del Congreso de Estados Unidos acudir al conflicto y se elaboran dos leyes con medidas para dar mayor protección a EE.UU como nación. Es una decisión polémica y al poco tiempo tiene sus consecuencias como distintas manifestaciones o artículos en contra de esa decisión. Lo que provoca el procesamiento de un sujeto que alega estar ejerciendo su derecho de libertad de expresión. El Tribunal Supremo da a conocer su resolución a través del juez HOLMES, de que en tiempos de paz no se vería limitado su derecho pero que en la situación y contexto en el que se encontraba inmerso EE.UU, el estallido de la guerra, esas manifestaciones podían suponer un peligro para el país.

De esta situación nace la doctrina del “*clear and present danger*” por la cual el ejercicio de la libertad de expresión debía analizarse en función del contexto y de lo que pudiera originar posteriormente. Por lo tanto se trata de atender al lugar, al momento y a las consecuencias que se pudieran producir. Si ello presentara un peligro estamos ante un límite a la libertad de expresión.

A mi modo de ver con el nacimiento de esta doctrina se echa por tierra la especial protección a la libertad de expresión que se venía procesando en la sociedad estadounidense; por lo tanto, podemos decir que ya no era un derecho en su expresión más amplia como la sociedad norteamericana siempre ha querido defender.

¹⁷ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

El juez HOLMES establecía para dar sentido a tal doctrina que cualquier opinión o idea se puede convertir en un futuro hecho y que cualquier hecho podía originar un acto perseguido criminalmente. Si después de valorar lo anterior, hay un peligro, ese debe ser evitado por las instituciones. Se trata de una doctrina que ha perdurado en el tiempo.

Para seguir un orden cronológico en la doctrina seguida por la Corte debemos hacer mención a otro caso que no hemos analizado por su ausencia en la categoría de discurso del odio, pero que ha ayudado a la creación de la doctrina. Es el caso de **Abrams v. US**¹⁸, en este caso la Corte en apelación rechaza que en el ejercicio del derecho de libertad de expresión se amparen manifestaciones antibélicas en tiempos de guerra, la mayoría del Tribunal entendió que no había censura previa pero que a posteriori no sería inconstitucional una sanción. En esta sentencia se dan dos votos discrepantes, el del juez HOLMES y el del juez Louis Brandeis¹⁹, entienden los dos que no había nada perjudicial ni peligroso para el Estado que se manifestaran contra la guerra y contra el apoyo a un bando u otro. El juez HOLMES establece que la mejor manera de poder disfrutar de una sociedad justa es a través del libre mercado de las ideas “*marketplace of ideas*”, para que estas formen parte de un debate y los sujetos puedan obtener la verdad.

Para explicar el “*marketplace of ideas*” lo mejor es ofrecer un ejemplo sencillo, en un saco metemos todo tipo de opiniones e ideas por intolerantes y repulsivas que parezcan. Con observar el saco cualquier individuo puede formar un debate, una discusión que le lleve a la obtención de la verdad.

En mi opinión podemos observar un cambio en la idea que el juez Holmes defendía en un principio, como se ha mencionado en los casos anteriores. También puede ser que al igual que el contexto y la sociedad evolucionan lo hace su opinión, haciéndole un firme defensor

¹⁸ Abrams v. United States, 250 U.S 616 (1919).

¹⁹ Louis Brandeis fue un juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1916 a 1939. Se convirtió en una de las figuras más famosas e influyentes de todos los tiempos que sirvieron en el alto tribunal. Sus opiniones fueron las más grandes defensas de la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

de lo que la sociedad norteamericana siempre ha querido, un derecho de libertad de expresión en su más amplia expresión.

Otro caso que nos ayuda a la comprensión de la evolución de la doctrina es el caso **Whitney v. California**²⁰ en el que se produce un endurecimiento de la doctrina que se venía aplicando, se denominó este planteamiento como “*bad tendency*” que se justificaba en que cualquier incitación a la anarquía o sedición podían considerarse como ilícitos, por ser peligrosas de por sí. En este caso, como en el anteriormente mencionado, el juez HOLMES y el juez BRANDEIS discreparon de la mayoría, ofreciendo el juez BRANDEIS en su voto disidente su opinión al respecto. Estableció que todos los ciudadanos debían participar activamente en el sistema político del país, pero para ello no tenían que ser coartados en sus opiniones o ideas ya que la libertad de expresión es clave en una sociedad evolucionada y justa.

Por lo tanto, con esta opinión intenta establecer un nuevo criterio a seguir por la doctrina el de “*time to answer*”, según este criterio para poder aplicar la doctrina “*clear and present danger*” antes mencionada sería necesario establecer el peligro que pueda causar y como podía darse, si esto no implicaba ningún peligro lo que se origina es un debate en el que cada persona podría establecer su opinión. Para el juez BRANDEIS como establece en su voto disidente, no se puede considerar peligro inminente el ejercicio de la libertad de expresión, si la opinión pública puede discutir su contenido. Establece que el miedo a las ideas impopulares no puede justificar su límite, sino que se debe atender al peligro y definirlo.

2.2. Evolución jurisprudencial del discurso del odio.

2.2.1. *Las fighting words.*

²⁰ Whitney v. California, 274 U.S.357 (1927).

La evolución de la doctrina nos lleva a la denominada doctrina de las *“fighting words”*. El caso que nos ocupa es **Chaplinsky v. New Hampshire**²¹ mencionado en el análisis posterior como uno de los de mayor importancia; en este caso de manera unánime el Tribunal Supremo estableció que existen determinadas expresiones que no pueden introducirse en el ámbito de protección de la libertad de expresión, como puede ser lo lascivo, lo profano, lo injurioso o lo ofensivo; tales expresiones no contribuyen nada a la búsqueda de la verdad como hemos hecho referencia anteriormente.

El juez Frank Murphy²² estableció la opinión mayoritaria, en la que se explicaba que las expresiones en las que su existencia ya provoque una ofensa o insulto, o supongan un desorden público o causen un perjuicio a los demás no se deben amparar bajo el derecho de la libertad de expresión. Por así decirlo la Corte establece que no existe un derecho al insulto y que existen expresiones o afirmaciones que lo único que pretenden es perjudicar.

CAINE²³ identifica algunos criterios que nos podrían ayudar a identificar tales palabras.

Pues bien, uno de los primeros asuntos importantes a tener en cuenta en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos utiliza el término *“discurso de odio”* es en el asunto **Chaplinsky v. New Hampshire**. Nos encontramos en la década de los años 40 y 50, y aunque el afán expansionista de la sociedad estadounidense hacia una libertad de expresión sin restricciones es palpable, podemos encontrar ciudades o Estados que tienen una legislación que sanciona la utilización del discurso del odio, como las que dieron lugar a esta sentencia.

²¹ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

²² William Frank Murphy jurista y político demócrata.

²³ Caine: Burton: “El Problema con las *Fighting words*: Chaplinsky v. New Hampshire Es una amenaza para los valores de la Primera Enmienda y debe ser revocada” *Marquette Law Review*, 88 (2004) pp. 450 y ss.

Lo que en este asunto se debate es si Walter Chaplinsky, miembro activo de los testigos de Jehová y promotor de su fe, podía ver su libertad de expresión legítimamente coartada por una Ley estatal que excluye de ella la ofensa, la burla y las palabras irritantes, las llamadas “*fighting words*”²⁴. El problema es que Chaplinsky había maldecido y llamado maldito fascista y chantajista a un policía que lo llamo al orden debido a que sus afirmaciones provocaban un altercado en la calle entre personas de distinta religión. Aunque el testigo de Jehová invocó diversos derechos fundamentales (libertad de expresión, prensa y religión) los tribunales lo condenaron y el Tribunal Supremo de New Hampshire y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América confirmaron dicha condena.

Mientras que aquél justificaba su decisión en el empleo de palabras de lucha y que propician la violencia, éste entendió que la interdicción de obscenidades, difamaciones, insultos, ofensas o que incitan al empleo de la violencia no plantea problema constitucional alguno, tal y como escribió para la decisión unánimemente apoyada el juez MURPHY.

El Tribunal Supremo establece que tales palabras no estaban amparadas por la Primera Enmienda ya que: “*el derecho a la libertad de expresión no es absoluto en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia. Existen ciertos tipos de discurso que están bien definidos y claramente limitados, de los que su castigo y prevención nunca han suscitado ningún problema constitucional*”²⁵. La Corte adopta la doctrina de las “*fighting words*”, palabras que no merecen una protección constitucional. En este caso que la Corte adopta tal doctrina de sancionar el lenguaje que cause daño e intente una ruptura de la paz, podríamos introducir el discurso del odio dentro de las “*fighting words*”, sin embargo la Corte no acoge tal vía.

Otro de los casos a tener en cuenta en nuestro estudio es el de **Terminiello v. Chicago**²⁶. Arthur Terminiello fue un sacerdote católico que destacaba por sus opiniones racistas y antisemitas, las que expresaba regularmente en los periódicos y medios de difusión que tenía a mano, estas expresiones le dieron un seguimiento pequeño en los años treinta y

²⁴ Traducido como *palabras belicosas*.

²⁵ Chaplinsky v. New Hampshire 315 U.S. (1942).

²⁶ Terminiello v. Chicago 337 U.S. (1949).

cuarenta, por ello, fue invitado a dar una conferencia ante los Veteranos Cristianos de América²⁷ en la que mostró sus opiniones en febrero de 1946. En la conferencia ofrecida, causó gran expectación tanto positiva, para los que le apoyaban en sus comentarios, como negativa, para los manifestantes que allí se personaron para mostrar su indignación por las opiniones vertidas por este sacerdote. En el discurso ofrecido arremetía contra los manifestantes que estaban contra él, expresó de forma reiterada sus convicciones extremistas y se dirigió en términos insultantes y denigrantes contra los judíos, considerándoles la “*ruina de América*”, expresiones que el público arengaba de manera airosa en señal de apoyo. Con sus ataques a los distintos colectivos, incitaba a la multitud y el estado de ánimo de los presentes se iba calentando.

Las autoridades detuvieron al sacerdote en base a la aplicación de una norma que prohibía toda manifestación que pudiera alterar la paz pública, se le impuso una multa por medio de las autoridades de la ciudad, el sacerdote recurrió tal sanción ante el Tribunal Supremo por vulneración de su derecho de libertad de expresión. En la sentencia se declaró que el sacerdote no podía ser sancionado, dado que estaba protegido por la Primera Enmienda.

En este caso se emitió por el juez Robert H. Jackson²⁸ un voto disidente, en el que se oponía a la decisión adoptada por la mayoría, afirmando que la actuación del gobierno debía controlarse por una opinión pública con todas las garantías de libertad, pero que se debe atender a que en muchas ocasiones quien solicita tal libertad es quien quiere acabar con ella y con la democracia establecida. El juez JACKSON termina afirmando con su voto que las opciones en esta situación no son entre un orden y la libertad sino que es entre orden con libertad o una total anarquía sin ninguno de ellos. Esta perspectiva no encontraría apoyo ni se extendió en la jurisprudencia. En opinión del juez William

²⁷ Christian Veterans of America era una organización fundada por Gerald L.K. Smith, cuyo objetivo era en parte la defensa de la moralidad.

²⁸ Robert H. Jackson fue Fiscal General de los Estados Unidos, Juez Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos y Fiscal Jefe durante el juicio principal dentro de los procesos de Núremberg, uno de los procesos más importantes de la historia, en contra del nazismo y lo que supuso.

Douglas²⁹, el cual redactó la opinión de la mayoría, “la función de la libertad de expresión, es invitar al conflicto o incluso provocar ira en la gente”. Por ello, podemos concluir que aunque se producen las situaciones que darían lugar al test de peligro claro y presente, no se considera contrario a la Primera Enmienda.

Nos encontramos con un caso en el que el contexto histórico de esas décadas no se puede comparar con la actual situación social, dado que el paso de casi 70 años provoca un cambio en la mentalidad de la sociedad, aun así ya la idea de libertad de expresión se refleja en las decisiones de la Corte, que buscan para una efectiva sanción de esa conducta, un elemento primordial, un peligro inminente que pudiera provocar una alteración del orden público.

Otro caso importante en nuestro objeto de estudio lo encontramos en **Beauharnais v. Illinois**³⁰. En este caso se juzga a Joseph Beauharnais antiguo presidente de la White Circle League³¹, una organización de un marcado carácter racista. Joseph se dedicaba a repartir una serie de panfletos en las calles de Chicago, que contenían expresiones racistas, atribuyendo delitos a los afroamericanos y animando a los poderes públicos a acabar con la invasión de la población afroamericana, término acogido por los integrantes de la organización. Se arrestó y acusó a Beauharnais de violar una de las leyes de Illinois que prohíben distribuir cualquier publicación que "exponga a los ciudadanos de cualquier raza, color, credo o religión a desprecio, burla u objeción." La Corte Suprema de Illinois confirmó su condena. Beauharnais apeló, alegando que la ley de Illinois violó sus derechos contenidos en la Primera y Decimocuarta Enmiendas. El Tribunal Supremo determinó, en

²⁹ William Orville Douglas fue un jurista y político estadounidense, nombrado juez asociado a la Corte Suprema por el presidente Roosevelt, su mandato fue el más largo de la historia de la Corte Suprema.

³⁰ Beauharnais v. Illinois 343 U.S. 250 (1952).

³¹ Esta organización fue creada el 9 de noviembre de 1949 con el propósito principal de “mantener barrios blancos libres de negros”. Una organización dirigida por Joseph Beauharnais de Illinois, con marcado carácter racista y discriminatorio.

una votación de 5-4, a favor del Estado de Illinois. El juez Felix Frankfurter³², de la Corte, dijo que el discurso de Beuharnais equivalía a difamación y, por lo tanto, estaba más allá de la protección constitucional.

Para tal resolución el Tribunal tuvo en cuenta las tensiones raciales del día, diciendo que el discurso de Beuharnais fue provocativo por las circunstancias. Por lo tanto, se confirma la condena impuesta, en base a que se viene afirmando que algunas leyes elaboradas por los Estados sancionan tales acciones, y por lo tanto, les está permitido también castigarlas. Como resultado, se establece que este tipo de lenguaje o discurso, no está protegido por la Primera Enmienda y dado que no está protegido no debe atenderse al test de peligro claro e inminente. Para argumentar su decisión los miembros del tribunal atienden a los disturbios raciales producidos en el Estado para justificar la prohibición de difamar falsamente a grupos religiosos o raciales, en sitios públicos y con intención de herir a los que van dirigidos.

Respecto a la decisión tenemos que tener en cuenta que no se tomo de forma unánime, prueba de ello es el voto del juez Black³³ (acogido por el juez Douglas), en el que establece que sus compañeros y miembros del tribunal utilizan de una manera poco acertada la jurisprudencia adoptada para tomar esta decisión. Ya que las *“fighting words”* (palabras belicosas) sólo se pueden considerar de esa manera y por ello ser sancionadas y condenadas, cuando se dirigen a un individuo como en *Chapinsky vs Illinois* y, por lo tanto, ser objeto de reproche legal, cuando van dirigidas a individuos y no a colectivos. El juez valora que en este caso el lenguaje utilizado no fue amenazante ya que se estaba utilizando para dar a conocer unas ideas que se podrían catalogar de interés público.

³² Felix Frankfurter fue un jurista, que sirvió como juez asociado de la Corte Suprema de Estados Unidos. Fue consejero del presidente Roosevelt. Junto con J.J. Landis describía el perfil adecuado de un integrante de la Corte: el juez debe alcanzar un alto grado en diferentes direcciones y combinar talentos que no se hallan a menudo juntos.

³³ Hugo Black fue un jurista estadounidense. Fue senador de Alabama. Juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde el 18 de agosto de 1936 hasta el 17 de septiembre de 1971. Fue miembro del Ku Klux Klan al cual renunció para postularse como senador.

Destaca que la decisión acogida por la mayoría del Tribunal va en contra de los derechos de las minorías ya que establece la capacidad de los estados de limitar ciertas expresiones.

Es destacable la opinión de los dos jueces nombrados anteriormente, la cual, es contraria a la mayoría del Tribunal, de ella extraemos que estos dos jueces están buscando la mayor amplitud del derecho de libertad de expresión siendo unos importantes defensores de tal idea. En este caso y después de observar la línea jurisprudencial que acoge la Corte debemos tener en cuenta los fallos disidentes del caso, que implicaron un ataque a las razones de la mayoría de la Corte. En este caso no se invalidó, por así decirlo la resolución, pero sí se relega por fallos y resoluciones de la Corte Suprema posteriores.

2.2.2. De las “*fighting words*” al “*clear and present danger*.”

La evolución de la sentencia **Brandenburg v. Ohio**³⁴ marca un punto de inflexión dando lugar al estándar que no marca cuando estamos ante discurso del odio o lenguaje del odio. En efecto el caso Brandermberg v. Ohio establece un nuevo criterio para poder interpretar la Primera Enmienda “*la acción ilegal inminente*” (*imminent lawless action*), se sustituye la doctrina del “*clear and present danger*”, ya que no cumple con su objetivo primordial porque pasado un tiempo no responde a la evolución acaecida en el marco del Tribunal. Para entender esta doctrina tenemos que atender a sus tres elementos que tratan de primero algo que puede ocurrir, que se puede producir en cualquier momento y que se realiza con intención de que se produzca.

Después de esta sentencia las resoluciones que se basaban en tal doctrina ya no estaban presentes, habían terminado y la libertad de expresión recupera bastante terreno. Lo que se puede observar en la sentencia con el cambio de doctrina, es que después de una larga época lo que sucedió es una aceptación de las políticas que venían defendiendo los jueces HOLMES y BRANDEIS, respecto a la libertad de expresión.

³⁴ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

En este caso, el líder del Ku Klux Klan³⁵ en Ohio, Clarence Brandenburg, organizó una manifestación solicitando que fuera cubierta por un reportero. El grupo del KKK ha sido siempre perseguido por incitación al odio, dado su carácter racista y discriminatorio. La manifestación incluía miembros del grupo, con la indumentaria que les caracteriza, y portando distintas armas. En la manifestación prendieron fuego a una cruz, gesto típico en sus reuniones, aparte procesaron gritos de odio sobre los afroamericanos y los judíos. En el mitin organizado, Clarence, señaló en su discurso que el grupo KKK tendría que llevar a cabo una venganza si el Gobierno y la Corte continuaban reprimiendo a los estadounidenses blancos. Se acusó, por parte del Estado de Ohio, a Clarence de infringir una ley estatal en la cual se condenaba la creación de un grupo de personas para promover el sabotaje, la violencia y cualquier forma ilegal de derrocar al Gobierno establecido.

Se le condenó con una multa económica y un periodo en prisión, Clarence, entendió que tal condena era injusta, dado que la ley en la que se basa la misma es contraria a la Primera Enmienda y por ello negó su constitucionalidad. Apeló ante el Tribunal Supremo de EE.UU, que entendió que el gobierno no puede sancionar el discurso problemático a no ser que se dirija a incitar una acción ilegal inminente. Hubo decisión unánime por parte del Tribunal en determinar que no había pruebas de que la acción llevada a cabo por Clarence incitara a una acción ilegal inminente o que se pudiera producir. La Corte Suprema invalidó la ley estatal de Ohio ya que prohibía la mera defensa de la violencia y por lo tanto era contraria la Primera Enmienda. Como podemos extraer del caso la Corte no condenó a Clarence ya que podía haber defendido y apoyado la violencia pero no incitarla, de ello podemos concluir que se hace una división entre apoyar y defender la violencia e incitarla para que esta se produzca de manera inminente. Aunque pudiera darse por probado que en su discurso Clarence utilizó las denominadas “figthing words” e insinuó una venganza hacia las instituciones políticas y judiciales, el Tribunal de forma unánime estableció que Clarence había sido condenado por una ley que abarcaba demasiado y que se salía del test de peligro claro e inminente.

³⁵ Ku Klux Klan es el nombre adoptado por varias organizaciones de extrema derecha en Estados Unidos, creadas en el siglo XIX, inmediatamente después de la Guerra de Secesión, y que promueven principalmente el racismo así como la supremacía de la raza blanca, la homofobia, el antisemitismo, el anti catolicismo, la xenofobia y el anticomunismo.

Establece DIAZ³⁶ que la sentencia que nos ocupa es un hito en la jurisprudencia de la Corte Suprema, respecto a la libertad de expresión y el discurso del odio ya que se modifica por medio de la Corte la jurisprudencia frente al discurso del odio y se adopta el criterio para ver si es lícito, el llamado criterio de la “*violencia inminente*”, o estándar de Brandenburg haciendo referencia al caso en concreto. Nos encontramos a mi parecer ante uno de los casos más importantes que se han producido a lo largo de la historia del “*discurso del odio*”. En él se establece la premisa que se ha ido adoptando por el tribunal, se trata de atender al criterio de la “*violencia inminente*” para considerar o no que se trata de un “*discurso del odio*”.

Avanzando en el tiempo nos encontramos con el caso del **Partido Nacional Socialista v. Pueblo de Skokie**³⁷. En 1977, en Skokie, Illinois, una ciudad en la que la mayoría de sus habitantes y residentes eran judíos los cuales habían sobrevivido a los campos de concentración nazis en la II Guerra Mundial, muchos de ellos incluso habían perdido parientes en esta etapa, en las cámaras de gas, por lo tanto se podría decir que nos encontramos ante una ciudad con un bajo número de habitantes y en la que la mayoría conocían de primera mano las barbaries del holocausto. Como era de esperar, muchos de los residentes de la ciudad se opusieron cuando el Partido Nacional Socialista pretendía organizar una manifestación en Skokie, ya que una manifestación de esas características suponía una ofensa hacia su grupo religioso. Se prohibió la manifestación por parte de las autoridades para evitar los posibles disturbios que se pudieran llegar a producir, llenos de violencia, produciendo destrozos de todo tipo, la ciudad decidió adoptar tres medidas legislativas (una clara búsqueda de prohibir tales manifestaciones). En la primera se requería que los grupos obtuvieran un seguro de responsabilidad, una cantidad elevada de dinero que cubriera posibles destrozos para así poder obtener el permiso para manifestarse de manera libre y legal, mediante una segunda ley se prohibió la distribución de material que promoviera el odio y la discriminación racial y religiosa, por último como tercera medida se prohibía manifestarse públicamente con indumentaria de carácter militar nazi.

³⁶ Díaz Soto: José Manuel: “Una aproximación al concepto de discurso del odio”. *Revista Derecho del Estado* 34 (2015), pp. 78 y ss.

³⁷ Partido del Nacional socialista de América v. El pueblo de Skokie, 432 U.S. (1977).

Los miembros del grupo Nacional Socialista entendieron que tales medidas acordadas eran contrarias a la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo estableció que las medidas acordadas eran inconstitucionales, estableciendo que si algún Estado quería restringir los derechos recogidos en la Primera Enmienda, debían acogerse a la doctrina de la “*acción ilegal inminente*”. Los tribunales llegaron al convencimiento de que la legislación adoptada no cumple los requisitos necesarios para poder limitar los derechos recogidos de la Primera Enmienda, de esta afirmación podemos deducir que supone legitimar el lenguaje racista sin límites ni restricciones. El caso se apeló ante la Corte Suprema que se negó a admitirlo, con ello lo que originaron es que el fallo del tribunal inferior se convirtiera en definitivo. Finalmente se decide no marchar por Skokie, por parte de los nacionalsocialistas.

Atendiendo a la autora STRUM³⁸, vemos como la libertad de expresión nunca puede ser restringida aunque los que se beneficien de tal situación sean personas que no lo merezcan por sus opiniones o ideas repulsivas. Y que en este caso, se puede valorar la razón de por qué, debe defenderse el derecho de libertad de expresión en su forma más amplia; el Tribunal entiende, que la mejor manera de combatir esas opiniones, es permitiendo que se manifiesten observando lo que provocan en la sociedad, que busca la verdad, en base a las opiniones o ideas que todo el mundo pueda tener.

Se trata de un asunto que originó una gran expectación, y se viene utilizando como referente en la libertad de expresión en EE.UU. Los lugares donde se produjeron las distintas manifestaciones, congregaron a un número alto de personas contrarias a tales ideas, demostrando con ello el poco apoyo que se procesa por estas ideologías extremistas. Para GASCON³⁹ esto es una victoria por parte de los defensores de una amplia libertad de expresión, ya que es un ejemplo de lo bien que funciona el mercado de ideas, donde los sujetos pueden observar todos los puntos de vista y acogerse a uno de ellos.

³⁸ Strum, Philippa: Cuando los nazis llegaron a Skokie. *Periódico de la Universidad de Kansas*. Kansas (1999), pp.15 y ss.

³⁹ Gascón Cuenca: Andrés: “La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista” *Portal de revistas de la Universidad de Granada*. (2013), pp. 161 y ss.

Otro caso objeto de nuestro trabajo es el de **R.A.V. v. Ciudad de St. Paul**⁴⁰. En 1990 un adolescente acompañado de otros en la ciudad de St Paul, Minnesota, formó con varios objetos una cruz, la clavó en el jardín de una familia afroamericana y la prendió fuego (símbolo utilizado por el KKK como hemos podido comprobar en los casos anteriormente mencionados). Se les arrestó y condenó en base a una ordenanza de la ciudad de St Paul en la que se prohíbe la exhibición de símbolos que puedan provocar alarma o indignación en unos sujetos por motivos de raza, color, religión u otros que puedan ocasionar tal situación. El Tribunal Supremo de Minnesota confirmó dicha condena y con ello la legalidad de la ordenanza. Se apeló ante la Corte Suprema, alegando que tal ordenanza era demasiado amplia. La Corte Suprema en una decisión tomada de manera unánime acordó que la ordenanza se excedía de amplitud, y por lo tanto era inconstitucional, afirmando que la razón por la que las *“fighting words”* son excluidas de la protección de la Primera Enmienda no es que ofrezcan una determinada idea, sino que el contenido de ésta encarna una intolerable forma de expresar tales ideas.

Podemos deducir que la ordenanza prohibía una serie de lenguajes intolerantes, y por lo tanto la posibilidad de perseguir una serie de ideas y otras no, por ello era inconstitucional. Un ejemplo para entender este caso mejor, sería, que cualquier persona bajo tal ordenanza podría afirmar que todos los racistas y antisemitas son unos bastardos, en cambio sería castigada al afirmar que todos los judíos son bastardos. Podemos decir que la ordenanza de San Pablo castigaba el habla con contenido específico. Esto lo hace inconstitucional bajo la Primera Enmienda. Coloca una particular carga sobre las personas que expresan prejuicios raciales, religiosos, por lo tanto discrimina contra un punto de vista particular, específico. Si comparamos este caso con el de Skokie, donde la población a la que iba dirigido el discurso no vió en ningún momento una amenaza real; simplemente se comprobó el rechazo de ese discurso en las personas, aunque no se dirigiera a ellos. En cambio en el presente caso dado los sucesos que se habían producido y la acción llevada a cabo ocasionaron temor en las personas a las que se dirigía tal mensaje.

⁴⁰ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. (1992).

Haremos una breve referencia al caso **Wisconsin v. Mitchell**⁴¹. En él no se violan los derechos de Mitchell por la aplicación de una penalización. En una noche de octubre en 1989, un grupo de jóvenes de raza negra, incluido entre ellos Mitchell, estaban reunidos en unos apartamentos de Wisconsin. Después de ver una película llamada *Arde Mississippi* (*Mississippi Burning*)⁴², mantuvieron una discusión respecto a una escena de la película en la que un hombre blanco golpeaba a un joven negro mientras este rezaba; al salir al exterior Mitchell les hizo una pregunta con remarcado odio hacia las personas blancas, al poco tiempo paseando en la acera de enfrente había un joven blanco, al verlo, Mitchell les hizo otra pregunta referente a si les gustaría golpear algún chico blanco y señalando al joven dijo que fueran a buscarlo. El grupo de jóvenes corrió hacia el joven y le golpearon brutalmente, debido a las contusiones quedó inconsciente y en coma durante cuatro días.

Se le condenó y el jurado determinó que debía ser agravada la condena porque el acusado seleccionó intencionadamente al joven por el hecho de ser de raza blanca. Mitchell apeló alegando que era inconstitucional la disposición de la ley de Wisconsin. Se determinó que la condena y la penalización son absolutamente constitucionales. Se pueden defender unas ideas, aunque sean de un marcado carácter racista, pero el derecho no permite la comisión de delitos y crímenes por razones racistas. Según la Corte, se producen consecuencias más graves, tanto para la víctima como para la sociedad, cuando el crimen se comete sobre una víctima que ha sido elegida por su condición racial.

Se puede señalar que la ley de Wisconsin aumenta la condena de tales crímenes no por castigar las posibles creencias fanáticas, del acusado en este caso, sino por las posibles repercusiones que pudiera tener ese crimen en la sociedad. La Ley de Wisconsin no es inconstitucional, porque no castiga a las personas por pensamientos que son ofensivos a los ojos de la ley. Esto claramente violentaría la Primera Enmienda, porque discriminaría sobre

⁴¹ Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. (1993).

⁴² Alan Parker, 1988. Es una película basada en hechos reales. Trata el asesinato de tres activistas pro derechos civiles, en 1964. En un pequeño pueblo donde impera el racismo, desaparecen tres activistas que luchan por la igualdad. Dos de ellos de raza blanca y uno afroamericano. Se descubre que fueron asesinados y comienza la búsqueda de los culpables en una espiral de violencia e intimidación desatada principalmente por el KKK.

la base del contenido del discurso. La Ley de Wisconsin sólo castiga el comportamiento, el proceso por el cual el criminal ha seleccionado a la víctima del crimen. Por todo ello, se considera una ley contraria a la Primera Enmienda. Se crearía un marco de temor a expresar tus ideas, la gente se autocensuraría por el miedo.

2.2.3. *El contenido neutral.*

Pasado un tiempo del caso de St Paul antes mencionado, el Tribunal Supremo de EE.UU volvió a valorar el caso de la quema de una cruz, acto que ocasionó el arresto de unos sujetos los cuales habían infringido una ley similar en Virginia. Es el caso **Virginia v. Black**⁴³ en 2003. En este caso, la resolución de la Corte sostuvo que podría existir una intimidación ilegal en el acto de la quema de la cruz, pero aun así la prohibición completa de quema pública de cruces sería una infracción de la Primera Enmienda. La Corte establece, que se puede escoger por prohibir ciertas formas de intimidación consistentes en la quema de cruces, que puedan inspirar miedo de sufrir daños corporales. Aun así incluyeron una referencia a que tales actos podrían ser enjuiciados probando su intencionalidad, algo que en el caso que nos ocupa no se hizo.

El gobierno quiso valorar su capacidad para poder regular tales formas de expresión que se asocian al odio racial y a la violencia. Como en el caso Skokie y St Paul la quema de cruces en EE.UU se vincula con el grupo Ku Klux Klan, el cual ha ido demostrando a lo largo de la historia un carácter racista extremo. La Corte estableció que la ley de Virginia, prohibiendo la quema de cruces, era inconstitucional aunque tal acción suele tener un afán intimidatorio y podría limitarse dado su evolución histórica como un gesto que puede propiciar una violencia inminente.

⁴³ Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

Partiendo de la Primera Enmienda el gobierno no podría prohibir la forma de expresión de una opinión porque la sociedad la encuentre ofensiva o repugnante. Se trata de una ley inconstitucional porque en resumen Virginia podría arrestar a un sujeto por el simple hecho de quemar una cruz y por tanto lo que hace, es buscar una supresión de esas ideas en concreto, ya que son contrarias a la mayoría.

La Corte en su decisión tomada por 6 a 3, estableció que la ley de Virginia castigaba la acción de quemar una cruz fuera cual fuera su objetivo. Aunque queda claro para la mayoría que reconocen, que quemar una cruz, es una forma intimidatoria de expresión y que en el pasado ha ocasionado episodios de violencia. En base a estos argumentos podemos decir, que la ley, no está dirigida a un enfoque de contenido particular, está dirigida a un discurso diseñado para intimidar.

Tradicionalmente, la quema de cruces en el sur de los Estados Unidos se ha visto legítimamente como una amenaza. La quema de cruces a veces representa una amenaza. Pero una cruz puede ser quemada con otro propósito. En este caso, Black afirmó que estaba tratando de reclutar nuevos miembros para el KKK, no intimidar a nadie. La ley define la quema de la cruz como intimidación. Por lo tanto, una persona arrestada por quemar una, se supone es culpable, lo que va en contra de los fundamentos del sistema de justicia de los Estados Unidos.

De los casos de *R.A.V. v. City of St. Paul* y *Virginia v. Black*, se desarrolla una nueva doctrina denominada, “*contenido neutral*”. En el primer caso nos encontramos ante una situación en la que se prendió fuego a una cruz frente a una casa, en la que vivían afroamericanos, el ponente de la opinión del Tribunal fué Antonin Scalia⁴⁴, para el Tribunal las normas aplicadas, como explica, favorecían la libertad de expresión del tolerante frente al intolerante. SCALIA plantea la doctrina “*content neutrality*”, por la que el Tribunal acepta que no se pueden prohibir ciertas ideas u opiniones por muy repulsivas que sean, si no hay riesgo de que se cometa un delito, el derecho de libertad de expresión ampara esas

⁴⁴ Antonin Gregory Scalia fue un jurista estadounidense y juez Asociado de la Corte Suprema de Estados Unidos, propuesto en el cargo por el presidente republicano Ronald W. Reagan.

manifestaciones. Por lo tanto podemos deducir que existe la libertad de ser intolerante, siempre y cuando no haya un riesgo para terceros.

Respecto al segundo caso, en el que un sujeto quemó cruces en la vía pública en un acto del Ku Klux Klan y se le procesó por ello, se apeló ante el Tribunal, que entendió en ese momento que los gestos llevados a cabo por la agrupación aunque se traten de gestos odiosos, no podían catalogarse como amenazadores. El juez THOMAS⁴⁵ establece que hay gestos que ya por su naturaleza e historia son amenazadores e intimidatorios, en este caso la quema de cruces es un símbolo del KKK que en sí mismo tiene un mensaje racista y amenazante, entiende que si no entran en la categoría de “*fighting words*” si lo hacen en la de “*fighting symbols*.”

A mi modo de ver, nos encontramos ante símbolos cuyo mensaje e intención han quedado más que demostrados a lo largo de la historia; comparto la opinión del juez THOMAS respecto a que los gestos de la quema de cruces es algo simbólico de la agrupación del KKK y que deja claro su marcado carácter racista. La pregunta que le haría yo al Tribunal es, ¿qué intención tienen los miembros del KKK cuando queman una cruz? Expresar sus ideas o intimidar y amenazar a los sujetos a los que se dirige tal mensaje. A mí juicio el discurso procesado por esta agrupación está dirigido a intimidar o podría catalogarse la quema de cruces como algo que no representa una amenaza, por ejemplo que sea para reclutar nuevos miembros. También el problema de esta situación está en la historia del gesto en sí, pero el prohibir el gesto sería un absurdo porque el que quema una cruz y no es del KKK ni de ninguna otra agrupación racista, no tiene por qué tener la intención amenazante e intimidatoria que tienen ellos.

El último caso a tratar sobre este punto es el de **Snyder vs Phelps**⁴⁶. En este caso ocurrido hace relativamente pocos años, nos encontramos con un sacerdote, Fred Phelps, fundador

⁴⁵ Clarence Thomas es un jurista estadounidense. Desde 1991 ha sido juez asociado de la Corte Suprema de Estados Unidos. Thomas es el segundo afroamericano que ha sido juez del alto tribunal. Se le asocia con el ala conservadora.

⁴⁶ Snyder v. Phelps, 562 U.S.(2011).

de la Iglesia Bautista de Westboro⁴⁷, con sede en Kansas. Fred Phelps y sus fieles seguidores, se dieron a conocer en el año 1998, con un piquete en el funeral de Matthew Shepard, mostrando distintos carteles con referencias insultantes hacia los homosexuales. A partir del ataque terrorista del once de septiembre, los miembros de esta Iglesia empezaron a acudir a los funerales de militares fallecidos, con una simbología similar a la antes mencionada.

En el funeral del marine Snyder, el cual fue asesinado en Iraq, se personaron distintos miembros de la Iglesia Bautista de Westboro para manifestarse como venían realizando desde el 11-S. La familia de Snyder denunció tales hechos, alegando que tal manifestación, les provocó una angustia emocional difícil de soportar.

La Corte falló a favor de los miembros de la Iglesia que se manifestaron ese día, aunque estableció que tal manifestación tiene una contribución pública escasa. La Corte consideró, que los integrantes de la Iglesia, tenían derecho a estar allí en ese momento y en cualquier otro que hubieran decidido. Se confirmó por lo tanto lo establecido por el tribunal inferior. Se sostiene que la Primera Enmienda protege a los que organizan una manifestación protesta en el funeral de un miembro del ejército. El juez John Glover Robert⁴⁸, sostiene que, dado que la manifestación se produjo en un lugar público, está protegido por la Primera Enmienda y no se podría prohibir por ser perturbador o repugnante.

Es uno de los casos que mayor repercusión social ha causado. Sobre el caso Snyder v. Phelps, haremos un breve referencia a los hechos. La Iglesia Baptista Westboro, se

⁴⁷ La Iglesia Bautista de Westboro es una iglesia independiente conocida por ser extremadamente homófoba, y sus críticas duras a las iglesias católicas, iglesias ortodoxas; así como a musulmanes, judíos, soldados estadounidenses y políticos varios. Era liderada por Fred Phelps y radicada en Topeka, Kansas, Estados Unidos.

⁴⁸ John Glover Roberts, Jr. Es el actual presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, nombrado por George Bush. Antes de unirse a la corte era un juez de la corte de apelaciones de Columbia. Ejerció como abogado privado y tuvo cargos en el Departamento de Justicia de Estados Unidos y en la oficina del consejero de la Casa Blanca.

dedicaba a manifestarse, en funerales de miembros del ejército estadounidense, con mensajes como que los soldados son maricas, que Dios les odia, que los curas violan niños. El padre de Snyder les demandó, ganando en las distintas instancias, lo que provocó que Phelps apelara ante el Tribunal, este le dio la razón apoyado en su criterio de respeto al derecho de libertad de expresión, de manera absoluta, si no hay un riesgo real e inmediato de violencia (se mantiene el criterio doctrinal anterior), se produjo un voto disidente del juez Samuel Alito⁴⁹ que estableció, que para tener una sociedad en la que los asuntos públicos puedan ser debatidos, no es necesario permitir la infamia de víctimas inocentes.

Hay otro voto disidente en este caso, alegado por el juez ALITO, que establece, partiendo del enfoque liberal reconocido por todos, que el debate libre y abierto es total, no puede tomarse como una licencia como en este caso, en el que se ataca de una manera insultante a Matthew y que la intención fue infligir dolor, para atraer la atención del público. Hay una serie de argumentos a tener en cuenta en este caso, por ejemplo la Primera Enmienda no otorga a las personas el derecho de expresar opiniones de una manera que perjudique a los demás. Esto es especialmente cierto cuando las personas perjudicadas son personas privadas, no figuras públicas, además, aquí eran individuos privados, en particular, el funeral de un miembro de la familia, algo verdaderamente doloroso para la mayoría de las personas. La Iglesia Bautista de Westboro estaba manifestándose sobre asuntos públicos, como el papel de homosexuales en el ejército, como bien sabemos el discurso sobre asuntos públicos tiene un alto nivel de protección por la Primera Enmienda.

La Iglesia Bautista de Westboro puede tener el derecho de expresar sus puntos de vista, pero al apuntar a las familias afligidas, lo están haciendo en un lugar y en un momento inapropiado, además, algunos de sus signos apuntan específicamente a la familia, por lo tanto no es público del todo.

Estoy de acuerdo con la opinión disidente del juez ya que para mí, no hay nada de público en el funeral de un miembro del ejército porque es un acto que se suele reservar al ámbito

⁴⁹ Samuel Anthony Alito es un jurista de los Estados Unidos, nombrado miembro del Tribunal Supremo por el presidente George W. Bush tras el retiro de la jueza Sandra Day.

privado, a sus familiares y debe ser bastante doloroso y frustrante que mientras estés velando y enterrando a tu hijo se produzca la situación antes mencionada, para algunos autores no se veía ninguna razón por la que la familia tuviera que sufrir tal trato y porque no todos los mensajes sean difamatorios eso no da cobijo a los que sí lo son, pienso que si la razón de la no sanción, es que no se produce un peligro o una violencia inminente, no es del todo acertado porque el injuriar a una persona fallecida en su entierro y ante toda su familia podría provocar incidentes entre manifestantes y familiares, algo que sí escapa de la libertad de expresión.

En este caso, observando la valoración que dan los jueces considero que el hecho de acudir a funerales para manifestar ideas (por muchos consideradas despreciables) provoca que nos encontremos con un plus, ese plus es que tales manifestaciones se expresen en el funeral y contra el fallecido. Se puede entender dentro del marco de la libertad de expresión, que se hagan manifestaciones en contra de lo que ellos consideran perjudicial para la fe católica, pero que la libertad de expresión ampare el acudir al funeral (que debería ser un acto privado) a procesar esas ideas en contra del fallecido, excede un poco lo que considero como libertad de expresión, dado que puede ocasionar una violencia inminente frente a ese grupo religioso que se manifiesta, por parte de los familiares del fallecido que recibe sepultura. El Tribunal consideró que era un lugar público y que se trataba de un asunto de interés público. Sin embargo, a mi parecer no es de interés público la vida privada de los marines como he mencionado anteriormente.

2.3. Visión restrictiva del discurso de odio.

Para el modelo americano, la libertad de expresión es la cima de la pirámide de su sistema. Esto conlleva, que una vez haya discurso de odio, el modelo americano dará prioridad a la libertad de expresión por encima de la dignidad de personas o colectivos; de todo esto podemos decir que poseen una visión restrictiva de este discurso. Como ya hemos mencionado anteriormente, se considera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos ha sido la fuente de inspiración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la libertad de expresión.

Aun siendo fuente de inspiración el enfoque dista entre uno y otro respecto al discurso de odio, el modelo norteamericano basa sus actuaciones en un enfoque liberal en que la libertad de expresión es un valor primordial de la sociedad y que el Gobierno no puede inmiscuirse en el y su desarrollo, teniendo una mayor tolerancia. Este último inciso, se debe a la convicción de que el Gobierno puede causar más perjuicios que beneficios a la hora de valorar la libertad de expresión.

El considerarse una gran nación unida, formada por distintos Estados ayuda a que se acoja con mayor facilidad la jurisprudencia y las sentencias, que en el caso europeo en el que debe acogerse por un mayor número de culturas con sus propias características.

Es importante poder apreciar las diferencias, y poder establecer cuál es el modelo más acertado y justo. En el modelo estadounidense se aprecia una visión en la que los intolerantes son tolerados en busca de una sociedad más libre. Por el contrario en Europa cada vez se reprime más el mensaje del intolerante.

Uno de los puntos más importantes es la probada desconfianza que tienen los estadounidenses hacia el Estado, que para ellos es el que puede privarles de su libertad y no dejan la más mínima posibilidad de que tal cosa se produzca.

3. EL DISCURSO DE ODIOS EN EUROPA EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Para poder comenzar con el segundo apartado de nuestro trabajo debemos hacer una referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su función. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también conocido como "Tribunal de Estrasburgo") es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados que lo han suscrito. Se trata de la máxima autoridad judicial, para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa.

Pues bien, aclarada la función del TEDH, nos centramos en la libertad de expresión propugnada por este, nuestra sociedad, se encuentra en un país democrático donde uno de los derechos más importantes y valorados, es el de la libertad de expresión. Prueba de ello, son los distintos instrumentos internacionales que enuncian tal derecho, como uno de los más importantes. Por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo diez consagra el derecho de libertad de expresión en el que establece que:

1. "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."

Pues bien el TEDH reconoce, que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, aunque sus limitaciones y restricciones tienen que llevar causa justificada para poder llevarse a cabo.

Un límite a este derecho es el discurso de odio, principal objeto de nuestro trabajo, que se define como *“cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia.”*

Por así decirlo, nos encontramos ante un modelo europeo, el cual podemos catalogar como diferenciado al modelo norteamericano, explicado en la primera parte de nuestro trabajo. Esta perspectiva europea acoge al modelo de democracia militante, por lo tanto no permite una democracia tolerante, sino que al contrario del modelo americano, busca una democracia, que no sea tolerante con los intolerantes, que no permita el exceso en el ejercicio de algunos derechos, que puedan implicar intolerancia hacia algunos sujetos.

En mi opinión, el modelo europeo se acoge a estos límites, para garantizar el respeto y la no extralimitación en los derechos, es importante para los europeos, que no haya ningún atisbo de discurso de odio, que pueda provocar que vuelvan a suceder alguno de los acontecimientos históricos que han provocado el exterminio y discriminación de distintas etnias o razas, presente en la II Guerra Mundial⁵⁰ y en la guerra de los Balcanes⁵¹ por

⁵⁰ La II Guerra Mundial fue un conflicto militar global que se desarrolló entre 1939 y 1945. En este se vieron implicadas la mayor parte de las naciones del mundo, incluidas todas las grandes potencias, agrupadas en dos alianzas militares enfrentadas: los Aliados de la Segunda Guerra Mundial y las Potencias del Eje. Fue la mayor contienda bélica de la Historia, con más de cien millones de militares movilizados y un estado de *guerra total* en que los grandes contendientes destinaron toda su capacidad económica, militar y científica al servicio del esfuerzo bélico, borrando la distinción entre recursos civiles y militares. Marcada por hechos de enorme repercusión histórica que incluyeron la muerte masiva de civiles, el Holocausto y el uso, por primera y única vez, de armas nucleares en un conflicto militar, la Segunda Guerra Mundial fue el conflicto más mortífero en la historia de la humanidad, con un resultado final de entre 50 y 70 millones de víctimas.

⁵¹ Las Guerras de los Balcanes fueron una serie de conflictos en el territorio de la antigua Yugoslavia, que se sucedieron entre 1991 y 2001. Comprendieron dos grupos de guerras sucesivas que afectaron a las seis ex repúblicas yugoslavas. Las guerras se caracterizaron por los conflictos étnicos entre los pueblos de la ex Yugoslavia, principalmente entre los serbios por un lado y los

ejemplo. Hechos que han marcado claramente, el devenir de la opinión del Tribunal y de la sociedad europea en sí, ya que fueron hechos muy significativos en la creación de la Unión Europea⁵², y sobre todo, la limitación y abuso que sufrieron algunos colectivos en sus derechos, fue lo que ayudó a la formación de una idea opuesta al modelo norteamericano.

3.1. Evolución jurisprudencial.

Una vez claro el cometido del TEDH, vamos a analizar los casos de mayor importancia y que han ido marcando la jurisprudencia del TEDH. Al igual que el Tribunal Supremo de Estados Unidos el TEDH deberá aplicar, a la hora de analizar los criterios adecuados cuando haya un conflicto entre dos derechos, la importancia y valor de la libertad de expresión y la dignidad, y en base a esos criterios, determinar la protección acorde a cada uno.

croatas, bosnios y albaneses por el otro; aunque también en un principio entre bosnios y croatas en Bosnia-Herzegovina. El conflicto obedeció a causas políticas, económicas y culturales, así como a la tensión religiosa y étnica. Hubo muchos detonantes, pero los principales fueron la abolición de la autonomía de Kosovo por Milosevic, y sobre todo que los serbios de la región croata de la Krajina declararan su separación de Croacia en marzo de 1991, lo que llevó a Croacia y a Eslovenia a declarar unilateralmente su independencia y producir un efecto contagio en el resto de repúblicas yugoslavas. Debido al choque entre el nacionalismo serbio (Milosevic) y el croata (Tudjman) se degeneró en una guerra muy violenta. Meses después el 15 de enero de 1992 los países europeos de la CE y la comunidad internacional reconocen la independencia de Eslovenia y Croacia, provocando el fin de Yugoslavia, aunque Serbia y Montenegro seguirán usando esta denominación (sin reconocimiento internacional) hasta el 2003.

⁵² La Unión Europea es una comunidad política de derecho constituida en régimen *sui generis* de organización internacional nacida para propiciar y acoger la integración y gobernanza en común de los Estados y los pueblos de Europa.

El artículo más importante y en el que se basa principalmente el análisis que realiza el TEDH es el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En él se recogen las libertades de expresión, opinión, a transmitir y recibir información y opinión. Podemos decir, que a partir del análisis de las distintas sentencias, podremos establecer los criterios del Tribunal. Los procesos que acoge el Tribunal son una vez agotadas todas las vías nacionales, y de ellos podemos establecer la predisposición del TEDH respecto a la defensa de los derechos. Para poder determinar, si estamos ante libertad de expresión o discurso de odio el TEDH analiza; en primer lugar la intencionalidad del sujeto en sus declaraciones. Si son para informar de cuestiones públicas o por el contrario, pretenden discriminar y causar perjuicio a determinados sujetos o colectivos. También analiza si la expresión es un juicio de valor o la verificación de un hecho y si son cuestiones de interés público. Para finalizar, debe atender al contexto en el que se emite el mensaje y al medio elegido para ello. A continuación analizaremos diversos asuntos que han marcado la jurisprudencia del TEDH.

3.1.1. - *Caso Féret.*

Junto a las referencias anteriores, es llamativo el tratamiento que recibe el discurso del odio en el TEDH y su jurisprudencia, el caso que a continuación vamos a analizar refleja claramente el tratamiento ofrecido por el Tribunal en lo relativo al discurso de odio.

El primer caso que nos ocupa, es el **Féret c. Bélgica**, de 16 de julio de 2009, el Tribunal sostuvo por cuatro votos a tres, que no se había violado el artículo 10 del CEDH respecto a la condena que se le había impuesto por incitar públicamente, a la discriminación o el odio, una vez analizadas las quejas recibidas, por los panfletos distribuidos por el demandado durante la campaña electoral. Se trata de un juicio muy interesante y llamativo, en él el TEDH centra los límites de la libertad de expresión, en este caso, con la incitación al odio y la discriminación, dicho de otra manera el discurso de odio.

Podemos decir, como resumen de la decisión del TEDH, que si bien la libertad de expresarse es un factor importante en una sociedad democrática, es particularmente importante para una persona que es un representante electo del pueblo, como es el caso que nos ocupa. Él representa al electorado y defiende sus intereses. Como tal, el tribunal, reiteró la importancia de que los políticos, se expresen en público, ya que las posibilidades de llegar a un público más amplio y la capacidad de influencia son mayores, por lo tanto, la necesidad de evitar comentarios, que puedan fomentar la intolerancia es un elemento a tener en cuenta. En un contexto electoral, los argumentos naturalmente, se vuelven más contundentes, y por eso, el impacto del discurso racista y xenófobo se magnificaría. En el presente caso, había una necesidad imperiosa, de proteger los derechos de las minorías y la comunidad de inmigrantes.

Centrándonos en los hechos, entre 1999 y 2001, hubo una serie de denuncias relativas a la distribución de panfletos y carteles por parte del Frente Nacional Belga, en ellas se denunciaba la incitación al odio, la discriminación y la violencia en virtud de una ley que sancionaba tales actos. El señor Féret era miembro del parlamento belga en ese momento y editor de las distintas publicaciones del partido del que formaba parte. Se le retiró su inmunidad, de la que gozaba por ser parlamentario, y se iniciaron procedimientos contra él, ya que era el autor de los panfletos. El Tribunal de Apelación de Bruselas estimó que la intención de Féret era incitar claramente a la discriminación y no lo hacía dentro de su condición de parlamentario y en el ejercicio de su función, sino con la pretensión de discriminar, por razones de raza, color, etnia. El tribunal le condenó a una serie de horas de servicio a la comunidad, añadiendo, que debían realizarse, acordes a las actividades de integración del inmigrante o, en su defecto sustituirlo por unos meses en prisión, diez concretamente, y añadiendo otras penas accesorias como no poder ser elegido por sufragio. Féret consideró que su condena no se ajustaba a derecho y que era contraria a su derecho de libertad de expresión por ello solicitó pronunciamiento sobre la cuestión al TEDH. Por el contrario el TEDH no encontró indicios de que se violara su derecho de libertad de expresión, estableciendo que había que proteger el orden público y los derechos de los demás en una sociedad democrática.

En los panfletos, objeto de la controversia, se podían leer distintos mensajes como por ejemplo: *“Implicaros en lo que os afecta”*, en referencia a establecer una prioridad a la hora de obtener empleo para los belgas y los europeos que vivieran en Bélgica, se buscaba una repatriación de los inmigrantes, una preferencia de los belgas y europeos, cambiar los centros de refugiados, por albergues para los sin techo belgas, impedir que hubiera una seguridad social para todos y establecer una separada de los inmigrantes. En otro panfleto se podían leer mensajes como: *“hay que oponerse a la islamización”*, *“finalizar con las políticas de integración”*, *“expulsar a los parados extranjeros no europeos”*, etc. Se promueve dificultar el acceso a inmuebles, por parte de inmigrantes, para evitar guetos y la salvación ante el *“Islam conquistador”* (denominación que ellos establecieron). En otro panfleto se podía observar un rechazo hacia la política de inmigración, que se estaba llevando a cabo por los poderes políticos de ese momento, analizando, que de todos los países, Bélgica era el más rápido a la hora de naturalizar a los sujetos, que la mayoría eran unos ladrones. Otro mensaje objeto de denuncia, es el que contiene el título *“es el cuscús clan”*, donde se representaba a una mujer cubierta con un velo y un hombre con un turbante, que sostenían un letrero, en el que figuraba la frase *“El Corán dice: Matad a los infieles hasta que corra un baño de sangre”*, en la parte inferior se podía leer *“El Frente Nacional dice NO”*, y posteriormente añadiendo *“Atentados en los EE. UU.: es el cuscús clan”*.

Por parte del TEDH se observa, que, en los folletos se generaliza de una manera que presentaba o caracterizaba a los inmigrantes como criminales, deseosos de obtener cualquier remuneración por parte del Estado belga, pretendía burlarse de los inmigrantes, todo ello implicaba una posibilidad de que los menos informados acogiesen tales ideas como suyas siendo totalmente reprobables. La Corte reconoció que los representantes elegidos, tenían un derecho de libertad de expresión de mayor importancia, siendo elemental para los políticos, por ello entiende el TEDH que al expresarse en público y ante los votantes hay que evitar un lenguaje que pueda fomentar ideas intolerantes, en este caso, el discurso se magnifica por encontrarse dentro del contexto de unas elecciones. Está claro que establecer soluciones a los problemas implicando, como principal causa de ellos, a los inmigrantes y a la inmigración, podía originar una tensión social importante. Se establece que en este asunto había una necesidad imperiosa de proteger a los inmigrantes que se encontraban en Bélgica.

Se trata de una decisión, que destaca la importancia del ejercicio del derecho de libertad de expresión en el ámbito del discurso político, como en el caso que nos ocupa, y que el sancionado, es un representante parlamentario de un partido político, esto es uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta, ya que el discurso político es uno de los más protegidos por la libertad de expresión, el TEDH mantiene, que no hay lugar, a las restricciones a la libertad de expresión, en el ámbito del discurso político, y de haberlas, deben ser motivadas. Por mayoría de cuatro votos a tres el TEDH deniega el amparo solicitado por Féret, concluyendo, que el discurso empleado, incitaba a la discriminación y el odio racial, y que ello no puede ser camuflado por el proceso electoral.

Resulta interesante la discrepancia existente en el TEDH, a la hora de valorar el discurso de odio, los jueces que ofrecieron su voto disidente concluyeron que se violaba el artículo 10 de CEDH. Analizando para ello los panfletos, que los catalogaron como para de un debate político y que no se incitaba a la violencia, ni a la discriminación y que restringir la libertad de expresión en el contexto de un debate político, solo puede llevarse a cabo cuando hay casos de incitación directa a la violencia o con actos discriminatorios. Los jueces no apoyaron la decisión de sanción respecto a las horas de servicio comunitario como a los diez meses de prisión y la prohibición de no volver a ser elegido en diez años. Aun después de lo aportado por los jueces disidentes, no cambiaron la perspectiva a los jueces que formaban la mayoría; establecieron que las autoridades actuaron de manera correcta y dentro de las posibles restricciones al derecho de libertad de expresión.

Como establece ALCACER GUIRAO, es llamativo que el Tribunal, en lo referente al discurso del odio, renuncia a sus presupuestos, recogidos en su jurisprudencia, sobre libertad de expresión y rebaja enormemente el grado de protección atribuido con carácter general a la expresión política, llegando a exigir de los representantes políticos una mayor contención en el discurso. Así, la sentencia manifiesta que: *“si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino”*. Los políticos pueden

*“recomendar soluciones para los problemas relativos a la inmigración. Sin embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas”.*⁵³

3.1.2. - Caso Garaudy.

Otro caso objeto de nuestro análisis, se llevó a cabo en Francia, es el caso **Garaudy c. Francia** en el 2003. Para obtener una valoración lo más acertada posible de la sentencia que nos ocupa, debemos hacer referencia a BILBAO UBILLOS⁵⁴. Es uno de los casos más relevantes en materia de negación del holocausto. Se trata de una de las decisiones, más importantes, a la hora de valorar la negación del holocausto, como parte del discurso del odio.

Un conocido escritor y filósofo, Roger Garaudy, escribió bastantes artículos en referencia a distintas cuestiones históricas; algunas asociaciones, que velaban por los derechos humanos, denunciaron esas publicaciones, por hacer negaciones de los crímenes cometidos contra la humanidad y promover el odio racial. En ellas se denunciaba el contenido de algunos párrafos de la obra, donde se podían observar frases del estilo: *“el mito del holocausto”* o *“el mito de la justicia de Núremberg”*; de estas denuncias, se dio pie al inicio de distintos procedimientos contra Roger. El Tribunal de apelación de París, ratificó las condenas impuestas por los tribunales inferiores y confirmó con ello la culpabilidad de Roger, como negacionista de crímenes contra la humanidad, provocar el odio racial, y de difamación ante la comunidad judía.

⁵³ Alcácer Guirao: Rafael: “Victimas y disidentes. El *“discurso de odio”* en EE.UU. y Europa.” *Revista de Derecho Constitucional Española*. 103, (2015), pp. 45 y ss.

⁵⁴ Bilbao Ubillos: Juan María: “La Negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”. *Revista de Derecho Político*. 71-72, (2008), pp. 19 y ss.

Se estima por parte del Tribunal, que las afirmaciones de Roger son negacionistas y por tanto se le condenó a multas de prisión y económicas. El Tribunal de apelación reconoció que no hay lugar a duda, a la hora de establecer que el cometido de la publicación de Roger, era negar la existencia del holocausto. Con ello Roger resta importancia al exterminio de la raza judía por medio de las cámaras de gas y de los fusilamientos que se cometieron, para él se trato de una expulsión de los judíos hacia el este, establece que debe haber un debate público entre especialistas en la materia, que hay infinidad de documentos e informes que lanzan dudas en lo que respecta al exterminio cometido. También aclara que el exterminio se utiliza como arma política de algunos partidos.

El Tribunal establece, que Roger niega toda acción que se llevase a cabo para que se produjera la llamada solución final, que para él, no consistió en el exterminio sino en expulsar del territorio a la comunidad judía y al resto de presos. Defendía que el número de víctimas judías y como murieron era a causa de enfermedades y del trabajo forzoso. Para Roger catalogar de exterminio es algo irreal, ya que Hitler necesitaba para sus planes mano de obra y no tenía sentido eliminar a los posibles trabajadores. Roger Garaudy establece, que no hay pruebas suficientes para afirmar la solución final ni que en Auschwitz hubiera cámaras de gas. Todas estas afirmaciones corroboraban el delito imputado por las autoridades francesas a Roger. Este recurrió afirmando que se trataba de una obra política. La Corte de Casación francesa ratificó las condenas, aglutinando las penas en una sola de prisión y aumentando las cuantías de las multas. Un agravante sería la especial gravedad que revisten estos hechos, ya que su pretensión era tirar por tierra, unos valores con los que ahora se lucha contra las distintas formas de racismo. Roger pretende denigrar a la comunidad judía, para ello intenta dar pie a un sentimiento contrario a la comunidad, formando unas ideas que atentan contra los valores de nuestra sociedad.

Se confirma por parte del Tribunal, que las decisiones que se habían recurrido, eran bastante claras a la hora de valorar el sentido e intención de las palabras de Roger en su obra. Se reclama por parte de Roger Garaudy, en su demanda dirigida al TEDH, la violación de su derecho de libertad de expresión. Para él, castigar la cuestión de la existencia o no de crímenes contra la humanidad, lleva consigo la imposibilidad de que haya un debate histórico con todas las garantías, ya que la negación, lleva aparejada condena, por

ello, ha sido condenado y sancionado en base a leyes que son contrarias al artículo 9 y 10 del CEDH, también, a modo de rechazo por la condena, se queja de una incorrecta valoración de los tribunales franceses a sus artículos. Aclara Roger que no ha negado la existencia de crímenes nazis contra la comunidad judía, ni que no fueran crímenes de guerra. En su libro, pretende criticar políticas del Estado de Israel, pero no por ello, atacar a la fe judía y su comunidad. Por todo ello y añadiendo que no tenía pensamientos racistas ni antisemitas en ningún momento, debía haberse beneficiado del ejercicio del derecho de libertad de expresión sin que pueda ser restringido.

Sostiene Roger, que no resta importancia a los hechos acaecidos, sino que hace un trabajo comparativo con otros pueblos, que también han sido perseguidos y para él no han obtenido la misma repercusión que el pueblo judío. Afirma Roger, que su pretensión solo era la de equiparar los derechos de los pueblos, a que no sean perseguidos y tratados de forma diferente. También hace alusión, a su descalificación de las instituciones y como su objetivo, era no limitar la memoria histórica a una sola categoría de víctimas. En lo relativo a la visión que Roger tenía de la solución final, afirma, que siempre ha sido objeto de discusión entre los historiadores este punto y establece, que tiene derecho a expresar su opinión, de manera libre sobre este asunto. En lo relativo al número de víctimas y la causa de su fallecimiento Roger establece que la cifra de seis millones, ha sido exagerada para convertir los crímenes nazis en el mayor genocidio perpetrado. Pero en realidad, lo horrible del genocidio, no es el número de víctimas que es algo espeluznante, sino el sufrimiento de estas. Por último en relación a las cámaras de gas, Roger se justifica diciendo, que tal información es citada en documentos que para él y su pensamiento eran serios y que tales afirmaciones en citas no podían catalogarse como negacionismo.

En aplicación de la doctrina, se considera por parte del Gobierno, que el objetivo primordial de los escritos de Roger, era crear una duda conforme al holocausto y que por ello hizo tales afirmaciones.

El TEDH advierte de su posición de no pronunciarse sobre elementos constitutivos, de delito de negación de los crímenes contra la humanidad, de la provocación al odio racial, de la difamación pública racial en el derecho francés. Que es labor de las autoridades

nacionales francesas y más concretamente, corresponde a los tribunales, aplicar el derecho nacional. La tarea del TEDH es observar bajo el artículo 10 del CEDH las decisiones acogidas por los tribunales. Respecto a la condena nadie puede prevalerse del CEDH, para la realización de actos, que sean contrarios a las disposiciones contenidas en el.

La obra elaborada por Roger, examina de manera detallada algunos acontecimientos históricos, para ello se sirve de numerosas citas, con ellas se rechaza la realidad ocurrida, está claro que el debate entre los historiadores es poco posible en lo relativo al holocausto, porque son hechos bastante claros y demostrados. Por lo tanto y como han afirmado los tribunales nacionales Roger pretendía con sus tesis negacionistas poner en cuestión los crímenes contra la humanidad de los nazis. Para el TEDH la negación de estos crímenes es una de las maneras más sutiles de difamar a la comunidad judía. El negar tales hechos, pone en cuestión, la lucha contra el racismo y la discriminación. El TEDH establece que la obra de Roger tiene un marcado carácter negacionista y por lo tanto, va en contra de los valores propugnados por el CEDH.

El TEDH consideró, que no puede entenderse amparada por la libertad de expresión la negación del Holocausto, porque implica un propósito «de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos». Pero en esta ocasión, puntualiza la sentencia, los artículos, que desencadenaron el litigio judicial, negaban la realidad del holocausto con la declarada finalidad, de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto, y el Tribunal, tuvo muy en cuenta esa intención, de acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia.⁵⁵

3.1.3- Caso Stern tanlats y Roura capellera. c. España.

⁵⁵ Bilbao Ubillos: Juan María: “La negación del holocausto no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007). *Revista de Derecho Constitucional*. 85, (2009), pp.299 y ss.

Nos encontramos ante un procedimiento importante, para el devenir de los delitos de injurias y calumnias hacia la Corona. El caso tiene su inicio en distintas demandas interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra el Reino de España, por dos nacionales españoles, los sujetos son los señores Enric Stern y Jaume Roura como demandantes.

Se alegaba por parte de los demandantes, una vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 9, en relación con el 10. Para entender mejor la postura del TEDH y de los demandantes, debemos atender a los hechos acaecidos en este episodio. Se trata de dos sujetos nacidos en la comunidad autonómica de Cataluña concretamente en Girona y Bañolas respectivamente.

Mediante sentencia, del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional. Se les condena a los demandantes por un delito de injurias a la Corona, en base al artículo 490.3 del Código Penal. Los hechos constitutivos de tal condena son, que en la ciudad de Girona los dos sujetos, los cuales son mayores de edad y sin antecedentes penales, quemaron una fotografía de sus Majestades los Reyes de España, la foto fue colocada boca abajo, antes de proceder a prenderla fuego; todo ello en el curso de una concentración en la Plaza de Vino. A esa concentración, le había precedido una manifestación, en la que se portaba en primera línea una pancarta, donde se podía identificar el mensaje con la frase *“300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”*.

Los acusados, se cubrieron el rostro para no ser identificados, y colocaron la foto de gran tamaño boca abajo, como hemos hecho referencia anteriormente, y se procedió en medio de la plaza por los dos acusados a rociarla con un líquido inflamable y a prenderle fuego con una antorcha, todo ello siendo vitoreados y aclamados, por las varias decenas de personas que se habían reunido en esa plaza. Se consideró por parte del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, que la intención fue evidentemente, menospreciar la figura de Sus Majestades los Reyes, en el transcurso de una manifestación, en la cual se tachaba a la dinastía de los Borbones, de fuerza ocupante de la Comunidad Autónoma catalana. Establece igualmente, que para manifestar ser contrario a la institución de la

monarquía, no es necesario menospreciar a los Reyes de España, hasta el punto de prender fuego a una fotografía suya colocada boca abajo. Se impuso una pena como autores de un delito de injurias contra la Corona. Ya que los dos demandantes nunca habían sido condenados y carecían de antecedentes penales, el Juez valoró y estimó imponer una multa. Se confirma por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la sentencia. Estableciendo, que a través del tipo penal antes mencionado, sólo se protege el honor del Rey, de manera, que vaya asociado al ejercicio de su función constitucional, por lo tanto otro ataque fuera de ese ámbito tendrá la misma protección que la general a las injurias contra cualquier sujeto, por lo tanto lo que protege el artículo son los bienes jurídicos colectivos, no los individuales.

Se concluye, por la Audiencia Nacional, que los demandantes habían sobrepasado los límites de los derechos de libertad de expresión y opinión, argumentándolo de la siguiente forma: los asistentes al acto protesta, ejercían su derecho, con una libertad absoluta, sus opiniones e ideas se difundían sin restricción alguna, sin embargo, representar un juicio a los Reyes, en el que colocan la fotografía boca abajo y la impregnan de sustancia inflamable para posteriormente prenderle fuego, como parte de su desprecio hacia tal institución sobrepasa los límites antes citados. Seis de los Magistrados del Pleno, expresaron votos particulares. Los demandantes pagaron la multa una vez que la sentencia, adquirió su carácter de firmeza.

Se recurre por parte de los demandantes al Tribunal Constitucional, aludiendo que se habían vulnerado sus derechos de libertad de expresión y opinión, protegidos por el ordenamiento constitucional español. El Tribunal Constitucional en su sentencia establece, que el acto por el que se les acusa, no podía estar amparado por la libertad de expresión y opinión cuando lo que pretendían, con esas opiniones y acciones, era una incitación al odio y a la violencia, contra las figuras de Sus Majestades los Reyes y a la monarquía como institución. Para establecer su conclusión, el TC lo hizo de la siguiente forma: *“La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE). Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una*

incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza. En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.” Cuatro de los Magistrados formularon votos particulares, en los que patrocinaban la estimación del recurso de amparo interpuesto por los demandantes.

Aún con la conclusión del Tribunal Constitucional español, el TEDH estimó oportuno, juzgar las sentencias de los demandantes y su alegato de violación del artículo 10 de CEDH, entienden los acusados, que la sentencia vulnera su derecho recogido en el artículo antes mencionado. Se establece por parte del Gobierno, que deberían ser inadmitidas las demandas en aplicación del artículo 17 de Convenio que prohíbe un abuso de derecho, y por estar relacionado tal abuso con una incitación a la violencia y al odio. Por los demandantes se alega que no ha habido tal incitación al odio.

Se considera por el TEDH, que tales argumentos no defendidos por el Gobierno, no son válidos y declara admisible la demanda. Se mantiene por el Gobierno, que los tribunales españoles han actuado, acorde a la jurisprudencia del TEDH en lo relativo a esta materia del discurso de odio, reitera que el acto realizado por los demandantes, es una incitación al odio, por el resultado que se ha obtenido a continuación, dando lugar a acciones violentas, como la acusación a los demandantes, que habría provocado distintas actuaciones violentas en Barcelona y Madrid. Sostienen los demandantes, que tal condena no era proporcional al objetivo que perseguían, el Gobierno y los tribunales como “*necesaria en una sociedad democrática.*” También señalan los demandantes que tales actos, no se dirigían en contra de creencias, religiones, razas. Se defienden alegando, que acorde a otros asuntos en actos públicos, el uso de símbolos está amparado por la libertad de expresión.

En sintonía con los demandantes la organización internacional ARTICLE 19⁵⁶, considera que la prohibición de insultar o menospreciar a los Jefes de Estado, sobretodo utilizando como medio el Derecho penal, es algo, que se vuelve en contra de los principios democráticos en los que el Gobierno y sus representantes, se someten a un examen por parte de los ciudadanos. Para ver cuál es el límite, tenemos que atenernos a la diferencia entre insulto y discurso de odio. En el caso del discurso de odio, su prohibición, tiene como esencia, promover la igualdad y proteger a las personas de actos de discriminación y violencia hacia ellos, y que no puede abarcar expresiones que ofendan.

Para el TEDH, los principios fundamentales que se pueden desglosar de sus sentencias, son, que la libertad de expresión es uno de los fundamentos claves de una sociedad democrática, por ello se aclara que no abarca solo ideas favorables, sino las que hieren, ofenden también entran dentro de esta protección, porque así lo requiere la tolerancia. De la libertad de expresión, también podemos extraer que lleva consigo una interpretación más restrictiva, pero esta restricción debe ser motivada. El TEDH como órgano superior en esta materia, tiene competencia para resolver asuntos, en lo relativo a si las restricciones a la libertad de expresión, realizadas por los distintos países del CEDH, son acordes con la libertad de expresión. En el discurso o ámbito político, no hay apenas restricciones, aparte de que se admite una crítica de unos niveles mayores, si se refiere a sujetos políticos, aunque de esto no podemos deducir, que haya una libertad de expresión ilimitada en este ámbito. El TEDH establece, que la igualdad, la dignidad de la persona y la tolerancia, son el fundamento de la sociedad. De esto sí que se puede deducir, que en las sociedades

⁵⁶ Es una organización fundada en 1987 de ámbito internacional que defiende la libertad de expresión y el derecho a la información. Toma su nombre del Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama la libertad de expresión. La organización tiene su sede central en Londres y está registrada en Estados Unidos, Reino Unido, Bangladés, Brasil, Kenia, México, Senegal y Túnez. Entre las actividades que realiza están la realización de campañas para salvaguardar el pluralismo de los medios de comunicación, la independencia y la diversidad de opinión. La organización publica un informe anual sobre la libertad de expresión y de información en el mundo.

democráticas, el prohibir formas de expresión que inciten al odio, en base a la intolerancia es acorde a la finalidad que se pretende conseguir.

En lo relativo a insultos, contra el Jefe de Estado, se sostiene por el TEDH que la protección, de su reputación, por parte de los Gobiernos, no puede conllevar un privilegio especial, con respecto a la expresión de opiniones o críticas contra él.

Para el TEDH, los demandantes, se encuentran en un marco de crítica política de la monarquía como institución. El dato se puede extraer de la situación en que se produjo, fue con la visita de los monarcas a Girona, y que esta visita fue perseguida por los manifestantes. Estos manifestantes posteriormente, se concentraron en la plaza y los demandantes comenzaron la actuación ya mencionada en este análisis. Para el TEDH esta situación, se enmarca en el ámbito de interés público, por ello, no se trata de un ataque al Jefe de Estado sino a la institución que representa. Por el contrario el TC habría condenado la forma de expresión, que sobrepasó los límites, para situarse en el ámbito del discurso del odio, debido a la utilización de la foto en grandes dimensiones y que se recurriera al fuego según el TEDH.

Después de analizar los elementos, el TEDH establece, que todos estos actos constituyen una crítica contra el Estado y su forma monárquica, por lo tanto, se enmarca dentro del ámbito de protección que se ofrece a la libertad de expresión. Que la foto sea de grandes dimensiones es para asegurar una visibilidad por parte de los que allí se concentraban, entiende el TEDH que la puesta en escena, es para llamar la atención de los medios de comunicación, también aclara, que tampoco se puede considerar, que los demandantes tuvieran la intención de incitar a la violencia contra la figura del monarca. La quema de la imagen es una forma de expresión de una opinión en el marco de un interés público y el TEDH recuerda, que en la libertad de expresión, no vale sólo lo acogido de forma favorable, sino también lo que ofende o hiera.

Por todo esto, el TEDH no considera tal acto, como una incitación al odio, entiendo que tal incitación, no puede vincularse a los actos realizados por los demandantes, y que esos actos, no pueden considerarse provocadores de conductas ilegales o de alteraciones del orden público. De hecho, fue la acusación a los demandantes lo que posteriormente provocó las protestas aludidas por el TC.

El TEDH en su jurisprudencia, siempre ha valorado como primordial, el derecho de libertad de expresión en una sociedad democrática, para ello, ha concretado sus límites. Está claro que la protección, no se obtiene si se trata de discurso de odio, pero valorar como discurso de odio lo realizado por los demandantes, es una interpretación que abarca demasiado, lo que provocaría un perjuicio a la sociedad democrática. Concluye el TEDH que no se puede considerar discurso de odio, los actos realizados por los demandantes. Valora el TEDH que la pena impuesta a los demandantes en el marco político en el que se desarrollaron los hechos, es una intromisión en el ejercicio del derecho de libertad de expresión, algo contrario a la finalidad de la sociedad democrática.

Por todo lo expuesto anteriormente el TEDH por unanimidad, admitió las demandas y resolvió a favor de los demandantes, de que se había producido una violación del artículo 10 del CEDH.

En mi opinión la postura del TEDH es acertada, al englobarlo dentro de una crítica política, la cual entra dentro del marco de protección, que tiene el derecho de libertad de expresión, se trata de una sentencia adoptada por unanimidad lo que refuerza su importancia. El TEDH ha decidido, que son legales tales actos, dentro de la crítica a la institución de la monarquía y se encuentra dentro del derecho de libertad de expresión. El TEDH, estima oportuno recordarle a España, que la libertad de expresión no solo puede abarcar ideas favorables, sino también aquellas que ofenden o critican. Pienso que este recordatorio se puede ver como un pequeño aviso de que se debe tener una visión del derecho de libertad más amplia de la ofrecida por España. También establece, que la interpretación del TC, es perjudicial para la sociedad democrática y no le falta razón al Tribunal con esta afirmación., porque está claro que interpretar los actos ocurridos como

discurso de odio es darle una protección al Jefe de Estado y a la Corona que ya ha dejado claro el TEDH, con la sentencia condenatoria a España en el asunto Otegi⁵⁷, que no es acorde al CEDH.

3.2. Visión amplia del discurso de odio en Europa.

Una de las principales diferencias, es el tratamiento en las restricciones a la libertad de expresión. Es importante destacar, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha influido en el TEDH. Para el modelo europeo, el valor más importante es la dignidad de la persona, en contraposición al modelo norteamericano, que es la libertad de expresión. Por el contrario en el modelo, la dignidad de esas personas o colectivos, es tan importante como la libertad de expresión y por lo tanto, se convierte en un límite a ese derecho de libertad de expresión. Como hemos mencionado anteriormente, a partir de la II Guerra Mundial, en el modelo europeo, se ha buscado la creación de límites a la libertad de expresión partiendo de valores tan importantes como son la igualdad, la dignidad y el honor.

⁵⁷ OTEGI MONDRAGON C. ESPAÑA 2034/07. El TEDH considera desproporcionada la sanción penal de privación de libertad impuesta a Arnaldo Otegi por sus declaraciones en las que calificó al Rey de España de “jefe de los torturadores”. La resolución se centra en el contenido del ejercicio de la libertad de expresión en el debate político y en la interpretación restrictiva de sus límites cuando se trata de la crítica para con las autoridades estatales. El TEDH despliega una consolidada jurisprudencia que otorga preferencia al derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor, por ser aquél inherente a la propia democracia. Asimismo, la Corte reitera la incompatibilidad con el CEDH de las normas internas que dotan de sobreprotección a sus autoridades frente a las ofensas de los ciudadanos y señala como desproporcionada la pena de prisión para estos supuestos a no ser que estén en juego otros derechos fundamentales, como sería el caso de manifestaciones que inciten a la violencia o se inscriban en el denominado discurso de odio, algo que el TEDH no aprecia en las declaraciones litigiosas.

Partiendo de lo anterior, está claro que el TEDH establece que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y por lo tanto, no abarca el discurso de odio. Es importante destacar la labor del Consejo de Europa que siempre ha mostrado una gran preocupación por el discurso de odio que se pudiera producir dentro del ámbito europeo. Prueba de ello son las distintas recomendaciones dictadas; como la definición dada por el Consejo de Europa en su recomendación 97 del Comité de Ministros, donde establece como discurso del odio, *“formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”*. A mi parecer se trata de una definición, que intenta abarcar el máximo posible, incluyendo toda expresión intolerante o denigratoria para un individuo o un grupo de individuos.

Otro organismo, a tener en cuenta, a la hora de obtener una definición, lo más acertada posible del discurso del odio y que prueba la gran preocupación de Europa por elaborar una definición, para posteriormente limitar tal discurso, es la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en la cual, se establece como definición de discurso del odio: *“el uso de una o más formas de expresión específicas – por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descredito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen raza, color, idioma, religión o creencia, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, genero, identidad de género y orientación sexual.”*

El catalogar como amparadas, por la libertad de expresión, tanto las manifestaciones favorables, como las vejatorias o hirientes, es algo que el Tribunal Supremo de EEUU ya consideraba antes de las primeras decisiones del TEDH respecto a tal materia.

De lo anteriormente mencionado, podemos afirmar, que el enfoque dista entre uno y otro respecto al discurso de odio. Para el modelo americano el Gobierno no debe inmiscuirse

teniendo una mayor tolerancia, por el contrario el TEDH, parte de una idea opuesta, ya que establece que es un abuso de derecho tal afirmación, ya que el discurso de odio no debe encontrar cabida, en el derecho de libertad de expresión. Es clara para el enfoque europeo la ilegalidad del discurso de odio, el TEDH, no valora, si esas ideas u opiniones discriminatorias aportan algo al debate público. Por lo tanto, parece correcto establecer, que el TEDH acoge un enfoque restrictivo, contrario al liberal, escogido en el modelo norteamericano. Para el TEDH, el transmitir un discurso de odio hacia una colectividad o individuo, no es de interés público y no ayuda a su debate. Se opta por un amplio concepto de discurso de odio, como hemos podido observar, en las distintas recomendaciones del Consejo de Europa.

Según Juan María Bilbao Ubillos,⁵⁸ el enfoque del TEDH, está orientado a la prevención, debido a las consecuencias nefastas de la libre difusión de ideas, con un alto grado de toxicidad, discriminatorias y peligrosas para la convivencia de las sociedades, también los traumas de un pasado, relativamente reciente, explican la especial sensibilidad, de la mayoría de las sociedades europeas en este terreno.

Podemos afirmar, que es la historia, la que marca el devenir de los acontecimientos, por esto es por lo que se da en el modelo Europeo una protección mayor a la dignidad humana que a la libertad de expresión.

Nos encontramos ante dos modelos, que en lo relativo al discurso de odio, se encuentran a bastante distancia en sus valoraciones. El norteamericano tiene si su preferencia por la libertad de expresión y por el contrario del TEDH da preferencia a la dignidad humana.

⁵⁸ Bilbao Ubillos: Juan María: “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *cit.*, pp. 19 y ss.

Uno de los principales logros del TEDH, es conseguir que la gran mayoría de los Estados miembros de Europa, acepten sus veredictos y su jurisdicción, como principal garante de los derechos humanos en Europa. No podemos dejar de lado, la labor que ha llevado a cabo el TEDH, ya que parece bastante difícil que un Estado este de acuerdo con el pensamiento y la visión, que cada uno tiene de los derechos humanos y su importancia, todo ello es mérito del TEDH.

Está claro, que el modelo estadounidense, no tiene tales problemas, ya que todos los Estados tienen un arraigo al país y se consideran una gran nación unida. Esta visión de unión, es escasa en Europa, un ejemplo de ello es España, que incluso dentro de sus fronteras hay desunión, es difícil imaginarse a una Europa unida, parece más una utopía que una realidad posible. Por lo tanto de tales afirmaciones, podemos decir que el modelo estadounidense presenta una unidad mayor y que la competencia de su Tribunal esta clara, por el contrario esa perspectiva de unidad con el paso del tiempo va menguando en Europa, prueba de ello es el Brexit.⁵⁹

El TEDH propugna una evaluación del discurso en sí, para atender a las posibles incitaciones a la violencia, la observancia de posibles daños o perjuicios, todo lo que no abarca lo anterior, entra en el ejercicio de libertad de expresión.

Las diferencias entre uno y otro modelo, siempre han estado ahí, ya en la misma Constitución estadounidense, se puede apreciar en la Primera Enmienda la libertad de expresión, como un derecho con una protección absoluta, en cambio en la jurisprudencia de TEDH, podemos observar que la libertad de expresión, se encuentra por así decirlo, al mismo nivel que otros derechos que tienen gran importancia y que sirven como límites a ese derecho de libertad de expresión.

⁵⁹ La salida del Reino Unido de la Unión Europea, comúnmente abreviada como brexit, es un proceso político en curso que persigue el abandono del Reino Unido de la Unión Europea.

Del TEDH, se afirma que actúa de acuerdo al criterio de ponderación, basado en el principio de proporcionalidad, en él se atiende a la libertad de expresión en conflicto con otros derechos, y se valora la prioridad de unos y otros en base a las circunstancias que se puedan ir dando.

Respecto al papel del Estado, el modelo europeo entiende una dimensión positiva de los derechos, en la que se consideran valores objetivos, que deben ser fomentados y protegidos por el Estado. En el modelo europeo, a diferencia del modelo estadounidense, la libertad de expresión, la vemos desde una perspectiva limitada. Cuando se produce un conflicto, hay distintos derechos que pueden llegar a ser tan importantes o más que el derecho de libertad de expresión. Por lo tanto, ha habido siempre un respeto frente a expresiones que puedan catalogarse en búsqueda de verdad o debate público, que se incluyen en el derecho de libertad de expresión. El concepto europeo, es una idea de prevención, ante la posibilidad de un ejercicio del derecho de libertad de expresión peligroso y tóxico, en el que se pueda ver perjudicado o dañado un colectivo o individuo, al que se dirige el mensaje nocivo. Está claro que tal perspectiva la hemos adquirido del pasado, como hemos hecho referencia en este apartado del TEDH. En Europa se ha propuesto a los Estados, por medio de distintas recomendaciones del Consejo de Europa, que se lleve a cabo una ardua tarea en lo referente a los delitos raciales y discriminatorios.

En Europa siempre se ha abogado por una política contraria a los delitos por discriminación y raciales, es importante que los países miembros cooperen para una mejor regulación de esta situación, buscando un castigo a la conducta contraria. Se impone a los Estados miembros, la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir y combatir estos delitos.

4. CONSIDERACIONES FINALES.

En páginas anteriores, hemos constatado que la construcción jurisprudencial del discurso del odio en Estados Unidos y Europa, es igual en sus aspectos esenciales, pero que presenta también importantes matices entre sí. Mientras que en Estados Unidos se privilegia la libertad de expresión, en Europa, existe una mayor sensibilidad hacia los mensajes hirientes u ofensivos contra las minorías (raciales, sexuales o religiosas).

Pues bien, partiendo del estudio realizado, en mi opinión, podemos afirmar que hay una auténtica protección, del derecho de libertad de expresión por parte del Tribunal Supremo de Estados Unidos, aunque veo necesario restringir parte del discurso autorizado por este Tribunal. Pienso que el límite necesario, debe partir de la defensa de la dignidad del individuo o colectivo que se ve afectado por el discurso de odio, y que la no defensa de este derecho, puede provocar violencia hacia tales colectivos y sujetos.

Está claro que la globalización que provocan los medios de comunicación, sobre todo internet, ofrece un abanico de posibilidades de observar, todo tipo de discurso, incluso el prohibido por otros Estados, que tienen antecedentes de protección ante el discurso del odio. La posibilidad de internet de traspasar fronteras provoca que cualquier sujeto pueda ver ese discurso, en cualquier momento. En cambio en otras sociedades, se está consiguiendo una tendencia, a prohibir la difusión por los medios de comunicación de estas ideas.

Acorde con lo comentado, hacemos referencia al texto de WALDRON⁶⁰, en el que establece que el discurso del odio, es un atentado contra la dignidad de los distintos miembros perjudicados por este discurso. Y en esta postura sitúo mi opinión.

Estos colectivos, ven privados sus derechos y pasan a un segundo plano en el ámbito de la vida social. WALDRON considera que este discurso del odio, deforma las sociedades,

⁶⁰ Waldron, Jeremy: *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press. 2012, que examinamos a través del comentario de Juan Pablo González Jansana. “The Harm in Hate Speech de Jeremy Waldron”. *Anuario de Derecho Público* UDP, pp. 585 y ss.

haciendo parecer a la sociedad, como un lugar poco acogedor para los miembros de esos colectivos, atacados por el discurso del odio. Por ello debe darse la prohibición de este discurso, para proteger a estos colectivos de posibles desmanes de la sociedad.

Para el Tribunal Supremo de Estados Unidos, la postura cambia dado que su principal valor, es la libertad de expresión, frente al discurso del odio, lo que provoca y conlleva un comportamiento tolerante, por parte del Gobierno y el Tribunal con el discurso del odio. Se opta así, por el respeto prevalente a la libertad de expresión, ante cualquier tipo de discurso. Esta postura, ya sabemos que es diferente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶¹, que predica con la prohibición del discurso del odio. Coincido con la postura del TEDH: permitir cualquier tipo de discurso, puede provocar una violación de la dignidad de los sujetos objeto del discurso.

Partiendo del análisis que hemos hecho de la evolución que ha experimentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE.UU, se puede comprobar, que no siempre se ha podido expresar cualquier opinión en cualquier momento y lugar. Para llegar a esta situación, primero se han vivido momentos, en los que no había un derecho de libertad de expresión absoluto. Como hemos visto en las primeras etapas, opinar en contra del Gobierno, era un límite presente en la jurisprudencia, algo impensable en la actualidad.

Y aunque en algunas etapas se ha castigado cierto discurso en EE.UU, se ha protegido el discurso del odio, como parte del discurso amparado por el derecho de libertad de expresión. El Tribunal Supremo ha invalidado distintas leyes de los Estados que prohibían el discurso del odio, defendiendo el mercado de las ideas, en el que toda opinión e idea es válida en un debate discutido, aunque sea repulsiva y degradante, para poder obtener la verdad, y es que, la búsqueda de esa verdad es más completa si puedes conocer todas las ideas. Ésta es la concepción que se tiene del mercado de las ideas. No obstante, parte de la

⁶¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o de Estrasburgo) es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales CEDH y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho convenio.

sociedad estadounidense no tiene esa idea de que cualquier discurso sea válido. Prueba de ello, son las normas aprobadas por municipios, y aunque posteriormente hayan sido invalidadas por la Corte, consideran que las expresiones racistas no deben formar parte del discurso permitido, ya que lo único que se pretende con estas expresiones es seguir relegando y marginando a determinados colectivos minoritarios.

La libertad que se reconoce en Estados Unidos, vinculada con la Primera Enmienda hace pensar en su amplia extensión. Esta permite, por ejemplo, una manifestación racista, en un barrio exclusivo de judíos, que han sobrevivido al Holocausto o que son parientes de alguien que ha pasado por esa situación. Esto es algo inimaginable desde el punto de vista de la dignidad de ese colectivo, pero en realidad es lo que siempre se ha perseguido un derecho de libertad de expresión casi absoluto.

Está claro que los miembros del KKK, como los nacionalsocialistas, son una minoría en la sociedad y ha quedado bastante claro que no gozan de mucho apoyo por parte de la sociedad. La pregunta que debemos hacernos entonces es, qué ocurriría si tuvieran gran acogida esas ideas y pasaran de ser una opinión minoritaria a ser compartidas por una inmensa mayoría. En ese caso, siguiendo la discutible argumentación del Tribunal Supremo, que rechaza las sanciones o la prohibición del discurso, por el escaso seguimiento y apoyo a estos colectivos, podría modificarse su doctrina si se revirtiera esta situación. Conviene recordar, en esta dirección, que el nuevo presidente de EE.UU, Donald Trump⁶² ha vertido comentarios y expresiones que podrían considerarse discurso de odio o racista hacia distintos colectivos.

Puede ser, que estos colectivos racistas, no sean bien vistos en la sociedad, pero el contexto histórico puede variar y una vez que has tocado techo con la libertad de expresión, puede que ello se vuelva contra la sociedad, y que la mentalidad de esa sociedad cambie a peor hacia ideas racistas. En el momento que estas ideologías, adquieran una mayor importancia

⁶² Donald John Trump es un político, empresario y personalidad televisiva estadounidense. Desde el 20 de Enero de 2017 es el presidente número 45 de los Estados Unidos. Es un Presidente que desde el inicio de su mandato le ha perseguido la polémica, principalmente ésta ha surgido de continuos comentarios de carácter racista hacia distintos colectivos.

y puedan suponer una amenaza real, pienso que los tribunales americanos recularán, hacia una mayor protección de las minorías atacadas. Cualquier tipo de expresión, cuyo objetivo sea atacar la dignidad del ser humano y conseguir que el resto de la sociedad les rechace, debería estar, a mi juicio, prohibido.

Está claro, que la postura europea, poco tiene que ver con esta visión de la libertad de expresión y entiende, que proteger la dignidad de la persona es algo necesario. Puede afirmarse, que de la historia se aprende y por desgracia, en Europa, se han cometido crímenes que han marcado distintos periodos y hay una conciencia de que el Estado o cualquier grupo, pueden cometer perversos crímenes contra minorías o colectivos marginales. Por lo tanto se ha optado por mantener una marcada defensa de la dignidad. Estamos en una sociedad en la que se ha vivido un holocausto, distintas limpiezas étnicas, genocidios, etc. Vemos, pues, que esa diferencia con la sociedad norteamericana también la ha provocado la historia.

Como hemos comentado anteriormente, está claro que ahora, el discurso de odio puede difundirse en cualquier momento y por cualquier parte del mundo, así como de manera global, y eso se puede apreciar en los distintos países como cada vez hay conviviendo juntas más culturas. Estos factores patrocinan una regulación común (acaso global) del discurso del odio.

WALDRON abre su libro con una historia que resulta útil para valorar el alcance del discurso de odio: “Un hombre va caminando con sus hijos por New Jersey, cuando al doblar la esquina, se encuentran un cartel en que dice “Musulmanes y 11S, no les atienda, no les hable, no les deje entrar”. El mismo hombre y sus hijos ya han podido ver otros carteles que muestran a niños y niñas musulmanes con el eslogan de que todos son Osama. Ante la pregunta de los hijos de este hombre sobre los carteles su padre no sabe que responder.” Partiendo de esta situación, por ejemplo BOLLINGER, establece que la libertad de expresión debe protegerse, ya que la pluralidad de discursos favorece al fomento de la tolerancia en la sociedad, en la historia del autor WALDRON, podemos comprobar

cómo esa pluralidad de discursos y esa libertad de expresión no favorece en nada a la tolerancia.

Por otra parte, podemos observar con DÍEZ⁶³, las distintas posturas de los autores respecto a la libertad de expresión. DWORKIN⁶⁴ es de la misma postura que BOLLINGER y defiende la no restricción de la libertad de expresión, salvo en casos en los que se incite a la violencia. Es posible defender, sin embargo, que el cartel utilizado en el caso del hombre con sus hijos puede incitar a la violencia de los colectivos en él difamados. Por tal motivo, es legítimo pensar que el discurso que puede catalogarse como odioso, debe tener tanta protección como el que no se considere así.

Para RAWLS,⁶⁵ restringir la libertad de expresión, puede suspender parcialmente la democracia. Frente a esta postura, puede defenderse también, que ciertas restricciones de la libertad de expresión, no tienen por qué provocar una suspensión de la democracia, ya que todos los derechos fundamentales son limitados.

POPPER⁶⁶ establece, que el discurso de odio es uno de los males de la sociedad, que no se puede entender una tolerancia ilimitada y menos hacia los que son intolerantes, porque si no defendemos a los intolerantes frente a los tolerantes. Esto nos abocaría, en definitiva, a la pérdida total de la tolerancia. Este autor lo denomina la paradoja de la tolerancia. Está claro, que permitir y ser tolerante con cualquier discurso, incluso el que viene de sujetos que no tienen ningún tipo de tolerancia ni respeto por distintos colectivos, es contrario a una sociedad justa.

⁶³ Díez Bueso, Laura: *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa: entre la expresión y el discurso del odio*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017, pp. 12-19.

⁶⁴ Ronald Myles Dworkin fue un filósofo del Derecho y Catedrático de Derecho Constitucional. Su teoría del derecho es una de las teorías contemporáneas más influyentes respecto de la naturaleza del Derecho.

⁶⁵ John Rawls fue un filósofo estadounidense, profesor de Filosofía Política en la Universidad de Harvard y autor de obras como *Teoría de la justicia*, *Liberalismo político*.

⁶⁶ Karl Popper, filósofo y sociólogo, considerado uno de los mayores defensores teóricos del liberalismo. Nacido en Austria y convirtiéndose más tarde en ciudadano británico.

WALDRON ha defendido la restricción del discurso del odio, considerando que un ejercicio desmedido de la libertad de expresión puede llegar a ofender y producir un daño real en las personas y, que la verdad no siempre prevalecerá por aceptar todo tipo de discurso en el mercado de las ideas. Este autor considera, que es necesaria una defensa frente a distintos discursos que puedan afectar a la dignidad. Esto ocurre, a nuestro entender, en el caso de su ejemplo. Aunque a la hora de sancionar, este autor establece una distinción entre ataques concretos y otros que son creencias o símbolos, de los dirigidos contra ideologías religiosas. Podemos decir, que este autor plantea argumentos que se basan en la igualdad y en la dignidad de la persona, elementos que, a su juicio, están por debajo de la libertad de expresión en EE.UU. pero que prevalecen en modelos europeos. Hace referencia a su idea de justicia a partir de la dignidad de personas que hayan sido víctimas de discurso de odio siendo de un colectivo marginal, y tal ataque supone también la no inclusión social de estos colectivos afectados por el discurso.

Como ya hemos mencionado anteriormente, las razones por las que la sociedad europea se niega a tolerar los discursos de odio, principalmente se debe a situaciones históricas. Bien conocido es que la cultura, los estereotipos, son importantes a la hora de aceptar o no ese discurso. Está claro, que mediante la historia se ha podido comprobar, que el discurso de odio hacia grupos menos favorecidos es una de las peores formas de marginación. El discurso de odio traspasa la línea entre la libertad de expresión y la dignidad humana. A lo largo del tiempo, se ha pretendido establecer, qué expresiones concretas se consideran discurso de odio, es difícil establecer un *numerus clausus*, y resulta razonable pensar que, por ejemplo, incitar a la violencia es un límite. Permitir la tolerancia de cualquier discurso del odio no es, a nuestro entender, acorde con la protección de la dignidad. Lo principal es, pues, que el mensaje no afecte a derechos esenciales de terceros.

Por otra parte, permitir el discurso racista, es contrario a las pretensiones de otras democracias. Este discurso se ocupa de malograr la estima de los sujetos a los que se dirige. En mi opinión el objetivo de cualquier discurso de odio es el no respetar la autonomía de las personas y sus creencias.

Destacamos que en la actualidad hay una proliferación de movimientos racistas. Incluso se sabe que la Organización Naciones Unidas⁶⁷ hace relativamente poco tiempo, solicitó a Estados Unidos que abordase el tema, ya que se sucedían las manifestaciones del KKK, y de grupos neonazis. Algunos expertos de la ONU, hicieron un llamamiento a los líderes políticos de Estados Unidos de que, rechazaran y condenaran el discurso y los crímenes de odio. Un ejemplo de esto, ha ocurrido poco tiempo atrás, una situación que se vivió en Charlottesville en Virginia donde Alex Fields de 20 años atropelló a varias personas. Se convocó una manifestación supremacista en Charlottesville, algo que podía provocar claramente incidentes, no obstante se celebró, como lo han hecho ininidad de veces por todo el país principalmente en el sur de Estados Unidos, pero lo que sucedió nadie podía esperárselo. Aunque resulta normal, que en temas controvertidos haya manifestaciones tanto a favor como en contra y más en un país de tan extensa visión de la libertad de expresión, pero la situación vivida fue bastante trágica e indignante, cuando ese chico antes mencionado de ideología neonazi cogió su vehículo y atropelló a los manifestantes contrarios a la supremacía blanca, con un balance de 19 heridos y una mujer muerta.

A raíz de este suceso estos expertos de la ONU pretendían una implicación mayor de los políticos, solicitando a las autoridades, que abordaran las causas de este resurgir de las ideas racistas. Los crímenes y el discurso de odio en Estados Unidos han aumentado en la historia reciente.

A mi modo de ver el cambio de Presidente en EE.UU. ha contribuido en parte a este crecimiento del racismo en el país. Trump ha sido tildado de racista y antisemita debido a sus continuos comentarios y alusiones. En una ocasión tuvo que salir en defensa de esas acusaciones estableciendo que no era racista, aunque días antes hubiera dicho que El Salvador, Haití y las naciones africanas eran países de mierda. Para negar tales acusaciones, dijo a los periodistas, que era la persona menos racista que iban a entrevistar y que él no

⁶⁷ Las Naciones Unidas es una organización nacida en 1945, después de que la mayoría de los Estados miembros la ratificaran. En la actualidad 193 Estados son miembros. Su cometido es reunirse libremente para trabajar juntos en favor de la paz y la seguridad de los pueblos, así como para luchar contra la pobreza y la injusticia en el mundo.

había dicho tales palabras. La noticia salió de los senadores y congresistas que habían oído realizar tales aseveraciones. El presidente lo negó todo, pero el senador Dick Durbin afirmó las acusaciones y dijo que el presidente había utilizado un lenguaje lleno de odio y racista.

Pienso que, si el mismo Presidente de EE.UU mantiene un comportamiento en el que se incluyen discursos racistas, como el caso mencionado o la continua visión que da de los habitantes mexicanos y el muro, que quiere levantar para separar las fronteras, con este comportamiento se demuestra a la sociedad, que incluso el presidente de la nación más multicultural del mundo puede ser poco sensible a la diversidad racial, lo que constituye, en el mejor de los casos, una visión poco tranquilizadora.

A mi modo de ver, este Presidente ha hecho resurgir a esa minoría, que los tribunales consideraban escasa y sin seguidores la minoría racista, antisemita representada por el KKK u otras organizaciones racistas, por así decirlo no debe ser tan minoría si han conseguido que Trump sea presidente, y es que para hacerse con el poder a mantenido un discurso bastante contrario a la inmigración por ejemplo, un tema que ayuda a formar la idea racista cuando uno se muestra contrario a que se produzca.

Por lo tanto, no podemos decir, que los estadounidenses ahora hayan cambiado su forma de ver el discurso de odio, lo que sucede es, que parece verse una proliferación de este, y más en tiempos recientes. Y algo parecido está ocurriendo también en Europa (como acreditan las autoridades de Hungría, Polonia o el nuevo gobierno italiano). Está claro que los habitantes y algunos Estados federados de EE.UU., han intentado legislar para eliminar este tipo de discurso, lo que nos permite concluir que parte de la sociedad norteamericana piensa que las expresiones racista y xenófobas no deberían formar parte del discurso público, ya que lo que se pretende, con este discurso es ampliar los estereotipos en referencia a las distintas minorías. El problema que han tenido a la hora de intentar eliminar y legislar este discurso de odio, es la amplitud del derecho de libertad de expresión, que no permite una prohibición del discurso del odio tan extensa como quisieran.

En resumen, después de lo observado en el derecho americano podemos plantear una pregunta: ¿podemos encontrar otras vías para prohibir el discurso de odio que no sea una restricción del derecho de libertad de expresión o un límite externo a este derecho? ¿Otra forma de impedir tales expresiones sin que se coarte mi derecho de libertad de expresión? Si tal opción fuera posible de resolver habría un equilibrio entre las dos posturas.

Tanto en el modelo americano, como europeo, se han dictado sentencias que no han dejado indiferente a ninguna opinión. A mi parecer, cada modelo busca lo mejor para la sociedad y se piensa, que tanto uno como otro son modelos acertados. Sin embargo, mi opinión se inclina más del lado europeo, aunque es probable que esté influenciado por ser ésta la cultura que poseo. Puede que, una mezcla de los dos modelos sea lo más acertado a la hora de encontrar un punto intermedio entre ellos. Y, desde esta perspectiva, sería aconsejable, que en el modelo estadounidense se castigara alguna forma de discurso de odio para proteger de forma más eficaz la dignidad de las personas y de los grupos minoritarios en los que se integran.

Por lo tanto si pensamos, qué modelo es mejor debemos atender a las distintas opiniones. Mi sensibilidad es, como he señalado en diversas partes del presente trabajo, más cercana a la postura del TEDH. A mi parecer, hay un mayor respeto al ejercicio de distintos derechos, que cohonesta de forma razonable. Por el contrario, el Tribunal Supremo de EE.UU., con su impronta liberal, contempla una visión más amplia de la libertad de expresión. Cada uno defiende un modelo pero esto no significa, necesariamente, que sea el más acertado.

5. BIBLIOGRAFÍA.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18, (2016), pp. 1 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14, (2012), pp. 4 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, (2013), pp. 309 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Víctimas y disidentes: el "discurso del odio" en EE.UU. y Europa”. *Revista española de Derecho Constitucional*, 103, (2015), pp. 53 y ss.

BERTONI, E: Comentario bibliográfico: “The Harm in Hate Speech”, Jeremy Waldron. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, 2, (2014), pp. 149 a 152.

BOLLINGER, L. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York, 1986. BUSTOS GISBERT, R. *Libertad de expresión y discurso negacionista*. En: M. Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, pp. 133 y ss.

CAINE, B: “The Trouble with "Fighting Words": Chaplinsky v. New Hampshire Is a Threat to First Amendment Values and Should be Overruled”. *Marquette Law Review*, 88, (2004), pp. 450 y ss.

CARMI, G: “Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech”, *Boston University International Law Journal*, 26 (2008), pp. 277 y sigs.

DÍAZ SOTO, J: “Una aproximación al concepto de discurso del odio”. *Revista Derecho del Estado*, 34 (enero-junio), 2015, pp. 77 y ss.

DWORKIN, R. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996.

ESQUIVEL ALONSO, Yesica: “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 35 (2016), pp. 41 y ss.

FISS, O. *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1996.

GASCÓN CUENCA, A: Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, (2012) pp. 310 y ss.

GASCÓN CUENCA, A: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, pp. 23 y ss.

POPPER, K. *La sociedad abierta y sus enemigos*, Reino Unido, Routledge, 1945.

QUESADA ALCALÁ, C: “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 30, (2015), pp. 29 y ss.

RAWLS, J. *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1996, 1.ª reimpresión.

RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: “Algunos apuntes sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión”, aa.vv., Miguel Revenga Sánchez y Andrée Viana Garcés (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

REY MARTÍNEZ, F: “Discurso del odio y racismo líquido”. En: M. Revenga Sánchez, *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, p. 80.

ROSENFELD, M: “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”. *Pensamiento Constitucional*, 11, (2003), pp. 160 y ss.

STRAUSS, D: “Freedom of speech and common-law constitution.” En: L. Bollinger and G. Stone, *Eternally Vigilant*, Chicago: University of Chicago Press, (2002), pp. 38 y ss.

STRUM, P. *When the Nazis came to Skokie*. Lawrence, Kan.: University Press of Kansas, 1999, pp. 15 y ss.

UBILLOS BILBAO, Juan María: “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, (2009), pp. 299 y ss.

UBILLOS BILBAO, Juan María: “La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político* 71, (2008), pp. 17 y ss.

VALIENTE MARTINEZ, Francisco. “Límites constitucionales al discurso del odio”. Tesis doctoral. Dirección Federico de Montalvo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho ICADE. Madrid 2017.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, London, Harvard University Press, 2012.

- **Sentencias observadas.**

Sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos.

Abrams v. United States [1919] 250 U.S. 616.

Brandenburg v. Ohio [1969] 395 U.S. 444.

Chaplinsky v. New Hampshire [1942] 315 U.S. 568.

Debs v. United States [1919] 249 U.S. 211.

National Socialist Party of America v. Village of Skokie [1977] 434 U.S. 1327.

New York Times Co. v. Sullivan [1964] 376 U.S. 254.

R.A.V. v. City of St. Paul [1991] 505 U.S. 377.

Schenk v. United States [1919] 249 U.S. 47.

Snyder v. Phelps [2011] 562 U.S. 443.

Virginia v. Black [2003] 538 U.S. 343.

Whitney V. California [1927] 274 U.S. 357.

Sentencias del Tribunal Europeo Derechos Humanos.

Otegi Mondragón v. España. Sentencia de 15 de marzo de 2011.

Féret v. Bélgica. Sentencia de 16 de julio de 2009.

Garaudy v. Francia. Decisión de 24 de junio de 2003.