

VÍCTIMAS Y DISIDENTES. EL «DISCURSO DEL ODIO» EN EE. UU. Y EUROPA

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

«Lo que a muchos europeos puede parecer una insensible sobreprotección de la libre expresión... responde a lecciones duramente aprendidas sobre lo que es necesario para proteger adecuadamente el derecho al disenso en una sociedad democrática.»

(WEINSTEIN, 2009, pág. 91)

I. EL DISCURSO DEL ODIO Y LA PARADOJA DE LA TOLERANCIA.—II. ¿UN PACTO SUICIDA?—
III. EL DISCURSO DEL ODIO EN EUROPA.—IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN AMÉRICA.—V. VÍCTIMAS Y DISIDENTES: RAZONES DEL DESENCUENTRO ENTRE EE. UU. Y EUROPA: 1. *Diferencias de orden metodológico y jurídico-constitucional.* 2. *El papel del Estado y la función de los derechos.* 3. *Individuo y comunidad.* 4. *Libertad y dignidad.* 5. *Nociones de democracia.* 6. *La experiencia histórica y el papel transformador de la libertad de expresión.*—BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DISCURSO DEL ODIO Y LA PARADOJA DE LA TOLERANCIA

La Iglesia Baptista de Westboro, dirigida por el pastor Fred Waldron Phelps, y cuya página web tiene por dirección www.godhatesfags.com, acoge como elemento central de su doctrina el mensaje de que «Dios odia a los gais», y de que América ha sido maldecida por Dios por su decadencia moral al permitir la homosexualidad, especialmente dentro del ejército. En su página web puede leerse que esas tres palabras —*god hates fags*— encierran un «profundo principio teológico»: «la certeza de que todos los sodomitas impenitentes ... irán inevitablemente al infierno». Una de las formas más habituales de difundir su mensaje consiste en manifestarse en lugares públicos, particularmente con ocasión de la celebración de funerales de soldados muertos en combate. El 10 de marzo de 2006 se celebró en Maryland el funeral del soldado Mathew A. Snyder, al que acudieron a manifestarse los miembros de la Iglesia de Westboro, disponiendo sus pancartas en un terreno público a unos 300 metros de la iglesia donde tenía lugar el acto. El contenido de tales pancartas, recitado también de viva voz por los manifestantes, era del siguiente tenor: «Dios odia a EE. UU./Gracias a Dios

por el 11 de septiembre», «América está maldita», «Tropas maricas», «Dios odia a los gais», «Los gais condenan a la nación», «Gracias a Dios por los soldados muertos», «El Papa al infierno», «Los curas violan niños», «Vas a ir al infierno» o «Dios te odia» (1).

¿Qué debe hacer un Estado democrático ante tales conductas? ¿Debe permitir las, considerando prevalente el respeto a la libertad de expresión frente al fomento de otros valores o sentimientos colectivos? ¿O debe prohibirlas, limitando así la libertad de expresión ante discursos hostiles, discriminatorios o vejatorios para una parte de la población? Dentro de esta última opción, ¿debe además sancionarlos bajo pena, acudiendo al Derecho penal? Si es así, ¿cuáles serían los bienes jurídicos protegidos? ¿Cuál sería el daño social que legitimaría acudir al Derecho penal para castigar la manifestación de tales expresiones?

La discusión relativa a los límites de la libertad de expresión ante el discurso extremista, racista o antidemocrático trasciende el ámbito del Derecho, para erigirse en una de las grandes cuestiones de la filosofía política. Autores de la talla de Rawls, Dworkin o, recientemente, Waldron han tomado postura sobre ello. El primero de ellos, por ejemplo, ha sido rotundo en afirmar que «restringir o suprimir la libre expresión política, incluida la expresión subversiva, implica siempre una suspensión parcial de la democracia»; por ello, «la prioridad de la libertad implica que no puede restringirse la libre expresión política a menos que pueda argüirse razonablemente a partir de la específica naturaleza de la situación presente que existe una crisis constitucional en la que las instituciones democráticas no pueden operar efectivamente y no pueden funcionar sus procedimientos para resolver las emergencias» (Rawls, 1996, pág. 103). Dworkin, por su parte, y en directa relación al discurso del odio, sigue esa misma senda liberal contraria a la restricción de la libertad de expresión —salvo en casos extremos de incitación directa a la violencia— cuando defiende «el principio de que el discurso que odiamos merece tanta protección como cualquier otro». «No debemos asumir —afirma— que una opinión pueda ser restringida cuando aquellos que están en el poder estén convencidos de que es falsa o que su publicación puede herir profunda y comprensiblemente a un determinado grupo social» (Dworkin, 1996, págs. 218 y 225); «es fácil dejarse tentar —advierte— por la idea de que, al igual que todo otro derecho, la libertad de expresión ha de tener sus límites», y que «aquellos cuyas opiniones son demasiado amenazantes o contrarias al consenso moral o religioso han perdido su derecho a ejercitar» su libertad de expresión; «pero esa restricción destruiría el principio: dejaría espacio únicamente a la protección de ideas o gustos o prejuicios que aquellos en el

(1) *Snyder v. Phelps*, [562 U.S. (2011)]. Es analizada con más detalle *infra*.

poder aprueban o, en todo caso, no temen. Tenemos, ciertamente, la posibilidad de silenciar a aquellos que aborrecemos, pero el precio a pagar sería la legitimidad política, que es más importante que ellos» (Dworkin, 2009, pág. ix). Por lo que respecta a Waldron, su reciente obra titulada *The Harm in Hate Speech* (2012) ha revitalizado la discusión sobre los límites del discurso del odio entre los autores norteamericanos, al reclamar, frente a la absoluta prioridad de la *libertad* de expresión defendida casi unánimemente tanto por la academia como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una mayor atención a la *dignidad* de quienes sufren los embates del discurso intolerante, admitiendo con ello que, dentro del esquema del liberalismo político, el *daño social* que aquel genera puede legitimar la restricción de la libre expresión.

No ha de extrañar que la filosofía política se haya ocupado del discurso del odio si se advierte que lo que late en el fondo de la discusión apuntada es el clásico dilema de la tolerancia hacia el intolerante al que debe enfrentarse toda sociedad democrática de raigambre liberal y pluralista (2). Ha podido afirmarse, a este respecto, que la cuestión relativa a si una sociedad abierta debería prohibir el discurso destinado a propagar intolerancia es «quizá el interrogante más complejo sobre la libertad de expresión, porque una sociedad abierta [*open culture*] está sostenida sobre el *ethos* de la tolerancia» (Smolla, 1992, pág. 151). Respondiendo a dicho interrogante, Bollinger ha sostenido que la libertad de expresión debe protegerse precisamente por cuanto la pluralidad de voces y discursos contribuye al fomento de la tolerancia en sociedad (Bollinger, 1986). Es decir, que la tolerancia hacia el discurso intolerante reproduce la tolerancia inherente a una sociedad abierta, ilustrada y democrática. Sin embargo, Popper, el paladín de la «sociedad abierta», viene a considerar el discurso extremista uno de sus mayores «enemigos», afirmando que «si extendemos una tolerancia ilimitada incluso hacia quienes son intolerantes, si no estamos dispuestos a defender la sociedad tolerante frente a la embestida de los intolerantes, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma» (Popper, 1994, pág. 512); es lo que denomina la paradoja de la tolerancia: la tolerancia ilimitada lleva ínsita la destrucción de la tolerancia.

(2) Cfr., por ejemplo, RAWLS, 1995, págs. 252 y sigs., quien aborda ampliamente la cuestión en el entendimiento de que «el problema de la tolerancia del intolerante está directamente unido al de la estabilidad de una sociedad bien ordenada» (pág. 253). Cfr. también FOX/NOLTE, 1995, pág. 14.

II. ¿UN PACTO SUICIDA?

Entre los dos polos de esa paradoja se mueven las irreconciliables concepciones de EE. UU. y Europa en materia de libertad de expresión. En lo que denominaremos «modelo americano», sostenida en la tradición cultural y política del liberalismo, se opta decididamente por la tolerancia hacia el intolerante, asumiendo como uno de cuyos pilares fundacionales la neutralidad del Estado frente a las distintas opiniones religiosas, morales y políticas, con independencia, por tanto, del contenido del discurso. La desconfianza hacia los abusos del poder estatal que impregna tal concepción rechaza que el Estado democrático pueda tomar postura hacia una de las opiniones enfrentadas, eligiendo el mal menor que supone permitir la difusión de discursos extremistas, discriminatorios y, en definitiva, frontalmente contrarios a los valores y principios que sustentan la democracia constitucional. Más allá de tal desconfianza, en sentido positivo se sostiene desde esta postura que el debate público incluso de ideas antidemocráticas constituye un nutriente básico para la solidez de la democracia. Si la tolerancia genera tolerancia, la libre discusión contra la democracia refuerza los pilares de la misma.

Desde el polo opuesto, para el «modelo europeo» la neutralidad del Estado es el suicidio de la democracia. En efecto, si la democracia neutral o tolerante —equidistante, por ello, entre diferentes discursos políticos— es el patrón que define, en esencia, la concepción mayoritaria de la libertad de expresión en Norteamérica, el modelo constitucional europeo responde, en esencia, al esquema propio de la «democracia militante» o «intolerante» (Fox/Nolte, 1995); esto es, una democracia en combate con los enemigos de la democracia y que, tomando decidida postura, priva de las garantías que ofrecen los derechos fundamentales a quienes se sirven de ellas para negarlas a los demás y, por ende, para subvertir el propio sistema democrático. Conocidos son los avatares históricos que explican este hecho, y que pueden resumirse en la sola mención del *Holocausto*; y conocidas son también las diversas manifestaciones de esa democracia militante, tales como los artículos 9 y 18 de la Constitución alemana, que prohíben las asociaciones dirigidas contra el orden constitucional y privan de determinados derechos fundamentales —el de libre expresión, entre otros— a quienes abusen de los mismos para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia; o la cláusula de abuso de derecho establecida el artículo 17 CEDH, que ha sido empleada con profusión por el TEDH para excluir

de la protección de la libertad de expresión a distintas manifestaciones del discurso del odio (3).

La democracia militante es, en cambio, una noción ajena al discurso político americano. Merece por ello citarse, como excepción, el voto disidente que el juez Jackson firmó en el asunto *Terminiello c. Chicago* [337 U.S. 1 (1949)], sentencia que a su vez constituye un ilustrativo ejemplo de la posición dominante en el Tribunal Supremo. Terminiello, un sacerdote católico de profundas convicciones racistas y antisemitas, fue invitado a dar una conferencia ante los Veteranos Cristianos de América en el que expuso sus tesis extremistas. La charla había generado considerable expectación social; ochocientas personas llenaban el auditorio mientras otras mil, enfurecidas y arrojando piedras y botellas, se manifestaban en la calle en protesta por su celebración, apenas contenidas por la policía allí presente. En su discurso, Terminiello arremetió contra los manifestantes, reiteró sus convicciones políticas extremistas —entre ellas, la de que tras la caída de Hitler el régimen de Franco era la salvación de lo que quedaba de Europa— y se dirigió en términos ofensivos y denigrantes contra los judíos, considerándoles la ruina de América, arengas que el público recibía con ovaciones y gritos como «Hay que matar a todos los judíos». En aplicación de una norma que prohibía toda manifestación que pudiera alterar la paz pública por generar ira o alarma social, las autoridades de la ciudad de Chicago impusieron una multa al sacerdote, recurriendo este ante el Tribunal Supremo por vulneración de su derecho a la libre expresión. En una sentencia de cuatro folios, el voto mayoritario declaró la sanción contraria a la libertad de expresión por cuanto la norma aplicada abarcaba supuestos de expresión con relevancia pública, protegidos por la Primera Enmienda. La decisión estaba sostenida en la idea de que «la vitalidad de las instituciones civiles y políticas en nuestra sociedad depende de la libre discusión pública», siendo «el derecho a expresarse libremente y de promover la diversidad de ideas y programas [lo] que nos separa de los regímenes totalitarios». Recogía así la posición que terminaría por hacerse unánime —sobre todo a partir de *Brandenburg c. Ohio*, de 1969—, según la cual la expresión pública (máxime respecto de asuntos con relevancia política) no puede ser restringida en aras a proteger otros derechos o valores.

El juez Jackson emitió un extensísimo y apasionado voto disidente, en el que, oponiéndose a la decisión mayoritaria, afirmó que, sin lugar a dudas, el ejercicio del gobierno debería estar controlado por una opinión pública libre, pero que no debe perderse de vista que «en muchas ocasiones reclaman libertad quienes esperan una oportunidad para poner la democracia en jaque», y que,

(3) Me permito remitir sobre ello a ALCÁCER, 2013.

frente al «dogma de la libertad absoluta», «a largo plazo el mantenimiento de la libertad de expresión peligrará en mayor medida si la población no puede obtener protección frente a los abusos que llevan a la violencia. Ninguna libertad puede asegurarse si se asume que sus abusos son inseparables de su disfrute». Jackson finalizaba su alegato afirmando que «la opción no es entre orden o libertad. Es entre orden con libertad o anarquía sin ninguno de ellos. Existe el peligro de que si el Tribunal no atempera su lógica doctrinaria con un poco de sabiduría práctica, convertirá la Constitución en un *pacto suicida*». La voz de Jackson no encontraría eco en la jurisprudencia americana.

III. EL DISCURSO DEL ODIOS EN EUROPA

La finalidad del presente trabajo radica en mostrar las irreconciliables diferencias existentes entre los modelos americano y europeo sobre el alcance de las restricciones a la libertad de expresión, y en aventurar las razones que explican tal desencuentro. A este respecto, conviene comenzar por matizar que, en realidad, la oposición trazada en ambos modelos no es del todo atinada, pues el modelo estadounidense presenta en realidad diferencias con el resto del mundo (4), si bien he optado por ceñir el término de contraste a ese «modelo europeo» por cuanto constituye el entorno de influencia de la legislación y jurisprudencia española.

Resulta interesante, por ello, exponer los términos de esa *excepción norteamericana* (5) porque, al mismo tiempo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano ha influenciado de modo notable la doctrina sobre la libertad de expresión del TEDH y del TC —influencia que no es recíproca (6)—, constituye el polo radicalmente opuesto en el tratamiento del discurso del odio (7).

(4) Cfr. en este sentido, HEINZE, 2009, pág. 184, citando un trabajo de Kevin Boyle precisamente titulado «Hate Speech: The United States versus the Rest of the World»; WEINSTEIN, 2001, págs. 146, 152.

(5) Esa excepcionalidad, reconocida con carácter general, es puesta de manifiesto, por ejemplo, por SCHAUER, 2005, págs. 29 y sigs.; WEINSTEIN, 2009, pág. 84, destacando que las restricciones al *hate speech* son aceptadas en todas las democracias del mundo excepto en Estados Unidos; o BAKER, 2009, págs. 140-141, si bien introduciendo algunos (poco convincentes) matices a ese estado de cosas.

(6) Destaca GREENAWALT, 1996, pág. 11, que los jueces americanos se han mostrado absolutamente refractarios a la influencia de otros tribunales o legislaciones, nacionales o internacionales. Cfr. también SCHAUER, 2005, pág. 43.

(7) Afirma a este respecto REVENGA, 2004, pág. 34, que «uno de los contrastes más intrigantes entre la jurisprudencia norteamericana y la europea en materia de libertad de expresión es la que se produce en el ámbito del “discurso odioso”».

A este respecto, y en el plano meramente introductorio en que ahora nos movemos, si hubiera que establecer de modo sintético las diferencias entre ambos modelos, podría afirmarse que para el norteamericano la piedra basal del sistema es la *libertad de expresión*, mientras que para el europeo lo es la *dignidad* de la persona (Krotoszynski, 2004, pág. 1577; Carmi, 2008, págs. 277 y sigs.). Ello implica que, en el conflicto que el discurso del odio plantea entre ambos valores, el sistema americano situará la prioridad en la libertad de expresión aunque pueda resultar vejatorio o denigratorio de la dignidad o el honor de determinadas personas o colectivos, mientras que en Europa el honor o dignidad de tales personas o colectivos puede configurarse legítimamente como valor equiparable o superior, que actúe como límite a la libertad de expresión.

En el modelo europeo, y a diferencia del norteamericano, la propia plasmación del derecho a la libertad de expresión en los textos normativos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial ha venido acompañada de la inclusión de un haz de límites derivados de otros valores normativamente equiparables, tales como la igualdad, la dignidad o el honor de los ciudadanos. Así, el CEDH garantiza la libertad de expresión en su artículo 10, si bien acto seguido avala su restricción por causas como la seguridad nacional o pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de la reputación o los derechos ajenos. De similar modo, la Constitución española dispone que la libertad de expresión halla sus límites «especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». También la Constitución alemana, que comienza con la declaración absoluta de «(l)a dignidad del hombre es sagrada» (art. 1) (8), introduce el derecho al honor como límite constitucional a la libertad de expresión.

Acogiendo tales presupuestos, tanto el TEDH como los tribunales constitucionales de distintos países europeos han manifestado que la libertad de expresión no alcanza a ofrecer cobertura al discurso del odio, habiéndose proscrito su ejercicio en diversos textos supranacionales y sancionado penalmente diversas formas del mismo en prácticamente todos los Estados europeos. En la Recomendación del Consejo de Europa R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, se adopta la siguiente definición de discurso de odio: «*toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia*». En ella se postula la necesidad de «tomar medidas adecuadas para combatir el discurso del

(8) Trazando un paralelismo con la redacción de la Primera Enmienda de la Constitución americana, CARMÍ, 2008, págs. 384 y 386, opone el «absolutismo de la libertad de expresión» del modelo americano al «absolutismo de la dignidad» propio de Alemania.

odio», incluyendo, entre los principios establecidos a tal fin, el de que «las leyes nacionales y su aplicación práctica deberían permitir a los tribunales tomar en consideración que determinadas formas de discurso hostil pueden resultar tan insultantes hacia individuos o grupos como para no disfrutar del nivel de protección que el artículo 10 CEDH garantiza a otras formas de expresión. Tal será el caso cuando el discurso del odio esté dirigido a la destrucción de los derechos y libertades plasmados en el Convenio o a su limitación» (principio 4).

El Consejo de Europa ha mostrado considerable preocupación por el discurso del odio. Además de la mencionada Recomendación de 1997, puede citarse, a este respecto, la Recomendación núm. 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, relativa a las legislaciones nacionales de lucha contra el racismo (2002), en la que se establece la necesidad de introducir como delitos penales la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, las injurias o la difamación públicas y las amenazas, cuando se dirijan contra una persona o un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico. Se recomienda también que se reprima la expresión pública, con fines racistas, de una ideología que propugne la superioridad de un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico; la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas, con fines racistas, de los genocidios o los crímenes de lesa humanidad. Junto a ello, la más reciente Recomendación de la Asamblea Parlamentaria núm. 1805, de 29 de junio 2007, sobre «Blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio por razones de religión», tras declarar que «en sociedades multiculturales es a menudo necesario reconciliar la libertad de expresión con las libertades de pensamiento, conciencia y creencias religiosas», y que algunos casos, se hace también necesario imponer restricciones a estas libertades», se remite a la citada Recomendación de la ECRI para manifestar que «las leyes nacionales deberían penalizar las manifestaciones que abogan por que una persona o un grupo sean objetivo del odio, la discriminación o la violencia sobre la base de sus creencias religiosas».

En el ámbito europeo, puede citarse también la Acción Común de 15 de julio de 1996 contra el racismo y la xenofobia, que establece la necesidad de castigar penalmente la incitación pública a la discriminación, la violencia o el odio racial, la apología pública de crímenes contra la humanidad, la negación pública del genocidio y crímenes contra la humanidad, cuando ello incluya un comportamiento degradante hacia grupos raciales o étnicos, o la difusión pública de manifestaciones racistas. Con posterioridad, la Decisión Marco de noviembre de 2008 (2008/913/JAI), relativa a la lucha contra el racismo y la

xenofobia, ha impuesto a los Estados la sanción de determinados actos cometidos con objetivos racistas o xenófobos, tales como la incitación pública a la violencia o al odio; la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo; la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio y contra la humanidad, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

El rechazo del discurso del odio no es, en todo caso, exclusivo de Europa. En el ámbito internacional, pueden citarse, a estos efectos, el artículo V del Convenio de Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio, de 1948, que impone a los Estados firmantes la introducción de sanciones eficaces para la «instigación directa y pública» del genocidio; el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (1966), cuyo apartado segundo dispone que «(t)oda apología del odio nacional, racial y religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley»; o el Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, que establece la condena de toda propaganda inspirada en la superioridad racial o que pretenda justificar o promover el odio y la discriminación racial, comprometiéndose los Estados firmantes, entre otras medidas, a declarar como acto punible la difusión de ideas basadas en la superioridad y el odio racial, la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales (art. 4) (9).

En el ámbito de las legislaciones nacionales, las leyes penales de Europa castigan ampliamente conductas como la incitación a la discriminación, la violencia o el odio, la justificación y negación del genocidio, las expresiones denigratorias o ultrajantes hacia un grupo determinado de población o hacia una religión, la distribución y posesión de materiales racistas o discriminatorios, o la utilización de símbolos de regímenes fascistas y nazis (10). Por lo que respecta a nuestro país, la regulación del CP español se halla en perfecta sintonía con el amplio marco de restricción del discurso del odio propio del modelo europeo, a salvo de la disonancia que ha supuesto la declaración de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio por la STC 235/2007, de 7 de noviembre (11).

(9) Por descontado, la ratificación de tales textos por parte de Estados Unidos vino acompañada de la consiguiente reserva a los artículos que restringían la libertad de expresión. Sobre ello *vid.* SMOLLA, 1990, págs. 196-197; SCHAUER, 2005, págs. 34-35; CARMÍ, 2008, pág. 344.

(10) Amplias referencias legislativas pueden encontrarse en LANDA GOROSTIZA, 2000, págs. 103 y sigs.; RIVERA, 2009, págs. 101-103.

(11) No es finalidad de estas páginas analizar el pronunciamiento del TC. Un elenco de comentarios doctrinales sobre dicha Sentencia puede encontrarse en ALCÁCER, 2013, nota 12.

Junto a tales referencias, especialmente ilustrativa del tratamiento que en Europa recibe el discurso del odio es la jurisprudencia del TEDH, que se ha mostrado especialmente beligerante tanto con el discurso xenófobo y extremista como, en particular, con la negación del genocidio nazi (Alcácer, 2013). Sin posibilidad de profundizar en ello en el marco de estas páginas, me serviré del caso que quizá con mayor nitidez refleja el tratamiento que el TEDH otorga al discurso de corte xenófobo, así como la controversia que genera la restricción en democracia del discurso político. Es el asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, sentencia en la que, por cuatro votos contra tres, el TEDH consideró acorde al Convenio la condena por delito de incitación a la discriminación y el odio impuesta al presidente del partido político de extrema derecha Frente Nacional por la divulgación de diversos pasquines en los que se propugnaba la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica. Según se recoge en los antecedentes fácticos de la sentencia, los pasquines por cuya confección y distribución fue condenado el señor Féret contenían, entre otros, los siguientes mensajes:

En la octavilla titulada «¡Implicaos en lo que os afecta!» se promovía, concretamente, restablecer la prioridad del empleo para los belgas y europeos, reparar a los inmigrantes, aplicar el principio de la preferencia nacional y europea, convertir los centros de refugiados políticos en albergue para los sin techo belgas, crear cajas de seguridad social separadas para los inmigrantes, interrumpir la política de la seudointegración y detener la bomba «seguridad social para todos». En otra octavilla, en la que se enunciaban propuestas semejantes, se decía que el Frente Nacional pretendía «oponerse a la islamización de Bélgica», «interrumpir la política de la seudointegración», «expulsar a los parados extraeuropeos», «reservar a los Belgas y europeos la prioridad de la ayuda social», «dejar de sustentar las asociaciones socio-culturales de ayuda a la integración de los inmigrantes», «reservar el derecho de asilo [...] a las personas de origen europeo realmente perseguidas por razones políticas» y «entender la expulsión de los inmigrantes en situación irregular como una mera aplicación de la Ley». Además, el programa promovía reglamentar con más severidad el acceso a la propiedad inmobiliaria en Bélgica, impedir la implantación duradera de familias extraeuropeas y la constitución de guetos étnicos en el territorio y «salvar a nuestro pueblo del riesgo que constituye el Islam conquistador». En una tercera octavilla, se rechazaba la política de inmigración del partido en el poder político. En ella se decía que de todos los países del mundo, es Bélgica la que concede más fácil y rápidamente la naturalización, y que los «sin papeles —ilegales y, por tanto, delincuentes— son regularizados masivamente. Contrariamente a lo que pretendía el Ministro del Interior, ello hace literalmente que estalle el número de solicitantes de asilo —42.000 solo el año 2000. ¡De todos los diputados francófonos, solo Daniel Féret —FN— ha votado en contra! [...]. Nuestros gobernantes son unos ladrones». Junto a las anteriores, también fue objeto de denuncia un cartel que, con

el título «Es el cuscús clan», representaba a una mujer cubierta con un velo y un hombre con un turbante que sostenían un letrero en el que figuraba la inscripción: «El Corán dice: Matad a los infieles hasta que corra un baño de sangre». Debajo figuraba escrito en letras rojas: «¡El FN dice NO!». Ese cartel, editado en forma de octavilla, fue distribuido también añadiéndose la leyenda «Atentados en los EE. UU.: es el cuscús clan».

La decisión de Estrasburgo comienza por destacar que el ejercicio del discurso tiene lugar en un contexto de deliberación política, más concretamente en plena campaña electoral, y que la persona que ejerce el discurso público y que ha sido condenada por ello es un cargo electo de un partido político. La importancia de este aspecto habría de ser crucial, pues, como es sabido, el discurso político constituye el núcleo del contenido protegido por la libertad de expresión. Afirmar el TEDH a este respecto, en la citada decisión, que «(e)l artículo 10.2 del Convenio no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general», añadiendo que, si bien no reviste un carácter absoluto, «es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político» y conceder «la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político», sin que se pueda «restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas».

Pese a tales premisas, por ajustada mayoría concluye el Tribunal europeo que las condenas a Féret son acordes al artículo 10 CEDH, por cuanto «el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y el odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral».

«La incitación al odio —afirma el Tribunal— no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.»

Lo llamativo de esta Sentencia —tal como pone de relieve el voto particular firmado por tres de los siete magistrados—, es que, enfrentado el Tribunal al discurso del odio, abandona los presupuestos de su propia 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, manifiesta la sentencia 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».

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN AMÉRICA

Un pronunciamiento de esa índole sería impensable en EE. UU. En materia de libertad de expresión, la distancia que cubre el Atlántico es, en lo tocante al discurso del odio, la que media entre Marte y Venus. Desde este lado del océano, la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano sobre la libertad de expresión se contempla con una mezcla de admiración y estupor, si bien, ante su radical contraste con el modelo europeo, quizá predomine este segundo sentimiento. Puede considerarse admirable que se haya declarado prioritaria la libertad de quien quema una bandera (12) frente al patriotismo que caracteriza a la sociedad estadounidense. Pero produce estupor que se haya permitido la quema de una cruz —símbolo del *Ku Klux Klan*— en el jardín de una familia afroamericana (13), o la marcha de un grupo nazi ante una comunidad judía (14). Ciertamente, la manifestación de alabanza o rechazo ante tales supuestos dependerá de cuál sea la comprensión que el lector albergue sobre la libertad de expresión; es muy probable que para un ciudadano americano medio cause más estupor meter en prisión a quien niega o justifica el Holocausto o el genocidio

(12) En la conocida *Texas v. Johnson* [491 US 397 (1989)].

(13) *R.A.V. v. City of S. Paul* (1992).

(14) Es el conocido caso de la ciudad de Skokie (Illinois). Una amplia descripción del caso se encuentra en WALKER, 1994, págs. 120 y sigs.

armenio (15) que el que un grupo nazi pueda reclamar la vuelta de Hitler en una comunidad judía.

En la reciente sentencia *Snyder v. Phelps* (2011), con cuyos hechos hemos comenzado el presente trabajo, el Tribunal Supremo declaró que la condena civil por daños morales impuesta al Pastor Phelps y otros miembros de la Iglesia Bautista de Westboro era contraria a la libertad de expresión. El Tribunal concluía su argumentación con las siguientes palabras:

«El ejercicio de la expresión [*speech*] es poderoso. Puede incitar a la gente a la acción, llevarles a las lágrimas o —como ocurrió en este caso— infligir grandes dosis de sufrimiento. Pero, ante los presentes hechos, no podemos reaccionar a ese sufrimiento castigando a quien se manifiesta. Como nación, hemos elegido un camino distinto: proteger el discurso sobre asuntos públicos incluso cuando cause dolor, en aras de no reprimir el debate público.»

El párrafo citado condensa la concepción norteamericana de la libertad de expresión, no solo del Tribunal Supremo, sino de la sociedad en su conjunto. Más allá de pronunciamientos judiciales, un gráfico ejemplo de ese poder de la libertad de expresión, y del camino libertario elegido por los Estados Unidos, fue el del anuncio de Terry Jones, pastor de una pequeña iglesia alternativa en Gainesville (Florida), de quemar públicamente ejemplares del Corán con ocasión del noveno aniversario del 11-S. Pese a la elevada probabilidad de que ese acto pudiera aumentar el peligro para soldados estadounidenses en Afganistán —advertida públicamente por el mismo general Petraeus—, y pese a las manifestaciones de rechazo surgidas en todo el mundo por comunidades musulmanas y por, entre otros, los presidentes de Afganistán y Pakistán, la radical prioridad de la libre expresión imperante en Estados Unidos impedía prohibir *ex lege* los planes del pastor Jones (16). Finalmente, el mismo Obama tuvo que solicitar públicamente que no llevara a cabo la quema del Corán para evitar la muerte de más soldados y civiles, y el secretario de Defensa de EE. UU. llamó por teléfono a la Iglesia de Jones a tal fin. El pastor prometió entonces desistir

(15) Conducta que un proyecto de ley aprobado en enero de 2012 por el Senado francés castigaba con pena de un año de prisión, y que antes de su entrada en vigor fue declarado inconstitucional por el consejo Constitucional. Cfr. sobre ello GARIBIAN, 2008.

(16) Ante un anuncio similar efectuado por Terry Jones en abril de 2013 de quemar públicamente el Corán en la conmemoración del 11-S, y las solicitudes internacionales al Gobierno americano —desde Irán, Pakistán o una Conferencia interreligiosa celebrada en Viena— para que lo evitara, finalmente la policía arrestó al pastor el mismo 11 de septiembre cuando se disponía a quemar 2.998 Coranes. Los cargos que justificaron la detención nada tenían que ver con el discurso del odio: el arresto se fundó en que portara armas en una zona pública.

de sus intenciones, pero finalmente terminó por llevarlo a cabo en marzo de 2011, tras el «juicio» y condena al libro sagrado. Como es sabido, la quema del Corán dio lugar, tras las imprecaciones de varios *mullahs* clamando venganza, a que miles de afganos asaltaran una oficina de la ONU en Mazar i Sharif, en el norte de Afganistán, muriendo once personas.

Tan llamativo como que el pastor de una iglesia de treinta miembros suscitara tal atención de mandatarios internacionales y creara un conflicto internacional de tan terribles consecuencias es que la opinión pública americana, por lo general, defendiera el derecho de Terry Jones a realizar tales actos bajo invocación de la Primera Enmienda. Como se ha afirmado, «la veneración por la libertad de expresión forma parte integral del *ethos* americano y está profundamente arraigada en la cultura americana» (Carmi, 2008, pág. 339). El debate público sobre la libre expresión de Jones se acentuó como reacción a las manifestaciones del senador Lindsey Graham sobre la necesidad de establecer límites a la libre expresión en casos como el citado, apelando a una situación de guerra. La propuesta del senador de «encontrar un modo de hacer responsable a la gente por tales actos», bajo el argumento de que «la libertad de expresión es una gran idea, pero estamos en Guerra. Durante la Segunda Guerra Mundial existían límites sobre lo que uno podía decir si ello inspiraba al enemigo», recibió el rechazo generalizado de la prensa. Un ejemplo ilustrativo del tono de tales respuestas es la crítica formulada por el reputado periodista Glenn Greenwald desde las páginas de la revista *Salon*, que sintetiza a la perfección el credo estadounidense:

«Si se quiere conferir al Estado el poder de castigar la expresión de ciertos puntos de vista sobre la base de que son tan erróneos y/o hirientes que su expresión no debería ser permitida —tal como es habitual en países europeos y Canadá—, entonces no se cree realmente en la libertad de expresión; lo que se cree es que uno es libre de manifestar solo los puntos de vista que la mayoría de los ciudadanos (y el Estado) permite. Muchas de las opiniones más importantes a lo largo de la historia han sido, en algún momento, dañinas, peligrosas e incluso engendradoras de violencia. La razón para la protección de la libertad de expresión es precisamente la de salvaguardar esas ideas —despreciadas por la mayoría— de su represión. Quemar el Corán es despreciable, pero constituye una forma de discurso político, tanto como la quema de la bandera americana o una efigie de un líder político odiado, o romper la foto de un líder religioso o publicar sus caricaturas» (17).

(17) El texto puede encontrarse (agosto de 2014) en: http://www.salon.com/2011/04/04/free_speech_3/.

Tal concepción «absolutista» de la libertad de expresión (18) existente en Estados Unidos y, en concreto, el lugar absolutamente preeminente que ocupa en el orden de derechos y valores constitucionales, no tiene parangón en el Derecho comparado. La libertad de expresión constituye, en palabras de Schauer, la *preferred freedom of the preferred freedoms* (Schauer, 1978, pág. 688), por lo que no habrá de ceder en ningún caso ante el honor o la dignidad de quienes puedan verse afectados por el discurso. El carácter absoluto con que es protegida la libertad de expresión se refleja ya en la propia enunciación de la Primera Enmienda: «El Congreso no promulgará ninguna ley... que restrinja la libertad de expresión», en la que, junto a la rotundidad del *no law*, se omite toda mención a otros valores que pudieran modular o restringir su alcance, a diferencia de la regulación habitual en los tratados internacionales o constituciones del resto del mundo. Ciertamente, el tenor literal de la Primera Enmienda no basta por sí solo para explicar la posición que ocupa la libertad de expresión en Estados Unidos —no impidió, de hecho, la represión del discurso comunista o anarquista en distintos momentos del siglo XX (Lewis, 2007, pág. IX)—. Por el contrario, ha sido la interpretación que a lo largo de los años ha venido dando a la misma el Tribunal Supremo americano lo que en la actualidad permite a todo ciudadano estadounidense quemar su bandera, insultar a su Presidente o denigrar el Islam o la Iglesia Católica, pero también justificar el Holocausto, declarar a los negros o los asiáticos seres inferiores o sugerir que los homosexuales, los inmigrantes ilegales o los dentistas deberían ser colgados por los tobillos.

No es posible abordar aquí con profundidad el origen y la evolución de tal concepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano. Como la historia es conocida —existiendo además recientes contribuciones en habla hispana sobre la materia (19)—, y dado el exclusivo afán de recabar las herramientas necesarias para esbozar un análisis explicativo de las radicales divergencias que presenta con el modelo europeo, me limitaré a enunciar sintéticamente sus elementos esenciales, de la mano de la sentencia con que hemos comenzado.

Sin lugar a dudas, el caso *Snyder* contenía todos los ingredientes para enfrentar a la opinión pública estadounidense a su Primera Enmienda y para hacerle reflexionar sobre si su práctica ausencia de límites es razonable. Dijo Holmes que los buenos casos hacen mala jurisprudencia (*good cases make bad law*), «porque no se califican como buenos casos por su importancia real para

(18) El término es de SUNSTEIN, 1993, pág. 5. Al respecto, es obligada también la mención al clásico trabajo de MEIKLEJOHN titulado «*The First Amendment Is an Absolute*».

(19) Amplias exposiciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano en materia de libertad de expresión pueden encontrarse en RIVERA, 2009, y en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2011.

conformar la doctrina del futuro, sino por algunas circunstancias accidentales que le otorgan un desmesurado interés inmediato» (20). En el caso que había de resolver el Tribunal Supremo, tales circunstancias accidentales tocaban la fibra sensible de la ciudadanía americana —y de los jueces, es de esperar—: un padre, Albert Snyder, que llora al hijo muerto en Irak en cumplimiento de su deber como soldado estadounidense, frente a un grupo de fanáticos que se sirven del funeral del soldado muerto en combate para expresar un discurso homófobo y fundamentalista. Pese a ello, los magistrados (a excepción de Alito, que formuló un encendido voto particular) no dejaron que tales circunstancias enturbiaran la aplicación del precedente, y antepusieron la libertad de expresión de Phelps y los miembros de su iglesia a los daños morales invocados por el padre del soldado Snyder (21).

Los hechos son conocidos: los miembros de la Iglesia de Westboro liderada por Phelps aprovecharon el funeral del soldado Snyder para divulgar su mensaje —según el que Dios odia y castiga a los Estados Unidos por su decadencia moral y su tolerancia a la homosexualidad, especialmente en el ejército— tal como habían hecho en otras muchas ocasiones. Tras informar a las autoridades locales de sus intenciones, dispusieron sus pancartas en un terreno público a unos 300 metros de la iglesia donde tenía lugar el funeral, sin aproximarse al mismo y limitándose a gritar sus consignas y a rezar. La comitiva fúnebre llegó a pasar a menos de 80 metros del lugar donde estaban los manifestantes, si bien el padre de Snyder afirmó que, pese a haber advertido su presencia, no conoció el contenido de los mensajes en ese momento. Albert Snyder presentó una demanda civil contra Phelps y su iglesia fundada, entre otros argumentos, en la causación intencional de daños morales [*intentional infliction of emotional distress*], que ganó en primera instancia (condenando a la iglesia a 2,9 millones de dólares en compensación por los daños y 8 millones por daños punitivos) y fue confirmada en segunda instancia (aunque reduciéndose la cuantía de la condena), pero que fue finalmente revocada por el Tribunal de apelaciones, acudiendo entonces al Tribunal Supremo.

El voto mayoritario, firmado por el *Chief Justice* Roberts, comienza por situar la controversia en la cuestión de si el discurso posee o no relevancia pública, por cuanto «el discurso sobre asuntos con relevancia pública se halla en

(20) En el voto disidente a *Northern Securities Co. V. United States* (1904), citado por SALAMANCA, 2011, pág. 57.

(21) Afirma al respecto, SALAMANCA, 2011, pág. 58, que en atención a la doctrina constitucional sobre la Primera Enmienda, lo sorprendente es que el litigio entre la iglesia y Snyder hubiera llegado tan lejos como llegó.

el núcleo de protección de la Primera Enmienda». Ello se fundamenta en que «la expresión relativa a asuntos públicos es más que expresión individual; es la esencia del autogobierno». Frente a ello, la expresión sobre asuntos de índole privada no reviste, por tal razón, tal grado de protección. Reconoce Roberts que no resulta fácil concretar los límites de tal *public concern test*, si bien hay algunos parámetros que pueden ser empleados a tal fin. Citando pronunciamientos anteriores, afirma al respecto que estaremos ante un discurso público «cuando puede ser razonablemente asumido que aborda cualquier cuestión política, social o de otra índole relevante para la comunidad», o cuando es «de interés general y de relevante valor para el público». Desde tales premisas, concluye que el contenido de las pancartas mostrada por los miembros de la iglesia de Westboro tiene relevancia pública «porque abordan amplias cuestiones de interés para la sociedad en su conjunto»; «si bien no pueden considerarse refinadas reflexiones políticas o sociales, las cuestiones a que aluden —la conducta moral y política de los Estados Unidos y sus ciudadanos, el destino de nuestra nación, la homosexualidad en el ejército, o determinados escándalos vinculados a la Iglesia Católica— son importantes para la opinión pública». Por lo demás, aun cuando algunos de los mensajes pudieran ir dirigidos contra el soldado Snyder en particular, ello no les priva de su relevancia pública, dado el contexto y finalidad con que son emitidos.

Como segundo argumento, emplea el Tribunal su doctrina sobre el *public forum*, dando relevancia al hecho de que el discurso se realizó en un espacio público, ámbito donde la libertad de expresión ha de ser protegida con mayor intensidad pues es el espacio donde tiene lugar el intercambio de ideas y el debate público (Sunstein, 2003, págs. 102 y sigs.). Por todo ello, «dado que el discurso de los de Westboro tuvo lugar en un espacio público y versaba sobre cuestiones con relevancia pública, está amparado por la “especial protección” que proporciona la Primera Enmienda». En consecuencia, por muy ofensivo, vejatorio o *outrageous* que sea, ha de prevalecer sobre el indudable sufrimiento que causara sobre la familia del soldado Snyder, debiendo considerarse contraria a la libertad de expresión la condena por *emotional distress* impuesta por los tribunales. «La razón de ser de la defensa de la libre expresión [...] radica precisamente en proteger los mensajes que puedan ser considerados equivocados o lesivos»; «en el debate público debemos tolerar el discurso ofensivo e incluso indignante en aras a proporcionar un adecuado espacio de actuación [*“breathing space”*] a las libertades protegidas por la Primera Enmienda.»

Tal es el tratamiento que el discurso del odio recibe en el modelo estadounidense: todo discurso extremista, racista, xenófobo o incitador del odio ha de incardinarse bajo el ámbito del discurso político, o del discurso sobre asuntos con

relevancia pública, recibiendo, por tanto, la consideración de *high value speech* y, con ello, la máxima protección que ofrece la Primera Enmienda (Sunstein, 1993, págs. 163-186; Massaro, 1991, pág. 221). Además, toda eventual regulación del discurso del odio —como las existentes en el modelo europeo—, en la medida en que presupone la prohibición de un determinado contenido del discurso dirigido, por lo general, contra grupos sociales específicos, habría de calificarse como basado en un determinado punto de vista [*viewpoint-based*], infringiéndose con ello el principio de absoluta neutralidad del Estado sobre las convicciones morales y políticas.

Dentro de ese amplísimo margen de ejercicio, el único límite que cabe oponer al ejercicio de la libertad de expresión es el de la *incitación directa a una conducta que genere un peligro claro e inminente*, criterio establecido por el juez Holmes en el voto particular a la sentencia *Schenck v. United States* [249 U.S. 47 (1919)] (22) y consolidado en *Brandenburg v. Ohio* [395 U.S. 444 (1969)], en la que el Tribunal sentó el principio de que las garantías constitucionales asociadas a la libertad de expresión no permiten siquiera a un Estado prohibir la apología [*advocacy*] del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando esa apología está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilícita y es adecuada para incitar o producir esa acción. No puede equipararse, afirmó, la mera exhortación en abstracto sobre la corrección o necesidad moral del recurso a la fuerza con la preparación de un grupo para la acción violenta o la provocación a tal acción. En atención a lo anterior, declaró inconstitucional la ley de Ohio que, dirigida a prohibir el sindicalismo violento, había sido aplicada para sancionar a un cabecilla del *Ku Klux Klan* por un discurso racista ante sus seguidores, porque, desconociendo esa diferencia, prohibía, bajo amenaza de pena, la mera apología y la reunión con otras personas solo para abogar por el uso de la violencia (23).

(22) «Admitimos que en muchos lugares y en épocas normales, los acusados habrían actuado en el marco de sus derechos constitucionales al decir lo que dijeron en el panfleto. Pero el carácter de cada acto depende de las circunstancias en las que es realizado. *La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a un hombre que gritara “fuego” en un teatro causando pánico...* La cuestión en cada caso radica en *si las palabras utilizadas lo son en circunstancias tales y de tal naturaleza que pueden crear un peligro claro y actual de que se produzcan daños sustanciales* que el Congreso tiene derecho a evitar» (énfasis añadido).

(23) Dado el ideario liberal individualista que profesaba Holmes (MEIKLEJOHN, 1948, págs. 71-72), no es casualidad que la concepción de Mill sobre la libertad de expresión se asemeje tanto a la doctrina del *clear and present danger*, tal como se pone de manifiesto en su clásico ejemplo del negociante de grano. Afirma Mill que «hasta las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en las cuales son expresadas hacen de esa expresión una instigación positiva a alguna acción perjudicial. La opinión de que los negociantes de trigo son los que matan de hambre

El amplísimo margen de actuación que el test del *direct incitement to clear and present danger* proporciona al discurso del odio ha sido puesto de manifiesto por Frederick Schauer en los siguientes términos: «En el contexto del discurso del odio, por tanto, *Brandenburg* plasma la idea de que en Estados Unidos las restricciones a la incitación al odio racial solo pueden ser auspiciadas bajo la Primera Enmienda cuando constituyen incitación al odio racial *violento*, e incluso, en tal caso, solo ante la excepcional circunstancia de que la incitación provoque inequívocamente a acciones violentas inmediatas, e incluso, en tal caso solo ante la aún más excepcional circunstancia de que los miembros de la audiencia se muestren de hecho dispuestos a responder de modo inmediato a la proposición del hablante» (Schauer, 2005, pág. 36). Ciertamente, es tal el grado de exigencia que impone el test de *Brandenburg* que, en la práctica, supone la absoluta impunidad del discurso del odio (Carmi, 2008, pág. 347).

En definitiva, en la medida en que el discurso de odio constituye un discurso político o socialmente relevante (*public concern test*), y que su restricción supondría que el Estado tomase partido por una determinada opinión, discurso o ideología e infringiera con ello el principio de neutralidad (*viewpoint neutrality*), su ejercicio gozará de la máxima protección que proporciona la Primera Enmienda, siendo legítimo prohibir únicamente los casos de incitación directa a una acción lesiva inminente. Además, es importante destacar que tanto por el Tribunal Supremo como por la doctrina científica se maneja una noción enormemente amplia del criterio de la «relevancia pública», por lo que resulta prácticamente imposible excluir cualquier vertiente del discurso del odio de ese ámbito de protección constitucional reforzada. Ya hemos visto que en *Snyder v. Phelps* se pone de manifiesto por el Tribunal la dificultad de distinguir el discurso público del privado, y que por ello se adopta un concepto amplio de lo públicamente relevante. Además, hemos visto también que aun cuando en el discurso sobre asuntos públicos se entremezclen alusiones concretas sobre cuestiones privadas o dirigidas a personas sin repercusión pública, la relevancia axiológica del discurso público impediría discriminar esto último a efectos de justificar una sanción, por mucho que puedan resultar injuriosas o dañosas. Por lo que respecta a la doctrina académica, acoge, por ejemplo, Sunstein un concepto tan vago como el siguiente: el discurso es político «cuando es proferido y recibido como una contribución a la deliberación pública acerca de un algún tema» (Sunstein, 2003, pág. 130),

a los pobres, o que la propiedad privada es un robo, no debe ser estorbada cuando circula simplemente a través de la prensa, pero puede incurrir en un castigo justo cuando se expresa oralmente ante una multitud excitada reunida delante de la casa de un comerciante de trigo, o cuando se presenta ante esa misma multitud en forma de cartel» (MILL, 1997, págs. 126-127).

lo que indudablemente, y como el mismo autor asume, supone considerar como tal el discurso de odio (Sunstein, 2003, pág. 163). En idéntico sentido, entiende Robert Post que «la categoría del discurso racista no puede ser excluida como tal del ámbito del discurso público. El contenido racista de una particular manifestación es solo uno de los muchos factores relevantes para la determinación de si tal manifestación cae dentro o fuera de dicho ámbito. Así, por ejemplo, el panfleto enjuiciado en *Beauharnais v. Illinois*, que pretendía “solicitar al alcalde y Ayuntamiento de Chicago la aprobación de leyes a favor de la segregación”, tenía claramente la finalidad de intervenir en el debate sobre asuntos públicos, más allá de su evidente racismo virulento. De igual modo, el infame desfile nazi en Skokie era también un intento de participar en el discurso público, independientemente de su repulsiva simbología política. En ambos casos los racistas utilizaron medios reconocidos para la transmisión de ideas en orden a dirigirse e influir sobre la opinión pública» (Post, 1991, pág. 289).

V. VÍCTIMAS Y DISIDENTES: RAZONES DEL DESENCUENTRO ENTRE EE. UU. Y EUROPA

Son muchas y de muy diversa índole las causas que explican la oceánica distancia que separa el tratamiento del discurso del odio en el modelo europeo y en el modelo americano (24), y un análisis en profundidad de sus implicaciones históricas, políticas, sociológicas y teórico-constitucionales desbordaría con creces el marco asignado a estas páginas. Las que a continuación se exponen constituyen por ello un esbozo de las que considero más significativas.

1. *Diferencias de orden metodológico y jurídico-constitucional*

Pueden mencionarse, en primer lugar, razones de orden metodológico para explicar las diferencias de enjuiciamiento entre el TEDH y el Tribunal Supremo americano. Habíamos afirmado que la diversa comprensión de la libertad de expresión entre ambos modelos se reflejaba ya en la propia constitucionalización del derecho: mientras en la Primera Enmienda se disponía su protección con carácter absoluto —«*no law*»—, la regulación de la libertad de expresión en

(24) Afirma al respecto SCHAUER, 2005, pág. 43, que el «excepcionalismo» americano en materia de libertad de expresión va más allá del discurso del odio, abarcando prácticamente todas las facetas del derecho.

los textos legales europeos incorporaba otros valores con los que podía entrar en conflicto y que, eventualmente, podían dar lugar a su limitación (25). Pues bien, tales divergencias conllevan, a su vez, la asunción de un diferente criterio de enjuiciamiento de tales conflictos por parte del TEDH y el Tribunal Supremo americano. Así, mientras el Tribunal de Estrasburgo enjuicia los límites a la libertad de expresión a partir de un criterio de *ponderación*, el Tribunal Supremo opera con un criterio de *categorización* o delimitación; en palabras de Weinstein: estándares flexibles, por un lado, frente a reglas rígidas, por otro (Weinstein, 2009, pág. 90). Así, el modelo europeo se sirve, por lo general, de una ponderación basada en el principio de proporcionalidad, situando con ello a la libertad de expresión en conflicto con otros bienes o valores *prima facie* equiparables y haciendo depender la prioridad de uno u otro de las circunstancias del caso concreto (26). En cambio, el Tribunal Supremo americano opera a partir de una previa y rígida delimitación conceptual entre lo que forma parte del derecho a la libre expresión y lo que no, y de la asunción de su prioridad frente a cualquier otro valor (27).

La segunda diferencia de orden teórico o metodológico que puede reseñarse atañe a la diferente comprensión de los derechos fundamentales. Como es sabido, en el constitucionalismo de muchos Estados europeos —y en el TEDH— se ha venido siendo receptivo a admitir un «efecto horizontal» de los derechos, asumiendo que los mismos surten efectos entre particulares y puede, por ello, ser reclamada al Estado su protección frente a ataques de otros ciudadanos. En cambio, el constitucionalismo americano es muy reacio a admitir ese efecto, exigiendo el Tribunal Supremo, como condición procedimental, que la vulneración sea directa o indirectamente atribuible a la *state action*, al Estado (28).

(25) SCHAUER, 2005, pág. 44-45, enfatiza la relevancia que la diferente forma de regulación ha podido conllevar para el desarrollo de las diferencias entre el modelo europeo y americano.

(26) Tal es el proceder valorativo del TEDH en el ámbito del artículo 10.2 CEDH; otro criterio, más próximo a la categorización, emplea cuando apela a la cláusula del abuso de derecho del artículo 17 CEDH. En este sentido, es significativo que CANNIE/VOORHOOF, 2011, pág. 68, vinculen este último juicio con el criterio del Tribunal Supremo americano.

(27) Para un análisis de esa dualidad, cfr. especialmente SCHAUER, 2005, págs. 45 y sigs., pág. 54 y sigs. *Vid.* también TRIBE, 1988, págs. 792 y sigs., destacando la controversia existente entre los defensores de una aplicación «absoluta» de la Primera Enmienda y una basada en la ponderación (prácticamente inexistente en la jurisprudencia). *Vid.* asimismo, SUNSTEIN, 1993, págs. 5-6, 150 y sigs., mostrándose a favor del criterio de la delimitación; GREENAWALT, 1995, págs. 12-13; CARMÍ, 2008, págs. 340-341, 366 y sigs. Matiza, no obstante, esa distinción entre un enfoque categorial y uno ponderativo, BRUGGER, 2005, pág. 77.

(28) Destacan tales diferencias, FERRERES, 2008, págs. 1174-1175; RIVERA, 2009, pág. 51; KROTOSZYNSKI, 2004, págs. 1559-1560. Sobre la doctrina de la *state action* en la jurisprudencia constitucional americana, cfr. TRIBE, 1988, págs. 1688 y sigs.

2. *El papel del Estado y la función de los derechos*

Ciertamente, las citadas diferencias teórico-jurídicas no son causa sino, antes bien, consecuencia de divergentes comprensiones políticas acerca de la libertad y del papel del Estado. El liberalismo clásico en que está asentado el constitucionalismo norteamericano concibe al Estado, en esencia, como potencial enemigo de las libertades individuales, cuyo cometido constitucional se limita a no restringir en demasía las libertades de los ciudadanos, pero no a protegerlos de la lesión de sus derechos por parte de terceros; ello es lo que explica la citada necesidad de una acción estatal como presupuesto para la protección judicial de un derecho. Se ha podido afirmar, este respecto, que «el Derecho constitucional estadounidense no reconoce un derecho del individuo a exigir prestaciones del Estado. Los Derechos constitucionales son concebidos en forma negativa, como derecho a la no interferencia del Estado» (Rivera, 2009, pág. 51). Frente a ello, el modelo europeo asume una labor positiva y promocional del Estado en la defensa de los derechos de los ciudadanos, y en el fomento de las condiciones que aseguran su vigencia (29). Manifiesta Ferreres, en este sentido, que «si se concibe al Estado, ante todo, como un enemigo potencial de la libertad, la Constitución se centrará en regular las relaciones entre los individuos y el Estado. Si se pone el acento, en cambio, en su papel como protector de la libertad frente a los ataques de terceros, se acoge más fácilmente la idea de que la Constitución debe regular las relaciones entre los particulares» (Ferreres, 2008, págs. 1175).

Tales diferencias en el papel del Estado tendrán su correspondencia en las funciones asignadas a los derechos fundamentales: mientras para el modelo norteamericano los derechos son entendidos, en esencia, como derechos subjetivos de defensa, el europeo acoge también una dimensión positiva de los derechos, concebidos también como valores objetivos cuyo fomento y protección tiene encomendada el Estado (30). Tal como manifiesta Schauer, la constitución americana es «fuertemente negativa, por lo que se ve con recelo concebirla como un vehículo para promover cualquier clase de derechos sociales, derechos de la comunidad o garantías positivas del ciudadano» (Schauer, 2005, pág. 46).

(29) Resaltando tales diferencias, DOUGLAS-SCOTT, 1999, pág. 344; GRIMM, 2005, págs. 137 y sigs., comparando la concepción del Tribunal Supremo americano con la del Tribunal Constitucional alemán.

(30) Ampliamente sobre tales diferencias entre el constitucionalismo americano y europeo, GRIMM, 2005, págs. 137 y sigs.; KROTOSZYNSKI, 2004, págs. 1558 y sigs.

Es este, sin duda, uno de los aspectos nucleares del debate. La desconfianza hacia el Estado —como potencial enemigo de la libertad— ha marcado decisivamente la concepción americana sobre la libertad de expresión (31); es debido a tal comprensión de las relaciones entre el Estado y el individuo, por lo que es vista con recelo y desconfianza cualquier regulación estatal que, en aras a fomentar valores como la igualdad o la dignidad, restrinja la libertad de expresión; máxime cuando la regulación adopta un determinado contenido moral o ideológico. De igual modo, son las citadas diferencias sobre el papel del Estado y la concepción de los derechos fundamentales las que permiten explicar las sensibles diferencias existentes en lo tocante a la restricción de la libertad de expresión si se asume exclusivamente como derecho subjetivo o si, además, se concibe como un principio objetivo que el Estado debe promocionar. En el primer caso, la libertad de expresión se conforma como una limitación del Estado a restringir su ejercicio por parte del titular del Derecho, pero no podría justificarse una acción positiva del Estado dirigida a promover las condiciones necesarias para fomentar o equiparar las condiciones de acceso al ejercicio de la libertad de expresión. En el modelo americano, en definitiva, «la libertad de expresión es, esencialmente, libertad frente al Estado, frente a la intrusión colectiva y frente a la subordinación del individuo a la sociedad, formando así la piedra de toque de la libertad negativa, que se encuentra en el núcleo de la relación ideal entre el ciudadano americano y su gobierno» (Rosenfeld, 2000, pág. 470).

Esta concepción negativa de la libertad de expresión se refleja, por ejemplo, en la controversia surgida hace unos años sobre los límites a la financiación de las campañas electorales, con ocasión de la sentencia *Buckley v. Valeo* [424 U.S. 1 (1976)] (32). El Congreso de los Estados Unidos aprobó una ley que, en aras a buscar un más igualitario acceso a la participación en los procesos electorales, regulaba y establecía límites a la financiación económica de las campañas electorales. Asumiendo que la financiación de candidatos políticos constituía una forma de ejercicio de la libre expresión, el Tribunal Supremo declaró la citada ley contraria a la Primera Enmienda, considerando que pese a que se afirme «que el interés primordial del gobierno en equiparar la relativa capacidad de individuos y grupos en influir sobre el resultado de las elecciones [es] lo que justifica la limitación en el apoyo a la victoria o derrota de un candidato impuesta por la fijación de un techo de gasto [...] *la idea de que el gobierno*

(31) Cfr., por ejemplo, WALDRON, 2012, págs. 26 y sigs. Son dignas de atención las reflexiones de BRUGGER, 2005, págs. 78-79, en este aspecto.

(32) El ejemplo es traído a colación en un similar contexto por MICHELMAN, 2005, pág. 168. Una lectura matizada de esa sentencia ofrece SUNSTEIN, 1993, págs. 94 y sigs. Cfr. también sobre ella GREENAWALT, 1995, págs. 139 y sigs.

pueda restringir la libre expresión de algunos sectores de nuestra sociedad en orden a realzar la voz de otros es completamente ajena a la Primera Enmienda» (énfasis añadido).

3. Individuo y comunidad

En última instancia, tal oposición entre el modelo americano y europeo responde a profundas diferencias ideológicas, relativas a las relaciones entre el individuo con la comunidad y con el Estado (Greenawalt, 1995, págs. 124 y sigs.). En palabras de Schauer, la doctrina sobre la Primera Enmienda es expresión de «una cultura en la que el libertarismo, el *laissez faire* y la desconfianza hacia el gobierno permanecen como las características básicas de una ideología netamente americana» (Schauer, 2005, págs. 46-47). Es esa óptica la que justificó el pronunciamiento referido a la financiación electoral: al igual que el Estado, potencial enemigo de la libertad, no debe intervenir en el *marketplace of ideas*, tampoco está legitimado para restringir los límites de la financiación electoral en aras a fomentar una más equitativa participación en el mercado de las ideas políticas (33). Y es esa óptica, en definitiva, la que conforma la concepción libertaria de la Primera Enmienda, y la que la separa radicalmente de la tradición europea: el papel del Estado sobre la libertad de expresión debe restringirse a la no intervención; por ello, deviene ilegítima toda medida que limite su ejercicio, aun cuando esté encaminada a promover el ejercicio de otros derechos o incluso de la propia libertad de expresión (34). Además, el exacerbado individualismo —que junto a la desconfianza hacia el gobierno definen esa concepción libertaria— conllevará que la libertad de expresión se anteponga siempre a valores comunitarios, no solo frente a los que otorgan identidad a comunidades culturales determinadas, sino incluso frente a los que definen y cohesionan la propia comunidad política en su conjunto (Weinstein, 2001, pág. 150; Carmi, 2008, pág. 300). Ejemplo de ello es decisión de amparar bajo la protección de la Primera Enmienda a quien quema la bandera americana (35).

(33) Es muy ilustrativa, a este respecto, la descripción histórica que efectúa TOOBIN, 2012, págs. 229 y sigs. (capítulo 11), sobre los intentos legislativos de limitar la libertad de financiación y la consistente respuesta libertaria del Tribunal Supremo.

(34) Cfr. RIVERA, 2009, pág. 51, vinculando la característica desconfianza hacia el Estado con la ausencia de libertades positivas y con la inexistencia de un efecto horizontal de los derechos.

(35) *Texas vs. Johnson*, 491 US 397 (1989). Ampliamente sobre la doctrina del Tribunal Supremo americano en relación con la quema de la bandera, GREENAWALT, 1995, págs. 28 y sigs.

En conclusión, por lo que atañe al discurso del odio —más allá de supuestos de directa incitación a la violencia que satisfagan los rígidos criterios del test de *Brandenburg*— la defensa a ultranza de la libertad individual conlleva que la forma de combatirlo no pueda ser la restricción de esa libertad por parte de la intervención estatal, sino, antes bien, las propias armas del debate público: el propio ejercicio de la libertad (de expresión) en el *public fórum*, en el libre mercado de las ideas. Expresado en un slogan, si se quiere: ante el *hate speech*, *more speech*; es decir, un «discurso de defensa», si así quiere llamarse, puesto que solo esta opción respetará la autonomía del ciudadano y permitirá, además, fomentar un debate público (Sunstein, 1993, pág. 141). Desde tal premisa —que puede hallarse en otro célebre voto disidente, esta vez del juez Brandeis (36)—, la protección de la igualdad y dignidad de las minorías no habría de venir presidida por la intervención estatal, sino a través del ejercicio mismo de la libertad de expresión por parte de tales grupos sociales en la arena de la discusión pública.

Por lo demás, es la citada desconfianza hacia el Poder estatal la que se halla tras uno de los argumentos más reiterados para rechazar toda regulación restrictiva de la libertad de expresión, y que adopta la forma del *slippery slope argument* (argumento de pendiente resbaladiza). La idea básica es que una vez admitida la legitimidad de cierto grado de restricción, la inercia del Estado será la de constreñir más y más el margen de libertad. Es por esa razón por la que desde amplios sectores del constitucionalismo americano se rechaza la técnica de la ponderación en este ámbito, y se opta por una delimitación rígida entre lo protegido y lo no protegido por la Primera Enmienda. Siendo inevitable la existencia de zonas grises, la premisa será la no restricción, dada esa temida inercia hacia la mayor intervención estatal (Sunstein, 1993, pág. 6; Massaro, 1991, pág. 226). Similar contenido encierra la metáfora del «modelo de la fortaleza» planteado por Bollinger, según el que «crear una excepción a la Primera Enmienda, por muy justificada que esté en relación con el caso concreto, conlleva el riesgo de abrir una grieta en los muros de la protección constitucional o de inclinar la pendiente de la censura» (Bollinger/Stone, 2002, pág. 25).

Tal absoluta renuencia a introducir restricciones incluso al discurso que puede causar daño a terceras personas aparece reforzada por el otro gran pilar del ideario liberal, relativo a la neutralidad del Estado sobre aspectos morales o

(36) En *Whitney c. California* [274 U.S. 357 (1927)]: «Si hay tiempo para mostrar mediante el debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que ha de aplicarse es el de más libre expresión [*more speech*], y no la imposición del silencio.»

ideológicos y que se plasma en la citada metáfora del mercado de las ideas (37), plasmada por el juez Holmes en el voto disidente a *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)] (38). Ello es lo que explica el rechazo a discriminar la protección de la libertad de expresión en función del contenido del mensaje, que como hemos visto conforma el núcleo de la doctrina del Tribunal Supremo americano. Como manifiesta Robert Post, para el Tribunal Supremo el discurso público es un campo donde compiten muchas y diversas ideas y comunidades, intentando cada una de ellas acceder a la ley para imponer sus propias normas particulares. Por ello, un principio básico de igualdad impone que el gobierno deba ser neutral en relación con tales concepciones discrepantes y no tomar partido por alguna de ellas, restringiendo las posibilidades de expresión social de las restantes. En América —afirma este autor— «a diferencia de en Europa, la protección constitucional de la libertad de expresión ha sido configurada en orden a la creación de un “mercado de comunidades”, así como un mercado de las ideas» (Post, 2009, pág. 133).

Ello, nuevamente, contrasta con el enfoque más «comunitarista» de las socialdemocracias europeas, desde las que el Estado es investido, en mayor o menor medida, del deber de proteger los valores que definen la sociedad y las distintas comunidades culturales que conviven en ella (Schauer, 2005, pág. 45). Así, mientras en la concepción europea la multiculturalidad existente en la sociedad es lo que legitima la restricción del discurso público, en aras a la protec-

(37) Afirma, en este sentido, SANDEL, 1996, págs. 47, 74, que el voto disidente de Holmes en el que se plasma por primera vez esa metáfora (*vid.* nota siguiente) ofrece el primer ejemplo de lo que después sería conocido como doctrina de la neutralidad del contenido.

(38) «(L)a persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si uno tiene dudas acerca de sus opiniones o de su poder y si desea un resultado con todo su corazón, uno naturalmente expresa sus deseos en la ley y barre toda oposición... pero cuando los hombres se den cuenta de que el transcurso del tiempo ha desvirtuado muchas convicciones profundas, podrán terminar creyendo... que el fin último deseado es mejor alcanzarlo por el libre intercambio de las ideas, que *el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competencia del mercado* y que la verdad es la sola base sobre la cual sus deseos pueden ser conseguidos sin riesgo. De todos modos, esta es la teoría de la Constitución. Es un experimento, como la vida en sí misma es un experimento. Cada año, sino cada día, tenemos que apostar nuestra salvación a alguna profecía basada sobre nuestro conocimiento imperfecto. Mientras este experimento forme parte de nuestro sistema, creo que debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos... Solo la emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar la corrección de los malos consejos al tiempo, justifica hacer una excepción al mandato de que “el Congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión”».

De cualquier modo, pone de relieve FISS, 1997, pág. 28, nota 25, a título anecdótico, que en rigor la expresión «*marketplace of ideas*» fue acuñada años después por el juez Brennan en el voto concurrente a *Lamont v. Postmaster General* [381 US 301 (1965)].

ción de la dignidad identitaria de las comunidades culturales, étnicas o religiosas, o de grupos tradicionalmente minoritarios y discriminados, en la tradición americana es precisamente esa diversidad cultural lo que justifica un discurso libre. Ello se refleja con nitidez en lo afirmado por el Tribunal Supremo americano en *Cantwell vs. Connecticut* [310 US 296 (1940)]:

«En el ámbito de la fe religiosa, como en el de las creencias políticas, surgen agudas diferencias. En ambos campos, los dogmas de una persona pueden parecer el error más evidente a su vecino. Para persuadir a otros acerca del punto de vista propio, una persona recurre a veces a exageraciones, al vilipendio de hombres que han estado o están en la Iglesia o en el Estado, e incluso a afirmaciones falsas... A pesar de la probabilidad de excesos y abusos, esas libertades son, en el largo plazo, esenciales para una opinión ilustrada y una conducta correcta de parte de los ciudadanos de una democracia. La característica esencial de esas libertades es que, bajo su escudo, muchas clases de vida, carácter, opinión y creencias pueden desarrollarse sin molestias ni obstrucciones. En ningún lado es más necesario el escudo que en nuestro propio país... compuesto de muchas razas y muchos credos.»

4. *Libertad y dignidad*

Tales diferencias pueden contemplarse también desde la oposición entre libertad y dignidad. Es casi un lugar común la afirmación de que la Constitución americana es una constitución de la libertad, mientras que la Constitución alemana es una constitución de la dignidad (39). En el modelo europeo, la traumática experiencia de las guerras mundiales y, especialmente, del Holocausto, ha llevado a situar la dignidad humana no solo como el germen y fundamento de los derechos fundamentales (como expresa el art. 1 de la Constitución alemana), sino como un límite irrebasable a un ejercicio desproporcionado de aquellos (Krotoszynski, 2004, págs. 1565 y sigs.; Carmi, 2008, págs. 324 y sigs.). Además, la noción de dignidad se vincula a valores o derechos como la igualdad de trato, la no discriminación o el reconocimiento social, por lo que, ante el conflicto que plantea con la libertad de expresión en el marco del discurso del odio, la dignidad operará como un argumento a favor a la legítima restricción de aquella (40). En los términos del Tribunal Constitucional alemán, «la liber-

(39) KOMMERS, citado por BRUGGER, 2005, pág. 79. Cfr. igualmente CARMÍ, 2008, págs. 323, 361 y sigs.; WHITMAN, 2004, pág. 1163.

(40) A este respecto, manifiesta CARMÍ, 2008, págs. 286, 362, que la introducción de la dignidad en el debate europeo sobre la libertad de expresión opera siempre como argumento para

tad de expresión debe siempre ceder cuando la manifestación atenta contra la dignidad humana»; es más, «la dignidad humana, en tanto fundamento de todos los derechos fundamentales, no puede ser ponderada con ningún derecho fundamental» (41).

En cambio, en la discusión estadounidense la dignidad ha recibido una menor trascendencia en el plano constitucional de los derechos y —especialmente con relación a la Primera Enmienda— cuando lo ha hecho se ha vinculado antes a la noción de la autonomía individual que a valores de índole más comunitaria como la igualdad, el honor o la identidad social (Carmi, 2008, págs. 287, 360; Nolte, 2005, pág. 10); esto es, para potenciar la libertad antes que para restringirla. Esa diferente perspectiva conlleva que en la discusión americana sobre la libertad de expresión la apelación a la dignidad sea empleada no en oposición a la libertad de expresión y referida a la víctima, sino precisamente a favor de quien emite el discurso hostil, legitimando su libre expresión como una forma de defender la dignidad del hablante (Dworkin, 2009, pág. vii; Waldron, 2012, pág. 139).

En la tradición europea, la dignidad aparece también vinculada con el honor personal, como derecho o valor autónomo cuya necesidad de protección aparece muy arraigada en legislaciones como la alemana (42) o la española (art. 18.1 CE) (43), pero que prácticamente es desconocida en la legislación y jurisprudencia estadounidense (44), desde cuya tradición, en boca de Dworkin, «la esencia de la libertad negativa es la libertad de ofender» (Dworkin, 1996, pág. 219) (45). La «cultura del honor», netamente europea, conlleva la intro-

la restricción del discurso. En similar sentido, BRUGGER, 2005, pág. 79; BOGNETTI, 2005, pág. 93; KROTOSZYNSKI, 2004, págs. 1553, 1563.

(41) Afirmaciones ambas vertidas en el asunto sobre la expresión «los soldados son asesinos» (Sentencia de 10 de octubre de 1995 —93, 266—). Citado por KROTOSZYNSKI, 2004, pág. 1582. Una versión en español de la sentencia se encuentra en ALÁEZ/ÁLVAREZ, 2008, págs. 1045 y sigs.

(42) Cfr. especialmente WHITMAN, 2004, págs. 1165, y *passim*; CARMÍ, 2008, págs. 326-327, 333-334. Sobre el uso de la noción de dignidad en países europeos como Francia o Italia, cfr. BOGNETTI, 2005, págs. 95 y sigs.

(43) Afirma, por ejemplo, la STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5, que la dignidad humana es el «núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días».

(44) Cfr. WALDRON, 2012, págs. 105 y sigs.; CARMÍ, 2008, pág. 330, poniendo de manifiesto que la regulación de la injuria como delito es desconocida en Estados Unidos; KROTOSZYNSKI, 2004, págs. 1579-1580; WHITMAN, 2005, pág. 117. *Vid.* asimismo SANDEL, 1996, pág. 83, sobre las diferencias entre las tradiciones europea y norteamericana en lo tocante al honor.

(45) La misma idea expresa en distintos términos WALZER, 1997, pág. xi: «Estados Unidos es un país donde todo el mundo tiene que tolerar a todo el mundo.» En la jurisprudencia americana, el insulto solo adquiere relevancia jurídica cuando se efectúa cara a cara —*fighting words*— y tan

ducción del insulto como límite a la libertad de expresión, tal como hace el TC español cuando reitera que «la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del Texto fundamental» (46). Por lo demás, en el ámbito del discurso del odio, esa protección se ha extendido a la del honor del grupo o comunidad cultural, así como a conformar los márgenes del honor o reputación social digna de proteger en atención a los factores particulares que conforman la identidad del grupo (Whitman, 2005, pág. 118). Así, por ejemplo, en la citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán se asume que las expresiones dirigidas contra un grupo o un colectivo pueden afectar al derecho al honor de sus integrantes, particularmente cuando el grupo se conforma en torno a características raciales o étnicas a las que vincular un componente discriminatorio (47).

En esa línea, son representativas también las decisiones del TC sobre los asuntos *Violeta Friedman* (STC 214/1991, de 11 de noviembre) y *Hitler=SS* (STC 176/1995, de 11 de diciembre), en los que el Tribunal español admitió el «honor de la colectividad judía» (48) como un bien merecedor de protec-

solo cuando existe un riesgo de respuesta violenta. *Vid.* al respecto GREENAWALT, 1995, págs. 48 y sigs.; RIVERA, 2009, págs. 32-34.

(46) STC 105/1990, de 6 de junio. Cfr. al respecto REVENGA, 2004, pág. 35, citando las investigaciones de Whitman sobre la cultura del honor europea y sus diferencias con Estados Unidos.

(47) Así es interpretada por ALÁEZ/ÁLVAREZ, 2008, pág. 1043. Lo afirmado por el *Bundesverfassungsgericht* es lo siguiente: «El honor personal de una persona, que tiene que ser protegido frente a ataques mediante la sanción penal contemplada en el § 185 CP, no puede considerarse de forma puramente individual y desligado de las percepciones colectivas en las que se encuentra. El particular se mueve en numerosas relaciones supraindividuales que en parte elige libremente, pero en parte, sin su propia contribución, tiene que aceptar fundamentando expectativas de roles y conductas a las cuales se ve sometido. También debido a su entorno es identificado en mayor o menor medida con los colectivos a los que pertenece y con los roles sociales que desempeña. Su prestigio en la sociedad, en estas circunstancias, depende no solo de sus cualidades y formas de comportamiento individuales, sino también de las características y de las actividades de los grupos a los que pertenece, o de las instituciones en las que trabaja. Por este motivo las expresiones despreciativas sobre los colectivos pueden afectar al honor de sus miembros» (la traducción la tomo del libro citado, págs. 1077-1078).

(48) STC 214/1991, FJ 4, razón por la que se le otorgó por el Tribunal legitimación activa para actuar en defensa del mismo a un miembro de esa colectividad. En igual sentido se manifestó el TC en la sentencia 176/1995, FJ 3: «Aquí y ahora, es el pueblo judío en su conjunto, no obstante, su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo humano las inectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano.»

ción y, con ello, la posibilidad de «lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad», concluyendo que «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean» (STC 214/1991, FJ 8). Frente a ello, la posibilidad de sancionar el *group defamation* es completamente ajena a los estándares actuales del Tribunal Supremo americano (49).

5. *Nociones de democracia*

La neutralidad del Estado sobre el discurso social, característica genotípica del liberalismo, explica también que desde el modelo norteamericano se rechace una noción sustantiva de la democracia, en la que el Estado pueda determinar qué valores, opiniones o ideas son contrarios a la Constitución o la democracia y, bajo la justificación de su defensa, restringir su expresión. «*There's no such thing as a false idea*», manifestó en este sentido el Tribunal Supremo en *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, [418 US 323 (1974)]; ni tampoco discursos o mensajes contrarios a la democracia que merezcan por ello ser reprimidos. La noción de la democracia en América está basada en ese *mercado de las ideas*, en el que ninguna opinión puede ser rechazada a priori por cuanto es inherente al procedimiento democrático que todas deban ser oídas, ya sea como instrumento de búsqueda de la verdad, según la concepción de Stuart Mill (Rosenfeld, 2000, pág. 477), ya sea por razones de legitimidad política, considerando, como Dworkin (2009, pág. vii-viii) o Post (1991, pág. 284), que la restricción del

(49) Tan solo en una ocasión, en *Beauharnais v. Illinois* [343 U.S. 250 (1952)] ha abordado el Tribunal Supremo el discurso racista como una forma de difamación colectiva, llegando a anteponer la dignidad del grupo al derecho a la libertad de expresión de quien repartía unos pasquines con contenido racista. No obstante, tal sentencia constituye un pronunciamiento aislado y, sin lugar a dudas, superado por la doctrina consolidada con *Brandenburg v. Ohio*. Cfr., por ejemplo, POST, 1991, pág. 289. Tal decisión ha sido recientemente reivindicada por WALDRON, 2012, págs. 28, 61 y sigs., en su crítica a la concepción dominante.

discurso hostil o extremista deslegitimaría al Estado a la hora de exigir el cumplimiento de las leyes contrarias a tales opciones políticas.

Tal concepción no sustancial de la democracia, propia de la tradición americana en el marco de la libertad de expresión, responde a una visión racionalista y optimista (Rosenfeld, 2000, pág. 477), en la que no es el Estado el que debe fijar lo que debe considerarse «verdadero». La descripción que Fox y Nolte, en su estudio sobre las *Democracias intolerantes*, dan de la democracia procedimental se ajusta a la perfección a tal visión: de acuerdo con esa confianza en la razón individual, «no había necesidad de que el gobierno protegiera a los ciudadanos de la influencia de ideas irracionales. Cuando un grupo de ciudadanos racionales acuerdan una sociedad política, no delegan en su gobierno el poder de seleccionar entre los distintos puntos de vista existentes. Renunciando a la pretensión de fijar una verdad, el orden político moderno no ha de tomar posición cuando son expuestas una pluralidad de verdades. Debe fomentarse que el ciudadano exponga sus preferencias individuales, atribuyendo a cada una igual valor moral e igual legitimidad para su difusión» (Fox/Nolte, 1995, pág. 15).

Late en esta concepción una confianza en que el pluralismo y el debate público constituyen el mejor instrumento para combatir el extremismo antidemocrático. «En toda sociedad pluralista, algunos grupos continuarán aspirando a un retorno a una u otra forma de ortodoxia, ya sea política, étnica, religiosa, o basada en el culto a la personalidad. En orden a combatir esas tendencias y permanecer vital, la concepción procedimental sostiene que un sistema democrático debe someterse a sí mismo a una continua autocrítica a través del fomento de la tolerancia». Ciertamente, será inherente a esta concepción que «los enemigos de la democracia estarán entre los participantes» de ese debate democrático, y que «el proceso mismo no puede garantizar que los defensores de la democracia salgan siempre victoriosos, sino que ello dependerá de la voluntad política» fruto del juego democrático (Fox/Nolte, 1995, pág. 15-16). Esa misma paradoja, inherente al pluralismo democrático, era la que Holmes asumía en su voto disidente a *Gitlow v. New York* [268 U.S. 652 (1925)], plasmando el principio de neutralidad: «si en el largo plazo, las creencias acerca de la dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único significado de la libertad de expresión es que debe dársele la posibilidad».

Tal optimismo o tal resignación, son ajenos a la concepción sustantiva (o militante) (50) de democracia que acoge el CEDH, así como no pocos Estados

(50) Sobre las diferencias entre ambas acepciones, cfr. FOX/NOLTE, 1995, págs. 16 y sigs.

continentales (51). El tránsito por dos guerras mundiales y, en particular, el surgimiento y consecuencias de ideologías antidemocráticas como el nazismo, el fascismo y el comunismo estalinista, llevaron a Europa a abandonar toda esperanza en que el diálogo basado en la razón y la tolerancia pudiera servir como exclusivo remedio contra el extremismo ideológico. En 1937, tras haber visto cómo Hitler llegaba al poder a través de medios democráticos, Loewenstein (52) propugnó la idea de la *democracia militante*, asumiendo que las democracias tienen un derecho a la autodefensa y, con ello, a combatir activamente, incluso a través de la restricción de derechos fundamentales, los movimientos dirigidos a subvertirla (53). Sobre tal concepción —reconducible al *dictum* de los revolucionarios franceses *pas de liberté pour les ennemis de la liberté*—, se conforma la Constitución alemana, en la que la protección de derechos como el de asociación (art. 9), libre expresión (art. 18) o el de formación de partidos políticos (art. 21) decaerá en los supuestos en los que se abusa de su ejercicio en aras a la destrucción del sistema democrático. La prohibición del Partido nacionalsocialista en 1952, y la del partido comunista en 1956 por parte del Tribunal Constitucional alemán se sostuvieron en esa finalidad de protección de la democracia (Krotoszynski, 2004, págs. 1554, 1590; Fox/Nolte, 1995, págs. 32-33).

También el CEDH se asienta sobre esa concepción beligerante de la democracia. Como manifestó el juez Jambrek en su voto concurrente a *Lehideux e Isorni c. Francia* (STEDH de 23 de septiembre de 1998) el Convenio fue elaborado para aportar una respuesta a los regímenes totalitarios que se habían establecido antes y durante la Segunda Guerra Mundial. Una de sus funciones era la de «hacer sonar la alarma ante su reaparición» (54). La cláusula del abuso de derecho recogida en el artículo 17 CEDH responde a esa finalidad de impedir que los enemigos de la democracia se sirvieran de los derechos reconocidos en

(51) Según el Tribunal Constitucional español, en nuestro sistema no tiene cabida la perspectiva de una democracia militante (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4. Afirmación anticipada ya en la STC 48/2003, de 12 de marzo, y reiterada después en las sentencias referidas a la disolución y partidos políticos o agrupaciones electorales abertzales —por ejemplo, STC 31/2009, de 29 de enero—). Ciertamente, nuestra constitución no incorpora una cláusula de abuso de derecho; no obstante, tanto la amplia penalización del discurso del odio como la propia Ley de Partidos Políticos permiten, a mi entender, poner en duda esa aseveración.

(52) En su trabajo «Militant Democracy and Fundamental Rights», publicado en *American Political Science Review*. Sobre Loewenstein, cfr., por ejemplo, WALKER, 1994, págs. 46-47.

(53) Sobre el concepto de democracia militante, cfr. THIEL, 2003, págs. 1-2.

(54) Cita el Magistrado a Rolv RYSSDAL, «El papel creciente del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», en ASBJØR, EIDEN y Jan HELÉESE (eds.), *El porvenir de los Derechos Humanos en un mundo en mutación*, Oslo, 1991.

el Convenio como caballos de Troya para desestabilizar el sistema democrático y los valores que lo conforman (Cannie/Voorhoof, 2011, pág. 56-57; Catalá i Bas, 2001, págs. 141 y sigs.), y que ha sido empleada con inusitada reiteración para restringir el discurso hostil y, en particular, el dirigido a negar o minimizar el Holocausto.

6. *La experiencia histórica y el papel transformador de la libertad de expresión*

A la postre, es el Holocausto lo que explica la distancia entre Europa y América en materia de libertad de expresión. En efecto, todas las diferencias citadas tienen su explicación última en las distintas experiencias históricas, y en el diferente papel que en las mismas ha jugado la libertad de expresión. Como en este sentido se ha podido afirmar, antes que la de los argumentos racionales y jurídicos, ha sido la fuerza dramática y emocional de las respectivas narraciones históricas la que ha marcado la construcción social sobre la libertad de expresión (Walker, 1994, pág. 161).

Si hay dos arquetipos que, respectivamente, sintetizan la historia americana y europea de la libre expresión, son los del *disidente* y la *víctima*. Mientras la historia europea ha visto como la libertad de expresión puede ser un vehículo lesivo para la igualdad y dignidad de los grupos sociales minoritarios, la narración americana asocia la libertad de expresión con su capacidad de transformación social en favor de la dignidad e igualdad de esos grupos minoritarios.

Por lo que respecta a Europa, la marca indeleble del Holocausto en la tradición jurídica y socio-política europea es, por encima de los restantes factores citados, la que ha dado lugar al rechazo frontal hacia el discurso de odio no solo antisemita sino, por extensión, el dirigido contra las minorías étnicas o culturales. El Holocausto, como manifestación del «mal radical» en la memoria colectiva europea (Mate, 2003), conforma el mito fundacional de las democracias constitucionales surgidas tras la Segunda Guerra Mundial y del propio Convenio (Fronza, 2011, pág. 142; Rivera, 2009, pág. 123). De esa traumática experiencia surge la figura de la *víctima* como actor social y político de primer orden, cuya dignidad debe ser protegida frente a cualquier forma de acción y expresión dirigida a menoscabarla. El sufrimiento que otorga tal condición a las víctimas no ha de quedar olvidado; la memoria de las víctimas, integrada como parte de su dignidad, se erige en un valor autónomo a proteger. Desde los postulados de esa *justicia anamnética*, Auschwitz es a la vez lo que no puede olvidarse y lo que no puede nombrarse, ni comprenderse (Mate, 2003, págs. 151, 162

y sigs.); y, desde luego, lo que no puede negarse, porque su negación constituye un atentado a la memoria de las víctimas y, sobre todo, a su reconocimiento como tales, pues al mismo tiempo que les niega tal condición, la actualiza y perpetúa. La negación o la justificación del Holocausto no es, así, únicamente un ataque hacia el honor o dignidad de las víctimas concretas, que fueron, sino de la víctima como institución social y política, como icono contra un «olvido compuesto de ruinas y cadáveres» (Mate, 2003, pág. 257).

Expresión de ese particular estatus que adquiere la víctima como *figura moral y política* en esta tradición son, por ejemplo, las declaraciones efectuadas por el Tribunal Supremo alemán con ocasión de una condena por delito de negación del genocidio, impuesta a quien había colgado unos carteles en los que se afirmaba que el asesinato de millones de judíos era una mentira del sionismo (55):

El inhumano destino sufrido por los judíos asesinados «otorga a cada uno de ellos una pretensión de reconocimiento y respeto [...] El mero hecho que personas fueran señaladas bajo las llamadas leyes de Núremberg y fueran despojadas de su identidad con miras a su exterminio asigna a los judíos residentes en la República Federal un especial relación personal con sus conciudadanos. En el contexto de esta relación el pasado está aún presente hoy en día. Tienen derecho, como parte inherente de su identidad personal, a ser contemplados como integrantes de un grupo fatídicamente seleccionado, al que otros le deben una especial responsabilidad moral que forma parte de su autoestima. El respeto de su identidad personal es para cada uno de ellos una garantía contra un retorno a ese tipo de discriminación y una condición fundamental para su vida en Alemania. Cada vez que alguien intenta negar estos precedentes históricos, se niega a cada uno de estos individuos su valor personal, por cuanto significa una perpetuación de la discriminación contra el grupo al que pertenecen».

Esta perspectiva es especialmente sensible, por tanto, al potencial lesivo de la libertad de expresión, vinculando su ejercicio con las consecuencias que la complacencia con el discurso racista generó en la Europa de los años treinta (Revenga, 2004, pág. 35). Desde ella se asume que fueron los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión, su relajada permisividad en la democracia de Weimar, lo que permitió el surgimiento y desarrollo del nazismo, y fue la sistemática deshumanización del pueblo judío por la propaganda nazi lo que generó el caldo de cultivo que desembocó en la masacre. La lección histórica

(55) Sentencia de 18 de septiembre de 1979 (BGHZ 75, 160); citada por DOUGLAS-SCOTT, 1999, pág. 325.

muestra que la tolerancia hacia los intolerantes genera monstruos, y que una irrestricta libertad de expresión puede conducir al caos. En palabras del juez del TEDH Yudkivska, en su voto concurrente a *Vedjeland y otros c. Suecia* (STEDH de 9 de febrero de 2012): «(n)uestra trágica experiencia en el pasado siglo demuestra que el racismo y las opiniones extremistas pueden aparejar mucho más dolor que las restricciones en la libertad de expresión. Las estadísticas de delitos por odio demuestran que la propaganda de incitación al odio siempre causa dolor, sea inmediato o potencial. No es necesario esperar a que el discurso de odio constituya un peligro real e inminente en la sociedad democrática»; es por tal razón — continúa— que Europa no puede hoy permitirse el lujo de la «visión paradigmática de la libertad de expresión» propia de la tradición americana.

En definitiva, desde la desencantada óptica europea, «(l)os autores de expresiones de odio no son vistos como meros disidentes políticos sino como sujetos que buscan implementar una ideología racista que en el pasado provocó la muerte a millones de personas» (Rivera, 2009, pág. 124).

La perspectiva americana es diametralmente opuesta. «Si la Primera Enmienda ha de vincularse a un símbolo... no puede ser otro que la imagen del disidente» (56). El individualismo libertario que impera en la defensa irrestricta de la libertad de expresión encuentra en la figura del disidente su más acabada plasmación. Ese arquetipo sintetiza tanto el citado individualismo como la desconfianza hacia el Estado que igualmente caracteriza el modelo americano, de igual modo que el de la víctima permite explicar la mayor confianza en el Estado y el cometido asistencial y protector de derechos de los ciudadanos que se le asigna en el modelo europeo. Si desde la mirada de la víctima el Estado es una fuente de protección de sus derechos frente a la agresión de terceros, desde la del disidente el Estado es el opresor que coarta su libertad innata.

La Primera Enmienda es concebida, ante todo, como un paraguas protector del disidente, del *outsider*, frente al Estado y frente a la «tiranía de la mayoría» (Brietzke, 1991, pág. 961). A su vez, la protección del disidente, del inconformista, se justifica como un aspecto inherente a una democracia dinámica, como una necesidad de toda sociedad libre (Sunstein, 2003, págs. 209 y sigs.). La historia de la Primera Enmienda en su paso por el Tribunal Supremo americano

(56) Steven Schiffrin, citado por GREENAWALT, 1995, pág. 155, nota 1. Cfr. SHIFFRIN, 2011, págs. 562, autor que ha elevado la disidencia y la lucha contra la injusticia a fundamento último de la libertad de expresión. *Vid.* también RIVERA, 2009, pág. 56, quien destaca en igual sentido que «el derecho constitucional estadounidense se caracteriza por una fuerte protección al disidente, es decir, a aquel que cuestiona, e incluso ridiculiza los valores comunitarios».

explica esa comprensión (57). En efecto, la concepción actual de la libertad de expresión en América surge de la reacción de Holmes y Brandeis —los *great dissenters* (Tribe, 1988, pág. 846)— al castigo de la disidencia política en los años treinta que, desde el partido comunista o desde posiciones anarquistas, se oponía a la Primera Guerra Mundial y postulaba una revolución bolchevique en el seno de la democracia estadounidense. La desproporcionada respuesta del legislador al discurso comunista —quien, imbuido de la histeria social que desencadenó el primer «terror rojo», llegaba a castigar con hasta veinte años de cárcel la apología de las fuerzas enemigas y que llevó a miles de personas a la cárcel por manifestar sus convicciones políticas (58)—, convenció al Tribunal Supremo de que el daño derivado de restringir la libertad de expresión era mayor que el que se pretendía evitar (59). Tal convencimiento se consolidó finalmente en *Brandenburg c. Ohio*, una vez superada la segunda oleada de pánico anticomunista acontecida en los años cincuenta (60).

Junto a la disidencia que supuso el comunismo, quizá el ejemplo que mejor encarna la imagen del disidente en el imaginario colectivo estadounidense es la de quien se atreve a atentar contra los símbolos que aglutinan a la propia comunidad americana; la de Gregory Lee Johnson quemando una bandera americana en la convención republicana de 1984, cuya libertad para hacerlo fue garantizada por el Tribunal Supremo en *Texas v. Johnson* (61). Pero disidentes fueron también quienes lucharon por los derechos civiles y contra la discriminación racial. La protección al disidente no solo se explica desde el romanticismo que destila la imagen del *outsider* solitario que se enfrenta al Leviatán quemando una bandera o una cartilla de reclutamiento, sino también desde el efecto transformador que la libertad de expresión tuvo como instrumento de lucha frente a la discriminación y la desigualdad. Desde la narración americana, el disidente es también Martin Luther King y la entera comunidad negra en los años sesenta,

(57) Como atinadamente destaca SCHAUER, 2005, pág. 48, nota 70, «prácticamente todos los desarrollos judiciales que hace de Estados Unidos un caso único en el mundo de la libertad de expresión deben su origen a casos del Tribunal Supremo de entre la mitad de los sesenta y la mitad de los setenta, y casi todos guardan relación con el movimiento de derechos civiles, con el anti-mcarthismo, o con protestas contra la guerra de Vietnam».

(58) En la *Spionage Act*, de 1917. Cfr. RIVERA, 2009, pág. 17.

(59) Cfr. LEWIS, 2007, págs. 104 y sigs.; WERHAN, 2004, pág. 50 y sigs.; POST, 2009, pág. 134; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2011, págs. 136-137.

(60) Sobre esa etapa y su relevancia para la libertad de expresión cfr. LEWIS, 2007, pág. 119 y sigs.; WERHAN, 2004, pág. 56 y sigs.

(61) Cfr. ampliamente SMOLLA, 1992, pág. 73, citando supuestos similares acontecidos con anterioridad y dando cuenta del debate habido en el seno del Tribunal (y que dió lugar a la ajustada ratio de 5 a 4); LEWIS, 2007, pág. 165.

quienes mediante el discurso, mediante manifestaciones y sentadas pacíficas, se enfrentaron a la segregación racial, sólidamente establecida en gran parte de la sociedad americana. Ese *discurso de defensa* fue calificado como subversivo —equiparándose al de los comunistas— por las autoridades de los Estados del sur, llevando a prisión a multitud de ciudadanos de raza negra que en manifestaciones pacíficas reivindicaban el fin de la discriminación; sanciones que fueron reiteradamente anuladas por el Tribunal Supremo por vulneración de la Primera Enmienda en sentencias como *Garner c. Louisiana* [368 U.S. 157 (1961)], *Taylor v. Louisiana* [370 U.S. 154 (1962)] o *Edwards v. South Carolina* [372 U.S. 229 (1963)] (62).

Quizá sea esta la causa principal que explique el visceral rechazo de la sociedad americana a la restricción del discurso hostil y discriminatorio: la convicción de que la libertad de expresión es una efectiva herramienta para luchar contra la discriminación y el odio. En efecto, solo la amplísima protección proporcionada por el Tribunal Supremo a la expresión disidente y «subversiva» —desestimando las demandas de las comunidades blancas del sur de Estados Unidos y anulando las sanciones impuestas— posibilitó que Martin Luther King y otros líderes de la comunidad negra difundieran su mensaje, considerado ofensivo y provocador por grandes sectores de la mayoría blanca, y que las manifestaciones y sentadas realizadas por afroamericanos en lugares donde se practicaba la segregación racial no pudieran finalmente ser reprimidas en aras de la protección de la paz pública y la protección de los sentimientos de la mayoría (63). «Para los pobres y los excluidos, el ejercicio de la libre expresión era el único recurso disponible», ha afirmado Walker (1994, pág. 160).

Desde la narración americana, no hay espacio para los matices, pues los matices amenazan con poner en jaque la libertad que tanto ha costado conseguir; por ello, los intolerantes también son disidentes. Como afirma Walker, «con los líderes de los derechos civiles decididos a defender la libre expresión, ilegalizar el discurso de odio era una idea carente de valedores, huérfana en la arena política» (Walker, 1994, pág. 160). Es esa arraigada convicción la que, en efecto, explica —por sorprendente que parezca a los ojos de la mentalidad europea— que las asociaciones de derechos civiles hayan defendido el derecho de los nazis o de miembros del *Ku Klux Klan* a ejercer su discurso de odio. Ejemplo significativo de ese profundo compromiso con la libertad de expresión asumido

(62) Lo enfatiza RIVERA, 2009, págs. 58 y sigs. *Vid.* también TRIBE, 1988, pág. 854, con notas 24 y 26.

(63) El libro canónico sobre esta cuestión es el de Harry CALVEN Jr., *The Negro and the First Amendment*, 1956. Sobre ello puede verse WALKER, 1994, págs. 78, 100 y sigs., 160. *Vid.* también LEWIS, 2007, págs. 50-56.

por los grupos de derechos civiles es que en el caso de la marcha sobre Skokie el grupo político nazi estuviera jurídicamente defendido por la *American Civil Liberties Union* (ACLU), una de las organizaciones de protección de derechos humanos más importantes de Estados Unidos y que ocupó un papel central en la lucha por los derechos de los afroamericanos en los años sesenta. Precisamente la razón con que se justificó ese proceder era que defendiendo la libertad de expresión de los nazis, se defendía la de todos los ciudadanos y, en particular, la de las minorías; ello porque permitir la restricción de la libre expresión en razón de su capacidad de ofender a una comunidad concreta, podría llevar a justificar la restricción de la libre expresión de otros grupos sociales (64). En un libro escrito poco después, el director de la ACLU y máximo patrocinador de la defensa del grupo nazi —él mismo un judío alemán que tuvo que escapar de los nazis con sus padres en el año 1939—, afirmó que «no podría defender la libertad de expresión en Skokie si no creyera que las posibilidades de evitar un nuevo Holocausto son mayores en una sociedad que se resiste a las restricciones a la libertad de expresión» (65).

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B./ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, 2008.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97 (2013), págs. 309 y sigs.
- BAKER, E., «Autonomy and Hate Speech», en HARE/WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, págs. 139 y sigs.
- BOGNETTI, G., «The concept of human dignity in european and USD constitutionalism», en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, págs. 85 y sigs.
- BOLLINGER, L., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York, 1986.
- BOLLINGER, L./STONE, J. (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, Chicago, 2002.

(64) Y esa política se mantiene a día de hoy: la ACLU intervino como *Amicus Curiae* en *Snyder v. Phelps* en favor de la libertad de expresión de la Iglesia de Westboro.

(65) Fue tal la repercusión de ese hecho —que conllevó la baja de un 15 por 100 de los socios de la organización—, que el director de la ACLU, Aryeh Neier, escribió un libro para justificarlo (del que proviene la aseveración entrecomillada), con el ilustrativo título de *Defending my Enemy: American Nazis, the Skokie Case and the Risks of Freedom* (1979).

- «Dialogue», en BOLLINGER/STONE (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, Chicago, 2002, págs. 1 y sigs.
- BRIETZKE, P., «How and Why the Marketplace of Ideas Fails», *Valparaiso University Law Review*, núm. 31 (1997), págs. 951 y sigs.
- BRUGGER, W., «The treatment of Hate Speech in German Constitutional Law», *German Law Journal*, núm. 4 (2003), pág. 1 y sigs.
- «Comment», en NOLTE, G. (ed.), *European and US Constitutionalism*, 2005, págs. 75 y sigs.
- CANNIE, H./VOORHOOF, D., «The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 29 (2011), pág. 54 y sigs.
- CARMI, G., «Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech», *Boston University International Law Journal*, núm. 26 (2008), págs. 277 y sigs.
- CATALÁ I BAS, A. H., «¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión», *Cuadernos de Derecho público*, núm. 14 (2001), págs. 131 y sigs.
- DOUGLAS-SCOTT, S., «The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches», *William & Mary Bill of Rights Journal*, núm. 7 (1999), págs. 305 y sigs.
- DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996.
- «Foreword», en HARE/WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, págs. v y sigs.
- FERRERES COMELLA, V., «La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, 2008, págs. 1173 y sigs.
- FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1996.
- FOX, G./NOLTE, G., «Intolerant Democracies», *Harvard International Law Journal*, núm. 36 (1995), págs. 1 y sigs.
- FRONZA, «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5 (2011), págs. 97 y sigs.
- GARIBIAN, S., «Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the french law», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, núm. 9 (2008), págs. 479 y sigs.
- GREENAWALT, K., *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton, 1996, tercera reimpression.
- GRIMM, D., «The protective function of the state», en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, págs. 137 y sigs.
- HEINZE, «Wild-West cowboys versus Cheese-Eating Monkeys: Some Problems in Comparative Approaches to Hate Speech», en HARE/WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, págs. 183 y sigs.
- HARE, I./WEINSTEIN, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

- IGNATIEFF, M. (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, 2005.
- KROTOSZYNSKI, R. J., «A comparative perspective on the First Amendment: free Speech, militant democracy, and the primacy of dignity as a preferred constitutional value in Germany», *Tulane Law Review*, núm. 78 (2004), págs. 1549 y sigs.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000.
- LEWIS, A., *Freedom for the Thought That We Hate*, New York, 2007.
- MASSARO, T., «Equality and Freedom of Expression», *William and Mary Law Review*, núm. 32 (1991), págs. 211 y sigs.
- MATE, R., *Memoria de Auschwitz*, Madrid, 2003.
- MEIKLEJOHN, A., «The First Amendment Is an Absolute», *The Supreme Court Review*, 1961, págs. 245-266.
- *Free Speech and its Relation to Self-Government*, New York, 1948.
- MICHELMAN, F. I., «The protective function of the state in the United States and Europe: the constitutional question», en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, págs. 156 y sigs.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, edición de 1997.
- NOLTE, G. (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, págs. 75 y sigs.
- POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, 1994.
- POST, R., «Racist Speech, Democracy, and the First Amendment», *William & Mary Law Review*, núm. 32 (1991), pág. 267 y sigs.
- «Hate Speech», en HARE/WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, págs. 123 y sigs.
- RAWLS, J., *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1996, 1.ª reimpresión.
- *Teoría de la justicia*, México, 1995, 2.ª reimpresión.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21 (2004), págs. 23 y sigs.
- RIVERA, J. C., *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Buenos Aires, 2009.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia, 2011.
- ROSENFELD, M., «La filosofía de la libertad de expresión en América», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8 (2000), págs. 469 y sigs.
- SALAMANCA, P. E., «Snyder v. Phelps: A Hard Case That Did Not Make Bad Law», *Cato Supreme Court Review*, 2011, págs. 57 y sigs.
- SANDEL, M., *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, 1996.
- SCHAUER, F., «The exceptional First Amendment», en IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, 2005, págs. 29 y sigs.
- «Freedom of Expression adjudication in Europe and The United States: a case study in comparative constitutional architecture», en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, págs. 49 y sigs.

- «Fear, risk, and the First amendment. Unraveling the “Chilling Effect”», *Boston University Law Review*, núm. 58 (1978).
- SHIFFRIN, S., «Dissent, Democratic Participation, and First Amendment Methodology», *Virginia Law Review*, núm. 97 (2011), págs. 559 y sigs.
- SMOLLA, R., *Free Speech in an Open Society*, New York, 1992.
- «Rethinking first Amendment Assumptions about Racist and Sexist Speech», *Washington and Lee Law Review*, núm. 47 (1990), págs. 171 y sigs.
- SUNSTEIN, C., *Why Societies Need Dissent*, Cambridge, 2003.
- *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, 1993.
- THIEL, M., «Zur einföhrung: Die “wehrhafte Demokratie” als verfassungsrechtliche Grundscheidungs», en THIEL (ed.), *Wehrhafte Demokratie*, Tübingen, 2003, págs. 1 y sigs.
- TOOBIN, J., *The Oath. The Obama White House and he Supreme Court*, New York, London et al., 2012.
- TRIBE, L. H., *American Constitucional Law*, 2.^a ed., Nueva York, 1988.
- WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012.
- WALKER, S., *Hate Speech. The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, 1994.
- WALZER, M., *On toleration*, New Haven, 1997.
- WEINSTEIN, J., «Hate Speech, Viewpoint Neutrality and the American Concept of Democracy», en HENSLEY, T. (ed.), *The Boundaries of Freedom of Expression & Order in American Democracy*, Kent, 2001, págs. 146 y sigs.
- «An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Hate Speech», en HARE/WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, págs. 81 y sigs.
- WERHAN, K., *Freedom of Speech. A Reference Guide to the United States Constitution*, Praeger, Westport, 2004.
- WHITMAN, J. Q., «The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty», *The Yale Law Journal*, núm. 113 (2004), págs. 1151 y sigs.
- «“Human dignity” in Europe and the United States: the social foundations», en NOLTE (ed.), *European and US Constitucionalism*, Cambridge, 2005, págs. 108 y sigs.

RESUMEN

Pese a la influencia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano sobre libertad de expresión ha ejercido tanto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en el Tribunal Constitucional español, en relación con el llamado «discurso del odio» las diferencias de tratamiento entre Europa y EE. UU. son extremas e irreconciliables, al provenir de diversas tradiciones filosófico-políticas e históricas. El presente estudio intenta exponer las razones que explican tal desencuentro.

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión; discurso del odio; incitación a la violencia; democracia.

ABSTRACT

Despite the influence that U.S. Supreme Court's doctrine of Freedom of Speech has had in the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court, regarding Hate speech the American and the European approaches are not only radically different, but impossible to reconcile, due to the different moral and political background. Primary aim of this article is to give some explanation about those differences.

KEY WORDS: freedom of speech; hate speech, incitement to violence; democracy.