

LOS DISCURSOS DEL ODIO. UN ESTUDIO JURISPRUDENCIAL¹

The hate speeches. A jurisprudential study

ANA VALERO HEREDIA
Universidad de Castilla-La Mancha
anamaria.valero@uclm.es

Cómo citar/Citation

Valero Heredia, A. (2017).
Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial.
Revista Española de Derecho Constitucional, 110, 305-333.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>

Resumen

Discursos como el del próximo presidente del Gobierno contra las minorías hispanas en Estados Unidos, o el de algunos partidos políticos europeos de extrema derecha contra los musulmanes, ponen de manifiesto que la cuestión del discurso del odio está hoy de plena actualidad. En el presente artículo se lleva a cabo un estudio comparativo de los modelos estadounidense y europeo a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el fin de extraer parámetros hermenéuticos que sirvan para resolver los conflictos que se plantean en relación con los límites a la libertad de expresión.

Palabras clave

Discurso del odio; libertad de expresión; discriminación racial; discriminación de género; orientación sexual; negacionismo; sentimientos religiosos.

¹ El presente artículo ha sido realizado en el siguiente marco del proyecto de I+D+i Seguridad Global y Derechos Fundamentales: La Protección contra las Amenazas y la Garantía de las Libertades (DER2015-65288-R), del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad. Se ha elaborado durante una estancia de investigación realizada en el Instituto Barcelona d'Estudis Internacionals bajo la dirección de la profesora Esther Barbé.

Abstract

Speeches as the next President of the Government against Hispanic minorities in the United States, or speeches of some European political parties of the extreme right against Muslims, show that the issue of “hate speech” is a very current issue. In this article, we carried out a comparative study of the American and the European models, through the study of the jurisprudence of the US Supreme Court and the European Court of Human Rights, in order to extract hermeneutical parameters used to solve conflicts that arise in relation to the limits on freedom of expression.

Keywords

Hate speech; freedom of expression; racism; sexual discrimination; sexual orientation; political speech; negacionism; religious feelings.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DISCURSO DEL ODIOS RACISTA Y POR ORIENTACIÓN SEXUAL. III. DISCURSO DEL ODIOS Y *POLITICAL SPEECH*. IV. DISCURSO DEL ODIOS Y NEGACIONISMO. V. DISCURSO DEL ODIOS Y SENTIMIENTOS RELIGIOSOS. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: PARÁMETROS PARA DETERMINAR CUÁNDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PUEDE GENERAR ODIOS. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

«Los mexicanos traen drogas y son violadores», estas son las palabras pronunciadas por el actual presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, el día en que anunció su candidatura. Son varias las noticias que dan cuenta del número de agresiones físicas que se han producido desde entonces en este país.

Es evidente que un discurso de este tipo, claramente discriminatorio y hostil hacia una minoría poblacional como es la hispana en Estados Unidos, proferido, además, en el ámbito de la política por quien va a ser el cuadragésimo quinto presidente de ese país, no puede sino generar una primera e instintiva reacción para catalogarlo fuera del ámbito de protección del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Sin embargo, cuando del *discurso del odio* se trata, los estándares con los que abordar dichas manifestaciones no son claros y, mucho menos, pacíficos.

El llamado *hate speech* o *discurso del odio* es una de las figuras más controvertidas en las legislaciones y en la jurisprudencia de los altos tribunales de justicia occidentales. Acuñado por primera vez por el Tribunal Supremo norteamericano, el término *hate speech* hace referencia a aquellas expresiones, en cualquier formato, dirigidas contra grupos humanos que han sido históricamente discriminados por motivos de género, orientación sexual, etnia, religión o cualquier otra circunstancia personal o social, y que, además, constituyen minorías tradicionalmente excluidas socialmente.

Tradicionalmente, se ha venido clasificando los sistemas jurídicos en virtud del tipo de reacción que adoptan frente a discursos revisionistas de la historia, negacionistas o de desprecio o incitación al odio frente a determinados grupos humanos. Mientras que Estados Unidos se ha caracterizado por priorizar la protección otorgada por la Primera Enmienda Constitucional a la libertad de expresión, los sistemas jurídicos de tradición europea se han

mostrado menos permisivos frente a este tipo de expresiones atentatorias de la dignidad y de la igualdad del ser humano.

Así, por un lado, se encuentra el modelo europeo, que, por motivos históricos vinculados principalmente al horror del Holocausto, y por los rasgos definitorios de su concepción de la democracia, entendida como una *democracia militante*, tiende a ser mucho menos tolerante con los discursos *intolerantes*. En el modelo diseñado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, late una cierta desconfianza hacia la idea de que la democracia pueda llegar a resistir el envite de determinados discursos frontalmente opuestos a la idea dignidad y de igualdad en derechos de todos los seres humanos, de tal modo que, en su marco jurídico, la libertad de expresión no ampara determinadas formas de propaganda.

Y, por otro lado, está el modelo estadounidense que, en palabras de Rawls, bien podría definirse a través de la siguiente frase: «[...] suprimir la libertad de expresión, incluida la expresión subversiva, implica siempre una supresión parcial de la democracia» (Rawls, 1996: 103). Anclado en la tradición política, cultural y económica del liberalismo, el sistema jurídico norteamericano opta por el *laissez faire* y la estricta abstención y neutralidad del Estado frente a los discursos presentes en la sociedad, siendo el debate público de las ideas y opiniones más extremistas y odiosas una garantía de la buena salud democrática. En palabras del Tribunal Supremo estadounidense: «[...] si hay un principio fundamental que subyace en la Primera Enmienda, es que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad considera que la idea en sí misma es ofensiva o desagradable»².

Esto, que parece muy sencillo en su explicación teórica, se complica, sin embargo, cuando se analizan supuestos de hecho concretos. Si se atiende, por ejemplo, a las declaraciones con las que iniciábamos esta introducción, podríamos convenir, en un primer momento, en que las mismas son discriminatorias y atentan contra la dignidad del colectivo hispano, por lo que quedarían fuera del ámbito de los estándares de protección europeos, pero ¿y de los estadounidenses?, ¿genera dicho discurso un riesgo de violencia social inminente contra el colectivo hispano? Pues bien, aquí la respuesta no parece tan clara. Pero volviendo a los parámetros europeos, ¿debe un Estado democrático prohibir tales discursos?, ¿es legítimo que limite la libertad de expresión de quien manifiesta posiciones discriminatorias y vejatorias contra un sector de la población? Y, si es así, ¿qué bienes jurídicos deben protegerse por encima de la

² Virginia *vs.* Black, 538 U.S. 343 (2003).

libertad de expresión? Y, sobre todo, ¿debe hacerse esto por ley y para todos los casos? y ¿debe ser esta la ley penal?

A este respecto es importante tener en cuenta que ni el modelo norteamericano ni el europeo ofrecen protección al discurso del odio que incita a una violencia «real e inminente», en términos de la jurisprudencia norteamericana. Por lo que la dificultad radica no tanto en excluir tales discursos del ámbito de protección de la libertad de expresión, sino, más bien, en establecer reglas que permitan identificarlos, por un lado; y, por otro, y, sobre todo, en determinar si quedan o no fuera de dicho ámbito de protección todos aquellos discursos que, sin crear tal riesgo cierto e inmediato, son, por naturaleza, discriminatorios y/o vejatorios hacia determinados sectores o colectivos sociales. Ahí es donde radica el verdadero talón de Aquiles en torno al discurso del odio, en calibrar si ese otro tipo de discursos es capaz de producir males más sutiles y a largo plazo, pero igualmente dañinos y, en consecuencia, merecen ser prohibidos, perseguidos e, incluso, castigados.

El presente estudio pretende abordar las respuestas que desde la jurisprudencia constitucional norteamericana y la Corte de Estrasburgo se han ofrecido a los supuestos conflictivos en los que se ha visto envuelta la libertad de expresión por motivos de discurso del odio, pues, aunque la influencia de la primera en la segunda es indiscutible en lo que a la interpretación del derecho fundamental se trata, los estándares con los que se ha afrontado la resolución de los casos relativos al *hate speech* son, sin embargo, distantes.

Tal análisis se llevará a cabo mediante la categorización de tales supuestos en función del colectivo al que se dirige el discurso o el carácter o fin del mensaje. Su análisis se haya destinado a obtener «reglas materiales de ponderación» y, para ello, será necesario exponer el *case-law* con el suficiente detalle como para que se adviertan las circunstancias de hecho que motivan el razonamiento jurídico de las decisiones.

Como es sabido, con el término *reglas materiales de ponderación* se hace referencia a aquellas reglas que establecen cuál es la solución constitucionalmente legítima en caso de conflicto entre un derecho fundamental concreto y un determinado bien constitucional. La labor de creación jurídica realizada por las cortes constitucionales o supranacionales a través de la resolución de conflictos convierte a estos en continuos definidores del contenido de los derechos habida cuenta que la jurisprudencia constitucional y del TEDH son las encargadas de concretar, desarrollar y actualizar los preceptos constitucionales, así como de sentar las bases para su aplicación por parte de los restantes operadores jurídicos.

Sin embargo, no puede olvidarse que el propio método de solución de conflictos, la ponderación constitucional, posee una naturaleza esencialmente

casuística, lo que dificulta el establecimiento de parámetros estables en la fijación de los límites que son constitucionalmente aplicables a cada derecho. En efecto, la ponderación no ofrece, en ningún caso, una solución general aplicable y válida para todos los supuestos de colisión de intereses constitucionales; y su virtualidad no va más allá de la determinación del derecho o interés constitucionalmente protegido que alcanza una posición preferencial en el caso concreto y de la fijación del alcance de la medida limitadora o restrictiva que es legítimamente aplicable al derecho llamado a ceder. De manera que la modificación de las circunstancias concurrentes en el supuesto conflictual puede hacer fluctuar la solución alcanzada. Y, cuando ello ocurra, la regla material de ponderación previamente existente no será aplicable, sino que vendrá desplazada, o excepcionada, por otra más específica que se formule con ocasión de la nueva hipótesis concreta.

Ello no obsta para afirmar que toda ponderación debe tender a ser expresión de pautas valorativas generales de las que quepa extraer, al menos apriorísticamente y en la medida en que posean cierta continuidad en su aplicación, criterios susceptibles de generalización para anticipar la resolución de casos análogos. A tal fin se destina, por tanto, la sucesiva exégesis de los supuestos conflictuales resueltos por las cortes citadas y ello porque, desde ya podemos afirmar que solo de este modo podremos evaluar la conveniencia o no de extrapolar una regla general que, plasmada en una ley, sea o no penal, prohíba determinado tipo de discursos.

II. DISCURSO DEL ODIOS RACISTA Y POR ORIENTACIÓN SEXUAL

El discurso del odio por motivos étnicos y *raciales* ha llegado a la Corte de Estrasburgo en múltiples ocasiones. No en vano, muy recientemente, esta dictó sentencia en el caso *Balázs vs. Hungría*³, afirmando con rotundidad que los Estados parte del Convenio tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para investigar las motivaciones racistas y determinar si el odio o los prejuicios étnicos se encuentran detrás de la comisión de cualquier acto delictivo.

Es una realidad indiscutible que, en muchos casos, los llamados *crímenes de odio* pueden tener su origen en la divulgación y el calado en sectores más o menos radicalizados de la sociedad de ideas o discursos de estigmatización, discriminación u odio hacia determinados colectivos sociales, que dañan la convivencia democrática, la cohesión social y la integración intercultural. La

³ 20 de octubre de 2015.

propaganda de agitación discriminatoria, racista y de odio hacia determinados colectivos implica un discurso previo que puede derivar en actos de hostilidad y violencia hacia estos.

A la hora de abordar los criterios utilizados por el TEDH para determinar cuándo y por qué quedaría fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión la incitación xenófoba, procede señalar que este utiliza dos vías de enjuiciamiento:

Por un lado, en ocasiones emplea la vía del art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁴, esto es, la «cláusula contra el abuso de derecho», para declarar su inadmisibilidad y, en consecuencia, ni siquiera entra a analizar el caso por tratarse de discursos opuestos a los valores esenciales de aquél. Como señala la doctrina, la prohibición al abuso de los derechos «surge en el contexto de la Segunda Guerra Mundial y asume la idea de ‘defensa de la democracia’, buscando una protección activa del orden constitucional frente a sus enemigos, dada la muy real amenaza de los diversos totalitarismos (comunismo, fascismo, nacionalsocialismo) y de sus dolorosos efectos ya experimentados en Europa» (García Roca, 2009: 737).

En otras ocasiones, sin embargo, siendo esta la tendencia actual, la Corte de Estrasburgo emplea la vía de los límites establecidos en el art. 10 del CDEH⁵ para valorar, a través de la aplicación del «triple test de Estrasburgo», constante en su jurisprudencia, la proporcionalidad de la injerencia sobre la libertad de expresión. En virtud de este test, se evalúa la legitimidad de los

⁴ Art. 17 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

⁵ Art. 10 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

finés por los que se restringe el derecho, su necesidad en una sociedad democrática y su proporcionalidad en sentido estricto desde un análisis de las circunstancias que rodean el caso⁶ —el contenido y forma de la expresión, la intención del autor de la misma, el contexto y el previsible impacto del mensaje en la sociedad, así como la gravedad de la sanción.

De tal forma que un creciente número de casos de incitación al odio tienden a discutirse a la luz de su legitimidad como límites de la libertad de expresión —art. 10.2 CDEH— y no como simples supuestos a priori inadmisibles y exentos desde un principio de cualquier protección en virtud de lo dispuesto por el art. 17 CDEH.

Un ejemplo de la primera vía lo encontramos en el caso *Norwood vs. el Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004, en el que se planteaba un acto de islamofobia. Concretamente, el dirigente local de un partido de derechas había colgado en la ventana de su casa un gran cartel con la fotografía de un edificio en llamas y un letrero en que se podía leer: «Fuera el islam de Gran Bretaña. Protejamos al pueblo británico», poco tiempo después del ataque terrorista contra las torres gemelas de la ciudad de Nueva York. El TEDH resolvió el caso mediante la aplicación de la vía del art. 17, esto es, atribuyéndole un abuso de derecho. En palabras del TEDH:

Palabras e imágenes como las contenidas en el póster constituyen la expresión pública de un ataque contra todos los musulmanes del Reino Unido. Tan generalizado y vehemente ataque contra un grupo religioso, consistente en vincular a dicho grupo como un todo con un grave acto terrorista, es incompatible con los valores proclamados y garantizados en el Convenio; a saber: tolerancia, paz social y no discriminación. El acto del demandante de colgar el póster antes referido en la ventana de su casa constituye un acto encuadrable en los supuestos del art. 17, que, en consecuencia, no goza de protección por los arts. 10 y 14 del Convenio.

Se observa cómo la Corte de Estrasburgo, al inadmitir la demanda, no entra a valorar si el mensaje islamófobo contribuye al debate público, si tiene capacidad para motivar el uso de la violencia contra el colectivo difamado, ni si su difusión puede alcanzar a un gran número de destinatarios, hasta el punto de que el mero hecho de colgar en una ventana un cartel con un mensaje xenófobo se considera una conducta inaceptable a la luz del CEDH.

⁶ Sentencia del TEDH, de 7 de diciembre de 1976, en el caso *Handyside vs. Reino Unido*.

Y un ejemplo de la segunda vía, relacionado con la misma temática, lo hallamos en el asunto *Soulas y otros vs. Francia*, de 10 de julio de 2008. El demandante, Gilles Soulas, publicó un libro titulado *La colonización de Europa, discurso verdadero sobre la inmigración y el islam*, en el que defendía una tesis de incompatibilidad entre la civilización europea y la civilización islámica.

Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo señaló, en un primer momento, que las cuestiones abordadas en el libro eran de interés general, dado que los asuntos relacionados con el establecimiento y la integración de los emigrantes en los países de acogida son ampliamente debatidos en las sociedades europeas actualmente, tanto en el plano político como en los medios de comunicación. Por tanto, en principio, la libertad de expresión en esta materia debía estar ampliamente garantizada. Sin embargo, y atendiendo al contenido del libro, la Corte Europea concluyó que varios de sus pasajes ofrecían una imagen negativa de las comunidades islámicas, siendo los efectos de la inmigración catastrofistas.

El Tribunal de Apelación francés había subrayado que las palabras utilizadas en el libro tenían por objeto provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo hacia la población de origen islámico, acrecentado por la imitación del lenguaje militar, por lo que la Corte de Estrasburgo consideró, respetando el margen de apreciación del Estado francés, que la condena por incitación al odio estaba basada en motivos pertinentes y que la injerencia tenía como fin asegurar la defensa del orden y proteger la reputación y los derechos ajenos.

Como es sabido, con el fin de averiguar si una injerencia es necesaria en una sociedad democrática y si las medidas empleadas son las adecuadas desde la perspectiva del fin perseguido, que ha de ser legítimo, el TEDH garantiza un margen de apreciación a los Estados miembros del CEDH. Así, la doctrina del «margen de apreciación» puede ser entendida como una cierta discrecionalidad con la que cuentan los Estados para ponderar y fijar el contenido y alcance de los derechos del CEDH tomando en consideración las circunstancias jurídicas, políticas, sociales y culturales internas. El fundamento del margen de apreciación no se encuentra en el texto del dicho convenio; se trata, más bien, de un instrumento interpretativo que parte de la idea de que un derecho no puede juzgarse en abstracto omitiendo los marcos culturales y económicos en los que se inserta. No obstante, «si en el uso de esa discrecionalidad que el margen permite, el Estado se sobrepasa y se produce un exceso, un *ultra vires*, aunque parezca en sí mismo legítimo, la lógica del respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea» (García Roca, 2007: 26).

Se observa cómo, siendo el «contenido del mensaje» similar en *Norwood* y en *Soulas* —manifestaciones contrarias al islam o hacia la población que profesa dicha religión—, el TEDH elige, sin un argumento que lo justifique, la vía del art. 17 CEDH, en el primer caso; y la del art. 10, en el segundo. Algo que no es en absoluto baladí ya que:

[...] aplicar uno u otro art. del Convenio tiene consecuencias relevantes pues, en el primer caso, la demanda es inadmitida de plano y sin analizar las circunstancias del caso concreto, mientras que si se considera que los hechos constituyen el ejercicio de la libertad de expresión, como sucede en el caso *Soulas*, el Tribunal pasa a realizar un juicio de ponderación con los intereses recogidos en el art. 10.2 CEDH que se han podido ver afectados por la conducta expresiva, atendiendo a diferentes factores fácticos del caso y aplicando unos detallados criterios de proporcionalidad. Y una ponderación detallada, que tenga en cuenta los matices del caso, puede llevar a modificar la inicial impresión propia de un análisis preliminar (Alcácer Guirao, 2013: 324)⁷.

En contraste con el modelo europeo, el sistema liberal norteamericano protege ampliamente el discurso racista y xenófobo bajo el ámbito de protección de la Primera Enmienda constitucional (Gascón Cuenca, 2013: 163). Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha perfilado el significado y alcance de dicha cláusula a través de lo que el juez Holmes dio en llamar el «libre mercado de las ideas», que apareció por primera vez en su voto discrepante en el caso *Abrams vs. United States*, de 10 de noviembre de 1919⁸. Según el cual, no es papel del Estado prohibir ideas, aunque estas resulten desagradables, incómodas o equivocadas, ni la expresión de las mismas ya que «el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado». La visión que subyace a dicha afirmación es que, por pernicioso que una idea pueda parecer, su corrección depende no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición con otras ideas⁹.

En relación con el discurso racista y xenófobo procede señalar el caso *Brandenburg vs. Ohio*, de 1969¹⁰, donde se adopta el que continúa siendo el criterio vigente para valorar la licitud del discurso del odio, esto es, el llamado *test de la violencia clara e inminente* o *estándar Brandenburg*.

⁷ Un supuesto similar lo encontramos en el caso *Leroy vs. Francia*, de 2 de agosto de 2008.

⁸ 250 U.S. 616 (1919).

⁹ *Gertz vs. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323 (1974).

¹⁰ 395 U.S. 444 (1969).

El caso enjuiciaba a un dirigente del Ku Klux Klan que, en un mitin de dicha organización, filmado y retransmitido por un medio de comunicación, afirmó, dirigiéndose a un público cargado con cruces en llamas y armas, que los negros deberían retornar a África y los judíos a Israel, y que, si el presidente, el Congreso y el Tribunal Supremo seguían actuando en contra de la raza blanca, no tendrían más remedio que adoptar algunas medidas por su cuenta.

Los procesados fueron condenados a pena de prisión y multa conforme a una ley del Estado de Ohio que prohibía incitar al uso de la violencia como un medio para lograr reformas laborales o políticas. Pero la Corte Suprema consideró que la ley estatal vulneraba la Primera Enmienda constitucional, que proclama la libertad de expresión, en tanto en cuanto discursos como estos solo podían ser reprimidos por la ley si estaban «dirigidos a incitar o producir *inminentes acciones desenfrenadas*, y existía la *probabilidad de que efectivamente las incitase y produjera*», no siendo este el caso. De modo que el dirigente del Ku Klux Klan había abogado por la violencia contra afroamericanos y judíos, pero no había incitado de forma clara e inminente a ella.

De tal manera que, para que puedan imponerse límites al mercado de las ideas en Estados Unidos, las expresiones o discursos deben superar dicho test del «daño claro e inminente», que se mantiene desde el año 1979 hasta épocas muy recientes como un estándar constitucional para enjuiciar los casos relativos al discurso del odio, teniéndose en cuenta, además, que el término *inminente* debe ser interpretado de forma que, en un espacio de tiempo muy breve, se produzca algún altercado¹¹.

Otro caso significativo que confirma la aplicación del estándar Brandenburg por la Corte Suprema estadounidense y, por tanto, su interpretación expansiva de la libertad de expresión es *National Socialist Party vs. Village of Skokie* de 1977¹², que versaba sobre una marcha propuesta por el neonazi Partido Nacional Socialista de América (NSPA), que debía tener lugar, entre otros, en Skokie, un barrio periférico de Chicago en el que reside mucha población judía, incluyendo a miles de sobrevivientes del Holocausto.

Ante ello, las autoridades de la ciudad adoptaron algunas medidas legislativas consistentes, principalmente, en prohibir la distribución de propaganda o la exhibición de materiales que incitaran o promovieran el odio en contra de personas de confesión judía o su familia, o el odio en contra de personas de cualquier culto, etnia, raza o religión; así como la prohibición de utilizar uniformes de las SS y la posibilidad de lucir esvásticas.

¹¹ *Hess vs. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973).

¹² 432 U.S. 43 (1977).

Los integrantes del NSPA, junto con la Unión de Libertades Civiles Americanas (American Civil Liberties Union), acudieron a los tribunales dado que entendían que la legislación adoptada conculcaba su libertad de expresión. En un primer momento, el tribunal inferior consideró que el uso de la esvástica y otros símbolos nazis en una manifestación pública estaba amparado por la Primera Enmienda, pues tales símbolos no entraban en la categoría de «palabras combativas» (*fighting words*), esto es, las que por el solo hecho de ser proferidas, infligen daño o tienden a incitar una inmediata alteración de la paz social, ni podían constituir una incitación inminente al uso de la violencia. Y ello a pesar de que los neonazis dejaron claro que habían elegido el barrio de Skokie para la marcha con el propósito de perturbar a los judíos, confrontándolos con su mensaje. Posteriormente, la Corte Suprema se adhirió tácitamente a los postulados del tribunal inferior al no entrar a conocer el caso en sede de *certiorari*.

Finalmente, los convocantes marcharon por diversos barrios de Chicago y decidieron voluntariamente no hacerlo en Skokie.

Otro asunto muy significativo en Estados Unidos tiene que ver con la quema de cruces por parte de miembros del Ku Klux Klan u otros grupos extremistas, pues a este respecto la doctrina del Tribunal Supremo parece un tanto confusa.

Así, en el caso *R. A. V. vs. la ciudad de St. Paul*¹³, los hechos enjuiciados consistían en la quema de una cruz dentro del patio cercado de una familia afroamericana por jóvenes extremistas blancos. Estos últimos fueron condenados en virtud de una ordenanza local según la cual quedaba prohibido mostrar símbolos que fueran conocidos o razonablemente conocidos por «provocar indignación, alarma o resentimiento en otros, por motivos de la raza, color, credo, religión o género».

El Tribunal Supremo del Estado de Minnesota confirmó la condena, ya que identificó la quema de la cruz, que efectivamente provocaba indignación, alarma o resentimiento en otros, con la doctrina de las *fighting words* y, por lo tanto, la excluyó del lenguaje protegido por la Primera Enmienda.

Sin embargo, en decisión unánime, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la condena y declaró que la ordenanza local era inconstitucional justificándolo del siguiente modo: «[...] la razón por la cual las *fighting words* son una categoría excluida de la protección de la Primera Enmienda no es porque estas comuniquen una determinada idea, sino porque su contenido encarna una particular e intolerable *forma* de expresar *cualquier* idea que el hablante desea expresar».

¹³ 505 U.S. 377 (1992).

Dado que la ordenanza prohibía particularmente una serie de mensajes que comunicaban un cierto tipo de lenguaje —intolerancia racial, de género o religiosa—, con ella se estaba creando la posibilidad de perseguir un cierto tipo de ideas y otras no, lo que convertía la ordenanza en inconstitucional.

La Corte concluyó que las *fighting words* no pueden estar basadas en un determinado contenido (debiendo tener un contenido neutral), sino que deben proscribir cómo se transmite el lenguaje por el hablante, dado que, si se permitiera lo contrario, se facultaría a los legisladores de la ciudad de St. Paul a prohibir la expresión de unos determinados puntos de vista y no de otros.

Pese a que reconoció que la ordenanza buscaba garantizar derechos humanos básicos a miembros de grupos que históricamente han sido objeto de discriminación, el peligro de censura que presenta la limitación de la libertad de expresión mediante leyes que limitan el contenido, pone en peligro la totalidad del derecho de forma excesiva y, por lo tanto, debe ser declarado inconstitucional.

Sin embargo, ante un supuesto de hecho similar, la Corte Suprema ofreció una solución distinta. En *Virginia vs. Black*, de 2003¹⁴, se condenó a tres personas por la quema de dos cruces, una en el jardín de sus vecinos afroamericanos y otra en su propio jardín, en el marco de un mitin del Ku Klux Klan. Los acusados fueron condenados bajo la ley del Estado de Virginia que prohibía la intención de intimidar a una persona o grupo, quemando una cruz en la propiedad de otra, en una autopista o en un lugar público. Pero el Tribunal Supremo del Estado de Virginia dictaminó que la ley era inconstitucional porque materialmente no difería de la que había sido anulada anteriormente por el Tribunal Supremo en la sentencia *R. A. V. vs. la ciudad de St. Paul*.

Sin embargo, la Corte Suprema estadounidense afirmó que sí que existía una diferencia clara entre las dos leyes, pues, mientras que la de la ciudad de San Paul estaba basada en contenidos —dado que establecía que era un acto perseguible cuando este se cometiese con la intención de intimidar por la raza, el color, la creencia, la religión o el género—, la ley del Estado de Virginia no establecía contenido alguno e imponía un castigo fuese cual fuese su objetivo, por lo que dicho acto intimidatorio podía ser efectivamente perseguido.

Así, la opinión mayoritaria de la Corte sostuvo que la quema de una cruz es una forma de expresión que intimida de manera muy virulenta y que ha dado pie, en el pasado, al inicio de episodios de violencia de una forma especialmente inminente.

En relación con la orientación sexual como motivo del discurso del odio, cabe destacar, en el modelo europeo, el caso *Vejdeland y otros vs. Suecia*, de 9

¹⁴ 538 U.S. 343 (2003).

de febrero de 2012. Los hechos por los que los ahora recurrentes habían sido condenados consistían en la distribución en una escuela de secundaria de pasquines en los que se afirmaba que la homosexualidad constituía una inclinación sexual desviada y que tenía un efecto moral destructivo en la esencia de la sociedad sueca. Asimismo, se afirmaba que la homosexualidad era una de las principales causas de contagio del VIH y de otras enfermedades de transmisión sexual.

El TEDH afirmó que, si bien las declaraciones contenidas en los pasquines no incitaban directamente a cometer actos de violencia contra los homosexuales, estas constituían serias y perjudiciales acusaciones. Así, apelando a lo sostenido en su sentencia en el caso *Féret vs. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, que después estudiaremos, reiteró que

la incitación al odio no necesariamente supone una llamada a cometer actos de violencia u otras conductas criminales. Sin embargo, cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable.

Y, además, declaró que la discriminación basada en la orientación sexual es de igual gravedad que aquella que se basa en la raza, el origen o el color.

Parece, pues, que la Corte de Estrasburgo entiende que, en los supuestos en los que las expresiones hostiles se dirigen contra grupos vulnerables que sufren discriminación por alguna de las llamadas *categorías sospechosas*, el criterio de la *incitación* es irrelevante. En consecuencia, con esta sentencia, la Corte rechaza la doctrina del *clear and present danger* norteamericana para defender que las expresiones contrarias a la igualdad de los grupos minoritarios tradicionalmente discriminados son, en sí mismas, constitutivas del *discurso del odio* sin que sea necesaria una *incitación* directa a la violencia contra los mismos.

Muy distinta es, en cambio, también en materia de orientación sexual, la postura de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Snyder vs. Phelps*¹⁵, de 6 de octubre de 2011, donde reiteró su enfoque liberal al confirmar una sentencia revocatoria de un fallo anterior que ordenaba a unos manifestantes a pagar varios millones de dólares como indemnización punitiva y por responsabilidad extracontractual. Tales manifestantes habían aprovechado el funeral

¹⁵ 562 U.S. 443 (2011).

de un marine de la guerra de Irak para lanzar arengas contra la tolerancia de la homosexualidad en las Fuerzas Armadas, los homosexuales y la fe católica.

Concretamente, la Corte Suprema confirmó la sentencia que en segunda instancia había revocado la indemnización otorgada a los familiares del fallecido por daños morales y punitivos porque las expresiones de los manifestantes demandados se referían a temas de interés público, no podía probarse su falsedad y habían sido proferidas solo a través de la retórica, en consecuencia, se encontraban protegidas por la Primera Enmienda. Además, la Corte tomó en cuenta que el acto se había llevado a cabo con permiso previo de las autoridades locales, en un espacio público ubicado a una cierta distancia del funeral, y que el demandante solo tuvo conocimiento del contenido de la manifestación a través de los medios de comunicación.

III. DISCURSO DEL ODIO Y *POLITICAL SPEECH*

Hablar de *libertad de expresión y discurso político* es hablar del papel que debe asumir el Estado frente a aquellos discursos que cuestionan o contradicen los principios y valores democráticos, del concepto de *democracia* por el que se opta —procedimental o de contenido— y de si esta debe *militar* o ser neutral frente a sus enemigos.

Como se ha adelantado, en el caso estadounidense se opta por la «no intervención» del Estado frente a los discursos políticos, aun cuando estos contradigan los pilares sobre los que se asienta su democracia constitucional, pues así esta se hace más sólida. En Europa, por el contrario, se opta por un modelo de *democracia militante*, material o valorativa, en la que la militancia contra quienes pretenden destruirla legitima privarles de los derechos de participación política. Y una plasmación clara de dicho modelo, en el ámbito del CEDH, es la cláusula de abuso de derecho establecida en el mencionado art. 17 CEDH.

El TEDH ha otorgado en su jurisprudencia una singular importancia al discurso político y a todas las materias o asuntos de interés general, esto es, aquellos que coadyuven al debate público. En estas dos áreas existe un escaso margen para las restricciones de la libertad de expresión, solo pudiendo ser limitada por razones imperiosas. Por ello, el TEDH ha recalcado que la libertad de expresión es especialmente importante en una sociedad democrática para los partidos políticos y sus miembros activos. De tal forma que la restricción de la libertad de expresión en estos supuestos tiene poco margen y

exige un escrutinio estricto por parte del TEDH¹⁶. Sin embargo, dicha doctrina jurisprudencial añade que la misma no reviste un carácter absoluto, pues, «la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia»¹⁷.

En el caso *Féret vs. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, el TEDH conocía de la condena penal de un integrante del partido de extrema derecha belga Frente Nacional por la difusión, en el ámbito de una campaña electoral, de mensajes anti-inmigracionistas de corte claramente xenófobo.

En los antecedentes de hecho de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, se puede leer que las octavillas por cuya redacción y distribución fue condenado el señor Féret incluían mensajes referentes a la prioridad del empleo para los belgas, la necesaria repatriación de los inmigrantes, la interrupción de la política de integración, la necesaria oposición a la islamización de Bélgica y la identificación de los musulmanes con el terrorismo.

Pues bien, la sentencia de Estrasburgo comienza señalando que el ejercicio de la libertad de expresión del demandante adquiere, en este caso, su máxima expresión al tratarse de un «discurso político» ejercido en el ámbito de la campaña electoral¹⁸. Sin embargo, este *a priori* no determina que el demandante reciba la protección del art. 10 CEDH, antes al contrario, pues, en opinión de la mayoría del TEDH, el «contexto electoral» en el que se difundió el discurso, el «soporte» utilizado para su difusión —las octavillas— y la «condición de candidato» electo por un partido político no atenúan su responsabilidad, sino que le depara un especial deber de cautela.

¹⁶ SSTEDH de 9 de junio de 1998, caso *Incal vs. Turquía*; y SSTEDH de 8 de julio de 1999, caso *Karatas vs. Turquía*.

¹⁷ STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Féret vs. Bélgica*. Otras sentencias del TEDH en el mismo sentido son la del caso *Soulas vs. Francia*, de 10 de julio de 2008, y la del caso *Jean Marie Le Pen vs. Francia*, de 7 de mayo de 2010.

¹⁸ «La libertad de expresión es una característica fundamental de juego y debate político de una sociedad democrática, de esta forma las interferencias con la libertad de expresión de un político que es miembro de un partido de la oposición [...] requiere del más estrecho examen profundo por parte de la Corte», STEDH de 9 de junio de 1998, caso *Inca vs. Turquía*. En el mismo sentido, véase STEDH de 8 de julio de 1986, caso *Lingens vs. Austria*.

Por lo que respecta al «contenido del discurso», sostiene el TEDH que la difusión de tales palabras «puede suscitar, sobre todo en el público menos informado, sentimientos de miedo, de rechazo e incluso de odio hacia los extranjeros». Se observa cómo el juez de Estrasburgo se aleja claramente de la doctrina del «peligro claro e inminente» del Tribunal Supremo norteamericano y afirma que hay determinados discursos que por el mero hecho de ser contrarios a la dignidad humana o discriminatorios contra determinados sectores de la población, son, de por sí, incitadores al odio.

En tal sentido, la Sentencia señala que:

[...] la incitación al odio 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.

Se observa, pues, cómo el TEDH abandona el grado de protección aplicado con carácter general al discurso político para abrazar la doctrina según la cual el discurso racista es, de por sí, un discurso de odio.

En cuanto a la valoración del *contexto* en que se produce el discurso, el TEDH atribuye una gran importancia a la forma en que el mensaje se ha manifestado, así como a su impacto social. De hecho, en *Féret*, tiene en cuenta el contexto electoral de gran difusión en el que se efectúa el discurso anti-inmigrantes y el impacto y efectos del mismo sobre la sociedad, así como su gran alcance para calibrar el fortalecimiento e intensificación del odio.

En este sentido, en el caso *Rehfa Partisi y otros vs. Turquía*, de 31 de julio de 2001, fue la valoración del gran alcance que podía llegar a tener el discurso del Partido de la Prosperidad turco, lo que condujo a la Corte de Estrasburgo a amparar su inmediata disolución. Así, el TEDH afirmó que, aunque lo pretendido por dicho partido político —implantar la ley islámica (Sharia)— era incompatible con los principios fundamentales de la democracia, lo verdaderamente determinante para legitimar su disolución era la concreta probabilidad de que sus postulados terminaran por imponerse en la sociedad turca. Y sostuvo que la disolución del Partido de la Prosperidad constituía una necesidad social imperiosa y era una medida proporcionada por cuanto, según las encuestas el partido, gozaba de amplias posibilidades de ganar las elecciones y gobernar sin necesidad de coaliciones.

De hecho, en el caso *Gündüz vs. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003¹⁹, el TEDH afirmó que el mero hecho de defender en un programa de televisión un régimen político basado en la Sharia, sin apelar a la violencia para establecerlo, no puede ser considerado discurso del odio a pesar de reconocer la dificultad de compatibilizar la ley islámica y el respeto a la democracia.

Si volvemos a Estados Unidos recordaremos que, a diferencia del modelo europeo, la protección preferente del discurso político, también el *odioso*, encuentra su fundamento en la aportación que puede hacer al *marketplace of ideas*, es decir, a la arena pública donde todos los ciudadanos pueden, a través del *public discourse* (Post, 1990: 601-686), expresión de la *self governance*, plasmar la imagen de la sociedad y del Estado. Sin embargo, en este país, después de los atentados terroristas del 11 de septiembre, la *lucha contra el terror* ha creado nuevas presiones sobre la Primera Enmienda que, quizá, ni el propio *test de Brandenburg* parece ser capaz de soportar, inclinando la balanza hacia el lado de la seguridad.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el caso *Holder vs. Humanitarian Law Project*, de 21 de junio de 2010²⁰. En él se enjuiciaba la actuación de una asociación que había aportado consejos jurídicos a dos grupos considerados legalmente como terroristas —el Partido de los Trabajadores de Kurdistán y los Tigres Tamiles—. Se trataba de un tipo de asesoramiento que tenía como fin la búsqueda de una salida pacífica a los conflictos kurdo y tamul, y llevar las causas de ambos pueblos ante las Naciones Unidas.

El Tribunal Supremo norteamericano consideró que a dicha actividad le era aplicable la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act de 1996, reformada en 2002, que prohíbe penalmente el apoyo sustantivo —*material support*— a cualquier grupo terrorista extranjero, aunque se trate de una asesoría experta o de acciones y medios pacíficos y no violentos como proporcionar formación en derecho internacional humanitario o derechos humanos, en tramitación de solicitudes de ayuda a organizaciones internacionales por catástrofes naturales o en negociaciones de paz.

Se observa, pues, cómo, en nombre de la seguridad y bajo el paraguas de la lucha contra el terror, la Corte Suprema da un giro en su jurisprudencia acuñada en *Brandenburg*, según la cual, debe garantizarse la protección constitucional de la libertad de expresión siempre que no suponga una llamada a cometer delitos susceptibles de materializarse de manera inmediata, y abre la puerta a la prohibición de cualquier expresión relacionada con una

¹⁹ En un sentido similar, véase la STEDH de 13 septiembre 2005, caso *I. A. vs. Turquía*.

²⁰ 561 U.S. 1 (2010).

organización terrorista, sin importar cuán pacífica pueda ser, desde el momento en que se considere llevada a cabo en coordinación o bajo la dirección de una organización terrorista (Revenga Sánchez, 2015: 27-28).

Otra muestra de este cambio lo encontramos en el caso Tarek Mehanna. El 6 de octubre de 2014, la Corte Suprema norteamericana denegó el *writ of certiorari* a Tarek Mehanna, ciudadano americano condenado con base en lo dispuesto en el U.S. Code 23339A-23339B, que sanciona el apoyo material a determinadas organizaciones terroristas, incluidas en una lista del Departamento de Estado, por haber proporcionado *political advocacy* al movimiento terrorista Al-Qaeda. La citada normativa prevé, de hecho, la integración del delito de *material support* bajo la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, de 1996.

En el caso concreto, el señor Mehanna estaba acusado de traducir al inglés material propagandístico de Al-Qaeda, incitador a participar en la yihad, y el envío de este a la web at-Tibyan. Sin embargo, no había quedado probada la existencia de un vínculo real entre la web a la que el demandante ante la Corte Suprema envió sus traducciones y la organización terrorista.

Dicha normativa tiende, por tanto, a criminalizar determinada forma de *hate speech* que se aleja de la tradición jurisprudencial norteamericana en esta materia, acuñada por la Sentencia *Brandenburg vs. Ohio*, que garantizaba la difusión de todos los *political speech*, en el seno de los cuales, sin duda, puede incluirse el *advocacy* a favor de una organización terrorista, con el solo límite del *peligro concreto*.

IV. DISCURSO DEL ODIOS Y NEGACIONISMO

Mientras que no existe jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre el negacionismo, la del TEDH es profusa; de hecho, este ha sido especialmente laxo en la aplicación del art. 17 CEDH a los casos relativos a la negación del Holocausto y a la incitación del odio hacia el pueblo judío, considerando, en consecuencia, tales discursos incompatibles con los valores esenciales del CEDH (Bustos Gisbert, 2015: 123-147; Teruel Lozano, 2015; y Bilbao Ubillos, 2008: 19).

Un artículo que, sin embargo, no ha aplicado a discursos negacionistas de otro tipo de genocidios²¹, ni de otros crímenes de guerra²², a los que ha preferido someter al examen del triple test de Estrasburgo para valorar la

²¹ STEDH de 17 de diciembre de 2013, caso *Perinçek vs. Suiza*.

²² STEDH de 15 de enero de 2009, caso *Orban y otros vs. Francia*.

proporcionalidad de la injerencia sobre la libertad de expresión. Supuestos en los que, además, el TEDH ha considerado que los límites aplicados debían examinarse con especial cuidado dado el interés público de las controversias sobre hechos históricos. Algo que contrasta con el tratamiento otorgado al discurso negacionista del Holocausto que, para la Corte de Estrasburgo, sería un «hecho histórico claramente establecido» frente al que no cabe discusión alguna.

Así, en el caso *Lehideux e Isorni vs. Francia*, de 23 de septiembre de 1998, el TEDH conoció de la sanción penal de un caso de revisionismo del régimen de Vichy, mediante la inserción de un anuncio publicitario en el periódico *Le Monde* en el que los autores valoraban positivamente la actuación colaboracionista del mariscal Pétain. En este supuesto, la referencia al Holocausto y a la actuación nazi era, pues, indirecta. En palabras del TEDH, «al calificar de excepcionalmente hábil la política de Philippe Pétain, los autores del texto apoyaron, sobre todo, una de las tesis presentes en el debate sobre el papel del jefe del Gobierno de Vichy», no correspondiéndole a él «arbitrar sobre esta cuestión, que se refiere a un debate vivo entre historiadores sobre el desarrollo y la interpretación de los acontecimientos de los que se trata». En consecuencia, terminó por declarar desproporcionada la condena penal impuesta por tales hechos.

En este supuesto, el TEDH no solo no aplicó la cláusula abusiva del art. 17, sino que, apelando a la idea de que «todo país está llamado a debatir abierta y serenamente su propia historia», consideró que la versión revisionista debía ser protegida por la libertad de expresión²³.

La rotunda aplicación del art. 17 se vio claramente en el caso *Garaudy vs. Francia*, de 24 de junio de 2003, en el que se cuestionaba la compatibilidad con el CEDH de la sentencia penal aplicada al escritor de un libro en el que negaba la existencia del Holocausto en el marco propagandístico del revisionismo histórico de la Alemania nazi.

En su sentencia, la Corte Europea manifestó que:

[...] negar los crímenes contra la humanidad es una de las formas más serias de difamación racial contra los judíos y de incitación al odio contra ellos [...]. Estos actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos porque infringen los derechos de los demás. Sus defensores tienen indudablemente

²³ Véanse las SSTEDH de 29 de junio de 2004, en el caso *Chauvy y otros vs. Francia* y de 21 de octubre de 2006 y caso *Monnat vs. Suiza*, donde el TEDH llegaba a calificar el debate histórico como «una esfera en la cual es improbable que nada cierto exista».

unos propósitos que entran dentro de la categoría de los fines prohibidos por el art. 17 del Convenio.

Además, consideró que:

[...] negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como es el Holocausto [...] no constituye una investigación histórica asimilable a la búsqueda de la verdad. El objeto y el resultado de este acercamiento son completamente diferentes, el propósito real es la rehabilitación del régimen Nacional-Socialista y, como consecuencia, acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia [y que] la negación o la revisión de hechos históricos de este tipo cuestionan los valores que fundan la lucha contra el racismo y el antisemitismo y son de una naturaleza tal que perturba gravemente el orden público.

Por tales motivos, el TEDH inadmitió la demanda aplicando el art. 17 CEDH.

Idéntica doctrina aplicó en el caso *Witzsch vs. Alemania*, de 13 de diciembre de 2005, en el que inadmite la demanda presentada por un ciudadano alemán condenado a tres meses de prisión por haber negado la responsabilidad de Hitler y el NSDAP en el exterminio masivo de los judíos. La particularidad de este caso es que el medio empleado para defender tal discurso resulta ser una carta privada dirigida a un historiador.

Como reconoce expresamente el TEDH, «el demandante no negó ni el Holocausto ni la existencia de cámaras de gas, no obstante, negó una circunstancia del Holocausto igualmente significativa y establecida, considerando falso e históricamente insostenible que Hitler y el NSDAP hubieran planeado, iniciado y organizado el exterminio masivo de los judíos».

El TEDH, apreciando un claro «desdén del demandante hacia las víctimas del Holocausto» a través de su discurso, aplica con rotundidad la cláusula de abuso del derecho del art. 17, considerando irrelevante que las afirmaciones objeto de sanción «hubieran sido hechas en una carta privada y no ante un público más amplio».

Se observa cómo, cuando del enjuiciamiento de la negación del Holocausto judío se trata, el TEDH deja de lado su doctrina relativa a la intención del autor del discurso, el impacto del mensaje o su repercusión, para aplicar con rotundidad una cláusula, la del art. 17, que excluye drásticamente tal discurso del ámbito de la libertad de expresión, sin permitir que se lleve a cabo, si quiera, la ponderación de las circunstancias del caso.

Pero es que, además, una reciente sentencia pone de manifiesto el doble rasero con el que el TEDH se maneja cuando de genocidios distintos al judío se trata. Hablamos del asunto *Perinçek vs. Suiza*, de 15 de octubre de 2015, en el que se enjuiciaba la convencionalidad de la condena penal impuesta en Suiza al presidente del Partido de los Trabajadores de Turquía por afirmar en tres actos públicos que el genocidio armenio era una «mentira internacional, siendo los responsables los imperialistas».

La Corte de Estrasburgo inició su razonamiento señalando que ella no era competente para decidir si los homicidios y las deportaciones masivas sufridas por el pueblo armenio a manos del Imperio otomano desde 1915 podían ser calificados como genocidio, en el sentido que posee dicho término en el derecho internacional. Y, sin plantear si quiera la posible aplicación del art. 17 CEDH, entró a evaluar la posible vulneración del art. 10. Y, atendiendo al «contexto» en el que se pronunció el discurso, la Corte sostuvo que el señor Perinçek estaba hablando como un político durante los actos en los que se abordaba un asunto de interés público y que, en ningún momento, manifestó menosprecio u odio hacia las víctimas de los acontecimientos de 1915 y posteriores, ni calificó a los armenios como mentirosos, ni empleó un lenguaje ofensivo contra ellos ni los caricaturizó, sino que sus acusaciones fueron dirigidas virulentamente contra los imperialistas. Por lo que no hubo incitación al odio.

El pasado 2 de junio, el Parlamento alemán calificó la masacre armenia cometida por el Imperio otomano en 1915 como «genocidio», lo cual no ha dejado indiferente a Turquía que ya ha llamado a consultas al embajador de Alemania. Esto evidencia que, el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo deje al albur de la existencia o no de un expreso reconocimiento legal, historiográfico o de política internacional de determinadas masacres, la aplicación o no el art. 17 CEDH parece un estándar cuanto menos discrecional.

V. DISCURSO DEL ODIOS Y SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Las dos sentencias sobre las que durante años se construyó la doctrina del TEDH en relación con los conflictos entre la libertad de expresión y la protección de los sentimientos religiosos son *Otto-Preminger Institut vs. Austria* y *Wingrove vs. el Reino Unido*, ambas del año 1994, en las que Estrasburgo acuñó una doctrina paternalista con respecto a estos últimos que solamente en tiempos recientes ha parecido atreverse a abandonar.

En el caso *Otto-Preminger Institut vs. Austria*, de 24 de septiembre de 1994, el TEDH confirmó la convencionalidad del secuestro y prohibición por

las autoridades austriacas de una película titulada *El concilio del amor*—donde se mostraban las figuras de Dios, Jesucristo y la Virgen María en un tono satírico— por denigrar, «de manera injustificada y ofensiva», la fe católica y los sentimientos religiosos de los creyentes católicos.

Y en *Wingrove vs. el Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1996, el objeto de litigio era también una obra artística, concretamente, un cortometraje sobre el éxtasis de Santa Teresa de Ávila en clave pornográfica. Las autoridades británicas consideraron que la película violaba la legislación nacional sobre la blasfemia y se negaron a conceder el certificado de distribución comercial. El TEDH consideró que ello no vulneraba el art. 10 CEDH.

Es importante resaltar que, en uno y otro caso, la Corte de Estrasburgo recurrió al amplio margen de apreciación del que gozan los Estados en esta materia, debido a la ausencia de un consenso común sobre la protección frente a los ataques a las creencias religiosas motivados por expresiones blasfemas. Por ello, consideró conformes con el art. 10.2 CEDH las medidas adoptadas por dichas autoridades.

Esta doctrina dista mucho de la de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ya en el año 1952 afirmó que la Primera Enmienda de la Constitución impedía que el Estado pudiera esgrimir como interés legítimo para limitar la libertad de expresión la protección de un dogma religioso. Esto lo hizo en su importante Sentencia *Joseph Burstyn, Inc. vs. Wilson*²⁴, en la que conoció de la prohibición impuesta contra la exhibición y distribución de la película *El milagro* de Roberto Rossellini por el Estado de Nueva York, por ser de contenido sacrílego.

En el año 2005, el TEDH volvió a reiterar su doctrina tan distante de la norteamericana en el caso *I. A. vs. Turquía*, de 12 de septiembre, en el que confirmó la condena impuesta al director de una editorial por la publicación de un libro titulado *Las frases prohibidas*, en el que se contenía una frase considerada blasfema por la legislación nacional: «[...] el mensajero de Dios rompió su ayuno a través de las relaciones sexuales después de la cena y antes de la oración. Mohammed no prohibió las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo».

Sin embargo, poco después de la publicación de las viñetas de Mahoma en el periódico danés *Jyllands-Poste*, en el año 2006, el Consejo de Europa flexibilizó su postura con la promulgación de la Resolución 1510 (2006), titulada «Libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas», en la que afirmó que la libertad de expresión, tal y como está protegida en el art. 10 CEDH, no debe ceder ni un ápice ante las exigencias derivadas de las crecientes

²⁴ 343 U.S. 495 (1952).

sensibilidades de ciertos grupos religiosos. Ahora bien, la incitación al odio o el *hate speech* contra un determinado grupo religioso no es compatible con los derechos fundamentales y las libertades garantizadas en el CEDH. Lo cual exige, para determinar adecuadamente el ámbito de protección de la libertad religiosa, una graduación de las injerencias que en ella pueden producirse. Con dicho fin, en el año 2007, a través de otra recomendación, la 1805, estableció una importante distinción entre «blasfemia», «insultos religiosos» y «discurso del odio contra las personas por razón de su religión».

El delito de blasfemia, que sigue siendo delito únicamente en una minoría de Estados miembros —Dinamarca, Finlandia, Austria, Grecia, Italia, Liechtenstein, Países Bajos y San Marino—, sanciona toda palabra o expresión injuriosa dirigida contra alguien o algo sagrado, por lo que en él debe incluirse el insulto a la religión, a su corpus doctrinal o a sus dogmas. Con respecto a este, el Consejo de Europa entendió en su Resolución del año 2007 que dicha conducta no debe ser contemplada como una ofensa criminal y, por tanto, no debe ser incluida como un delito en los códigos penales de los Estados miembros, pues pertenece al plano moral y no al ámbito legal. Argumenta el Consejo que las leyes relativas a la blasfemia obedecen a la posición dominante de una religión particular en determinados Estados. De ahí que, a partir de la gran diversidad de creencias en Europa y del principio de separación entre Estado y religión, estas leyes deben ser revisadas por los Gobiernos.

Respecto a los insultos contra los sentimientos religiosos, en el que se incluirían los delitos de escarnio y vejación, que siguen en vigor en la legislación penal de la mitad de los países miembros —Chipre, Andorra, Croacia, Chequia, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Alemania, Islandia, Italia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania—, dice la Recomendación que las confesiones religiosas deben tolerar las afirmaciones críticas públicas y el debate sobre sus actividades, enseñanzas y creencias, siempre que tal crítica no promueva insultos gratuitos e intencionales o la incitación al odio, la violencia o la discriminación contra los fieles de una religión. En cuanto al discurso del odio, está presente en la legislación penal de todos los países del Consejo de Europa, siendo Andorra y San Marino la excepción.

El viraje de la doctrina del TEDH en materia de sentimientos religiosos se produjo a partir del año 2006, cuando dictó una serie de sentencias con las que acuñó la doctrina, según la cual, quedarían protegidas por el derecho de libertad de expresión las expresiones provocativas, aunque resulten disgustosas para los sentimientos religiosos de terceros, que contribuyan al debate público.

Así, por ejemplo, en el caso *Aydın Tatlav vs. Turquía*, de 2 de mayo de 2006, el TEDH examinó el recurso del autor de una obra *La realidad del*

islam, en la que realizaba una fuerte crítica del Corán y de su influencia social, con comentarios fuertemente peyorativos sobre el mismo y respecto de la religión musulmana, a la que consideraba una religión primitiva. El autor fue condenado por los tribunales turcos por un delito de difamación.

El TEDH señaló que los pasajes del libro citado por la sentencia condenatoria turca no contenían un tono insultante dirigido directamente a los creyentes, ni un ataque injurioso contra los símbolos sagrados del islam, aunque, sin duda, algunos musulmanes podrían sentirse ofendidos por los cáusticos comentarios sobre su religión y, tras señalar el papel fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática, estimó que no había sido suficientemente probada la «necesidad social imperiosa» de limitar la libertad de expresión.

En el caso *Klein vs. Eslovaquia*, de 31 de octubre de 2006, el TEDH conoció del caso de un periodista que había publicado un artículo en el que criticaba con dureza a un arzobispo católico por haber solicitado en un programa de televisión la retirada de la película *El pueblo contra Larry Flynt* y el cartel que la publicaba por considerarlos difamatorios del crucifijo, símbolo de la religión cristiana. El periodista fue condenado por los tribunales eslovacos por un delito de difamación al arzobispo y de ofensa a los sentimientos religiosos de los católicos. Por su parte, la Corte de Estrasburgo entendió que el artículo no vulneraba los sentimientos religiosos católicos, aunque su crítica pudiera haber ofendido a algunos creyentes. La sentencia concluyó afirmando que había existido una violación del art. 10.2 CEDH porque la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del recurrente no respondía a una necesidad social imperiosa, ni era proporcionada al fin legítimo perseguido. Por ello, no era «necesaria en una sociedad democrática».

Por último, en el caso *Kutlular vs. Turquía*, de 29 de abril de 2008, se enjuiciaba la distribución de un suplemento periodístico en el que se asociaba el acaecimiento de un terremoto el 17 de agosto de 1999 con la inobservancia de las prescripciones islámicas. El autor fue condenado por la jurisdicción turca como autor de un delito de incitación al odio y a la hostilidad por razón de discriminación religiosa. Por su parte, el TEDH manifestó que, al conferir un significado religioso a una catástrofe de interés general y, sobre todo, al evocar una relación de causalidad entre la catástrofe y la falta de reacción de la mayoría de la población contra ciertos actos del Gobierno, el discurso era de una naturaleza capaz de alimentar la superstición, la intolerancia y el obscurantismo. Sin embargo, por chocantes y ofensivos que pudieran ser, los propósitos del recurrente no incitaban a la violencia y no eran de una naturaleza tal como para fomentar el odio contra las personas ajenas a la comunidad propia de este. Por tanto, el TEDH concluyó afirmando la existencia de una violación del art. 10 CEDH.

Es importante señalar que el último de los pronunciamientos procedentes del Consejo de Europa en relación con la ofensa de los sentimientos religiosos es precisamente el producido tras los atentados contra el semanario francés *Charlie Hebdo* el 7 de enero del 2015. Se trata de la Resolución 2031 (2015), dictada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 28 de enero de 2015. En ella se afirma rotundamente que el uso de la sátira, la información o las ideas que puedan ofender, chocar o perturbar, incluida la crítica religiosa, están amparadas por la libertad de expresión del art. 10 CEDH, como exigencias de una sociedad plural y tolerante. Y que la libertad de expresión no debe restringirse para satisfacer la creciente sensibilidad de ciertas religiones (Carrillo, 2015: 12).

Se observa, pues, cómo en materia de libertad religiosa, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación a causa de la falta de un consenso generalizado entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el significado de la religión y de lo que constituye una ofensa a esta y a los sentimientos religiosos, según aduce el TEDH en sus sentencias. Sin embargo, si se atiende a las últimas resoluciones de la Asamblea Parlamentaria y a las sentencias más recientes de la Corte, cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y la religiosa, se puede intuir una tímida, pero progresiva afirmación de la protección de la primera respecto de la segunda.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: PARÁMETROS PARA DETERMINAR CUÁNDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PUEDE GENERAR ODIO

El análisis de la jurisprudencia de las Cortes norteamericana y europea muestra, en términos generales, dos respuestas opuestas a un mismo problema, el de identificar cuándo debe ser limitada la libertad de expresión en orden a proteger a determinados grupos sociales del efecto odioso que sobre los mismos pueden provocar algunos discursos.

El modelo norteamericano es claro: la libertad de expresión es una de las «libertades básicas» y, por tanto, goza de especial preeminencia. De modo que esta solo puede ser restringida cuando incite a la violencia y genere un «peligro claro e inminente» sobre el colectivo al que se dirige el discurso odioso.

Como se ha puesto de manifiesto *supra*, los principios sobre los que se asienta dicha concepción tienen una clara inspiración en el liberalismo, especialmente en la versión que propuso Stuart Mill en su libro *Sobre la Libertad* (1991: 74-75), donde se delimita la intervención del Estado y de terceros respecto a la autonomía individual y se enuncia el llamado principio del *daño a terceros*: «[...] el único propósito para el que puede ejercitarse legítimamente

el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, sea físico o moral, no constituye justificación suficiente».

En esta misma línea, Dworkin (1985: 364) sostiene, a través de lo que ha dado en llamar el *derecho a la independencia moral*, que

las limitaciones a la libertad de expresión como las relativas al *hate speech*, provienen de una suerte de autoritarismo que no trataría a los ciudadanos como libres e iguales, al imponerles determinados criterios y privarles de su capacidad de decisión. La prohibición del discurso del odio permitiría al Estado, de este modo, delimitar el contenido del discurso que puede autorizarse, atribuyéndole un excesivo poder que violaría su necesaria neutralidad moral acerca de las distintas opiniones existentes en la sociedad. En otros términos, la legitimidad de las leyes contra la violencia o la discriminación pasa por dejar hablar a sus oponentes.

Pues bien, la Corte de Estrasburgo, por el contrario, entiende que, en los supuestos en que los mensajes odiosos se dirigen contra grupos vulnerables que sufren discriminación por alguna de las llamadas *categorías sospechosas*, el criterio de la *incitación* es irrelevante. Y rechaza la doctrina del *clear and present danger* norteamericana para defender que las expresiones contrarias a la igualdad y a la dignidad de los grupos minoritarios tradicionalmente discriminados son, en sí mismas, constitutivas del *discurso del odio* sin que sea necesaria una *incitación* directa a la violencia contra estos.

Siguiendo, por tanto, una corriente doctrinaria defendida, entre otros, recientemente por Waldron en su famoso y polémico libro, *The Harm in Hate Speech* (2012), la prohibición del lenguaje del odio se fundamenta en dos principios: por un lado, en la «dignidad» —que no es un «aura kantiana», sino la reputación social—; y, por otro, en el derecho de los integrantes de las minorías a ser tratados como iguales en la sociedad, pues una democracia liberal debe considerar como un bien público la integración de esos individuos que reciben un ataque directo y calculado por parte de quienes utilizan el lenguaje del odio.

Según Waldron, el *hate speech* niega la seguridad que una sociedad debe ofrecer a los miembros de minorías vulnerables y les recuerda mediante visibles símbolos de exclusión y animadversión que no gozan ni gozarán de una posición de igualdad respecto al resto de ciudadanos.

Pues bien, el estudio jurisprudencial que se ha llevado a cabo pone de manifiesto que tanto la Corte Suprema norteamericana como el TEDH, aun cuando emplean estándares hermenéuticos opuestos, con fundamentos

teóricos también contrapuestos, coinciden en que su aplicación es selectiva y pocas veces coherente, y en ello, quizá, radica la debilidad de ambos modelos.

Así, hemos visto cómo en el caso de los Estados Unidos, el modelo originario de la teoría propuesta por Holmes defendía que la restricción del derecho en juego —la libertad de expresión— solo era justificable cuando existiese un peligro «claro e inminente» de la producción de un daño sustantivo. De modo que, la «claridad» del peligro se vincula con su probabilidad estadística de producción, y la «inminencia» con la continuidad temporal entre la expresión enjuiciada y la materialización del peligro. Pues bien, hemos podido comprobar cómo cuando de cuestiones de terrorismo se trata, la Corte estadounidense no se muestra tan exigente.

Dicha laxitud en la aplicación de los criterios hermenéuticos propios también caracteriza al TEDH. En virtud de una aplicación discrecional de la doctrina del «margen de apreciación de los Estados», muchas veces la revisión europea se limita a enjuiciar que lo acaecido en el ordenamiento interno no es manifiestamente irrazonable y prescinde de optimizar la garantía de la libertad de expresión.

Ahora bien, a modo de conclusión, debemos señalar la mayor proximidad que desde aquí manifestamos con el modelo norteamericano, cuando este es aplicado con coherencia. Y ello por dos motivos: en primer lugar, porque un tratamiento unitario de todos los casos potencialmente encuadrables en una categoría general —a través de la ley penal, por ejemplo— ignoraría, desde nuestro punto de vista, matices trascendentes existentes en las diferentes tipologías de mensajes. Y, en segundo lugar, porque, restringir el ejercicio de la libertad de expresión más allá de los supuestos en los que efectivamente exista un riesgo efectivo y real de incitación a la violencia, supondría tanto como limitar *cautelariamente* tal derecho fundamental.

Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2012). Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 14 (2), 1-32.
- (2013). Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 309-341.
- (2015). Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE. UU. y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 45-86.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2008). La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. *Revista de Derecho Político*, 71-72, 19-56. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.71-72.2008.9038>

- Bustos Gisbert, R. (2015). Libertad de expresión y discurso negacionista. En M. Revenga (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 123-147). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- Carrillo, M. (2015). *Charlie Hebdo: la llibertat d'expressió. Butlletí del Col·legi d'Avocats de Barcelona*, 294, 12-13.
- Dworkin, R. (1986). *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- García Roca, J. (2002). La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 295-334.
- (2007) La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 117-143.
- (2009). Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17, CEDH). En J. García Roca y P. Santolaya (coords.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gascón Cuenca, A. (2013). La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y la protección del discurso racista. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 163-182.
- Rawls, J. (1996). *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós.
- Revenga Sánchez, M. (2015). Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante? En M. Revenga (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 15-32). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- Rosenfeld, M. (2005). El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional*, 11, 153-198.
- Post, R. C. (1990). The constitutional concept of public discourse: Outrageous opinion, democratic deliberation, and *Hustler Magazine vs. Falwell*. *Harvard Law Review*, 103, 601-672. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1341344>
- Stuart Mill, J. (1991) *Sobre la Libertad*, Madrid, Austral Universal.
- Teruel Lozano, G. M. (2015). La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Waldron, J. 2012. *The harm of hate speech*. Massachusets: Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674065086>