



FACULTAD DE DERECHO

**EUROPA Y ESTADOS UNIDOS, DOS  
FORMAS DE ENTENDER LA LIBERTAD  
DE EXPRESIÓN: EL DISCURSO DEL  
ODIO COMO LÍMITE**

Autor: Aureo Díaz-Carrasco Díaz

5º E-3 A

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

## RESUMEN

Este trabajo analiza y contrasta las posiciones jurisprudenciales sostenidas por los más altos tribunales en Estados Unidos, Europa y España – la Corte Suprema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, respectivamente – en relación a su interpretación del ejercicio de la libertad de expresión y a su correspondiente limitación ante los supuestos de “discurso del odio”. Los dos modelos con los cuales puede abordarse la problemática de estos discursos hallan a cada lado del Atlántico sus máximos exponentes: frente a una concepción individualista de la libertad de expresión que permite la defensa pública de discursos que se enfrentan a los principios democráticos que posibilitan esta libertad en Estados Unidos, el ámbito europeo entiende – con matices nacionales – que la defensa de la democracia – que la libertad de expresión contribuye a construir – obliga a limitar los discursos que amenazan los principios fundacionales de la democracia.

Analizados los dos modelos y la base filosófica y política que los sustenta, el vínculo que podemos colegir entre democracia y dignidad humana – constituyendo ambas figuras derechos humanos – conduce a la conclusión de la necesidad de proteger la primera para garantizar la segunda, de tal manera que se presenta como una respuesta más conforme con este fin la que se plantea en el ámbito europeo, señaladamente en los contextos de “democracias militantes”.

## PALABRAS CLAVE

Discurso del odio, libertad de expresión, democracia militante, dignidad humana.

## **ABSTRACT**

This paper analyses and contrasts the positions held by the High Courts in the United States, Europe and Spain – respectively, the Supreme Court, the European Court of Human Rights and the Constitutional Court – regarding its interpretation of the exercise of the freedom of speech and its corresponding limitation with respect to the “hate speech” cases. The two models applicable in order to deal with these speeches find their best examples on both shores of the Atlantic Ocean: while the United States rely on an individualistic conception of the freedom of speech that allows public statements against the democratic principles that enable such freedom, Europe believes – with some national nuances – that the defence of the democracy – strengthened by the freedom of speech – makes it necessary to restrict the speeches threatening its foundational principles.

Once analysed both two models and their correspondent philosophical and political grounds, the link that can be established between democracy and human dignity – being both concepts constituted as human rights – leads to the conclusion that it is necessary to protect the former in order to preserve the latter. Therefore, the answered delivered in the European context – remarkably in the so-called “militant democracies” – seems to be more suitable to this goal.

## **KEY WORDS**

Hate speech, freedom of speech, militant democracy, human dignity.

**ANEXO III**

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DEL TFG**

**Nombre y apellidos del alumno:**

Áureo Díaz-Carrasco Díaz

**Curso y Especialidad:** 5º E-3 A

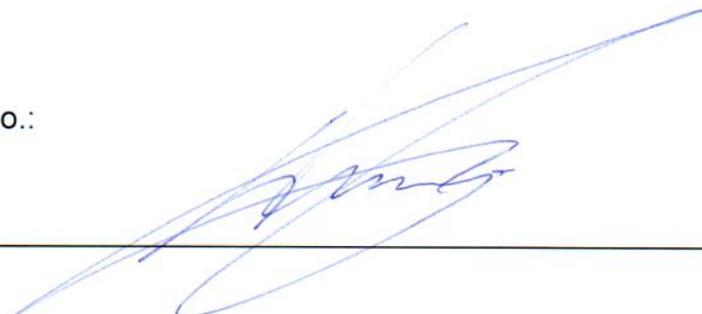
Declaro, bajo mi responsabilidad, que el Trabajo de Fin de Grado presentado con el título Europa y Estados Unidos, dos formas de entender la libertad de expresión: el discurso del odio como límite en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico 2016/2017:

1º.- Es un trabajo de mi autoría, original, inédito y no ha sido presentado con anterioridad a otros efectos.

2º.- Cumple con todos los requerimientos generales anti-plagio aplicables para la elaboración de trabajos académicos en la Universidad Pontificia Comillas y se ajusta a las buenas prácticas existentes sobre el particular.

Madrid, a 19 de abril de 2017

Fdo.:



---

## CONTENIDO

1. Introducción .....	1
2. Marco general de la libertad de expresión .....	3
2.1. La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América 5	
2.2. El artículo 10 del Convenio de Roma.....	6
2.3. El artículo 20 de la Constitución Española.....	8
3. El discurso del odio como límite a la libertad de expresión .....	10
3.1. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos ..	12
3.2. Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	14
3.3. Mención especial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	16
4. El contraste de modelos: análisis y conclusiones .....	20
5. Bibliografía .....	30

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

**STC** Sentencia del Tribunal Constitucional.

**TEDH** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde los albores de la democracia moderna, cuyos hitos fundacionales se sitúan en la Revolución Americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, la libertad de expresión se ha encontrado siempre en el núcleo de los derechos de los nuevos ciudadanos *“creados iguales, que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”*<sup>1</sup>, siendo sin duda su respeto uno de los indicadores más prominentes de la calidad democrática de una nación. De hecho, puede verificarse en su inclusión ya en las primeras declaraciones de derechos al calor de las antecitadas revoluciones, como sucede con – respectivamente – la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos – inserta en la conocida como “Bill of Rights” [“Carta de Derechos”] – o el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>2</sup>.

La limitación de la libertad de expresión siempre ha sido una de las decisiones predilectas de las derivas autoritarias de los regímenes políticos, siendo vista la ampliación de la misma como un gesto aperturista<sup>3</sup> en sentido inverso. Es por todo ello que las limitaciones planteadas a la libertad de expresión siempre han estado envueltas en polémica y no exentas de un cierto halo de sospecha en relación a las intenciones últimas de los promotores de las mismas.

En este sentido, continúa siendo un debate plenamente vigente la idoneidad y oportunidad de poner coto a discursos abiertamente contrarios a determinados colectivos y comunidades hasta el punto de suponer una amenaza a su pervivencia de llevarse a efecto, discursos englobados de manera genérica bajo la rúbrica de “discurso del odio”. La respuesta a este tipo de discursos desde las instituciones políticas y judiciales no es uniforme en las democracias avanzadas pese a la nula novedad de este problema.

---

<sup>1</sup> Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, firmada en el Segundo Congreso Continental de Filadelfia el 4 de julio de 1776.

<sup>2</sup> Ambos textos serán ampliamente referidos a lo largo de este trabajo.

<sup>3</sup> No podemos dejar de recordar aquí la famosa Ley de Prensa impulsada por el entonces Ministro de Información y Turismo, Manuel Fraga Iribarne, en los estertores del régimen franquista.

Dado este contexto y sin querer avanzar en mayores consideraciones en este momento inicial, el objetivo de este trabajo es contrastar y comparar las perspectivas que sostienen Europa y Estados Unidos en este aspecto, verbalizadas en sus normas supremas -el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>4</sup> y la Constitución respectivamente- y en la jurisprudencia de sus más altos tribunales -el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup> y la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>6</sup> respectivamente-. Asimismo, serán efectuadas reseñas al estado de la cuestión en España -que, aunque vinculada por la jurisprudencia del TEDH, tiene matices que merece la pena estudiar específicamente-, analizando también el marco legal que ofrece nuestra Constitución y la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional.

---

<sup>4</sup> “Convenio de Roma” de ahora en adelante.

<sup>5</sup> “TEDH” o “Tribunal de Estrasburgo” de ahora en adelante.

<sup>6</sup> “Corte Suprema” de ahora en adelante.

## 2. MARCO GENERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión se recoge en las cartas de derechos desde el nacimiento de las mismas al albor de las revoluciones liberales que tuvieron lugar en Estados Unidos en 1776 y en Francia en 1789, siendo sin ningún género de duda un “derecho de primera generación” en la clasificación propuesta por Karel Vasak<sup>7</sup>. Siguiendo a Pérez Luño<sup>8</sup>, es un derecho identificado con el valor de la libertad -identificándose la segunda generación con la igualdad y la tercera con la solidaridad-.

La libertad de expresión es el corazón de la democracia, “*sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, [...] sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular*”, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 6/1981<sup>9</sup>. Por lo tanto, la dimensión objetiva -entendida de acuerdo con el “padre” de la Constitución Gregorio Peces-Barba como “*las ventajas adicionales para el conjunto de los hombres y también para la sociedad y para el Estado*”<sup>10</sup> más allá de los propios beneficios y cargas individuales, que serán la dimensión subjetiva- de la libertad de expresión es la articulación de una sociedad democrática, podría afirmarse resueltamente que sin libertad de expresión no existe verdadera democracia.

Asimismo, la dimensión subjetiva de la libertad de expresión guarda relación con la posibilidad de verbalizar las convicciones internas sin ser represaliado por ellas, ya sean las más profundas o las más banales: es por ello que está estrechamente relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la expresión de nuestras opiniones es uno de los rasgos más característicos de toda persona. Yendo más allá, siguiendo a Ronald Dworkin,

---

<sup>7</sup> La clasificación de los derechos que realiza Karel Vasak distingue entre los derechos de primera generación, de corte civil y político -estaríamos ante un Estado liberal, con obligaciones de permitir y no hacer-; los derechos de segunda generación, de orientación socioeconómica -constituidos en el marco del Estado social, con obligaciones de intervención-; y los derechos de tercera generación, vinculados a la protección del medio ambiente, a la paz o al desarrollo de la sociedad de la información. Es más, ya existen autores que hablan de una cuarta generación, vinculada a la biotecnología e Internet.

<sup>8</sup> Pérez Luño, A. E. (1991). *Las generaciones de derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, (10), 203-217.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico tercero. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 89, de 14 de abril de 1981.

<sup>10</sup> Peces-Barba Martínez, G. (1987). *Derechos fundamentales*, p.2

el derecho a la libertad de expresión “*deriva de la idea de la dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato que no desmerezca esa dignidad*”<sup>11</sup>.

Con estos fundamentos, se nos presenta como una evidencia la absoluta esencialidad de la libertad de expresión para la propia condición humana: es la vía que tenemos para verbalizar la racionalidad que nos hace ser humanos, en tanto que solo con la garantía de la interdicción de la represión las opiniones expresadas son realmente libres, auténticas y constructoras de una sociedad plural.

Por otro lado, la convivencia pacífica en el marco de una sociedad plural es lo que define a la democracia en sentido estricto, más allá de la reduccionista definición de “gobierno del pueblo”, que en absoluto explica el funcionamiento de la sociedad que decide aceptar el gobierno de los representantes de una mayoría de ciudadanos, siempre con respeto a las minorías.

Sin lugar a dudas, es la pluralidad de una sociedad la que pone a prueba a cualquier democracia: de la asunción, respeto e incorporación de la misma resultarán sociedades que han interiorizado la democracia<sup>12</sup> y los valores que ella representa. Hasta tal punto llega la convicción de que crear marcos de libre transmisión de las ideas y pensamientos es el armazón de la democracia que sigue gozando de gran popularidad una frase atribuida por el imaginario colectivo a Voltaire<sup>13</sup> en la que decía: “[e]stoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”.

Esta frase, que debemos entender desde la óptica del idealismo, rezuma el espíritu de los valores democráticos que la defensa de la libertad de expresión representa, si bien cabe formular matizaciones. Como todo derecho, la libertad de expresión tiene un límite claro en el respecto a los derechos del resto de ciudadanos y de la ciudadanía en su conjunto: es una perversión de la libertad de expresión emplear la dignidad humana que confiere en lacerar la de otra persona o emplear la plataforma democrática que le da

---

<sup>11</sup> Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (Vol. 8). Barcelona: Ariel, p 295. Esta idea también es recogida en Solozábal Echevarría, J.J. (1991), *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional (núm. 32), 73-113.

<sup>12</sup> En este sentido, la ola de populismos xenófobos que se vive en países como Estados Unidos, Reino Unido, Francia o Países Bajos evidencia cómo se están viendo amenazados los valores democráticos en países que no solo han sido pioneros, sino espejos y exportadores, en la democracia moderna.

<sup>13</sup> Parece ser que aparece en una biografía suya escrita por Evelyn Beatrice Hall. Sea como fuere, el poder y la resonancia de la cita son innegables.

cabida para destruirla. En esta frontera descansa la doctrina del “discurso del odio” de la que versa este trabajo y que desarrollaremos más adelante.

Hoy en día, cuando la pluralidad de las sociedades avanzadas a la que hacía referencia está conociendo límites insospechados a causa de la interconexión de los pueblos y naciones de La Tierra en el contexto de la globalización y de la revolución tecnológica, nos encontramos ante debates y tensiones en el seno de las sociedades nacionales que pocas veces habíamos visto antes: nunca antes habían fluido las ideas tan rápida, eficaz y fácilmente. Esto, que en abstracto es una virtud innegable para el mayor y mejor desarrollo de la Humanidad, genera una multitud de conflictos -aún no siempre bien resueltos- que se derivan de usos inadecuados de las nuevas herramientas de comunicación. Uno de estos conflictos es precisamente la difusión del discurso del odio, el cual, sin ser nuevo, está encontrando en estas nuevas vías de comunicación nuevas formas de hacer llegar sus proclamas.

En definitiva y como corolario a lo anterior, puede afirmarse que la libertad de expresión es una derivación indefectible de la dignidad humana y de la sociedad democrática.

## **2.1. La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América**

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, inserta dentro de la conocida como “Carta de Derechos” (“*Bill of Rights*”, nombre con el que se conoce al conjunto de las diez primeras enmiendas constitucionales), entra en vigor el 15 de diciembre de 1791 -tan solo cuatro años después de la redacción del texto constitucional- con el siguiente texto<sup>14</sup>:

---

<sup>14</sup> Traducción oficial proporcionada por los Archivos Nacionales, el texto original en inglés es el que sigue: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”.

El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.

Como puede observarse, es una prescripción legal en absoluta armonía con el espíritu de la Revolución Americana y sus principios liberales: el texto recoge una obligación al Estado -o, mejor dicho, a su poder legislativo- de no hacer, sin duda nos encontramos en el contexto de un Estado liberal del cual los Padres Fundadores solo desean que sea un garante de un marco de convivencia pacífica y en libertad, un Estado “abstencionista” que deje hacer a los individuos. En este punto no está de más citar a John Locke como fuente de inspiración ideológica<sup>15</sup> de los Padres Fundadores, el cual ya dice en su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (1689) que los poderes públicos no pueden ir más allá de las exigencias del bien común, que la razón esencial de la vida en sociedad -con la consecuente cesión de libertad y soberanía- es “*la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad*”<sup>16</sup>.

Por tanto, queda claro que estamos en el contexto de un Estado mínimo que debe dedicarse a garantizar la seguridad de las libertades y las propiedades e impartir justicia, este es el núcleo del contrato social que justifica esta redacción.

## 2.2. El artículo 10 del Convenio de Roma

El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio de Roma, fue firmado el 4 de noviembre de 1950, si bien no entraría en vigor en España hasta el 4 de octubre de 1979. Este Convenio garantiza la protección de la carta de derechos que en él se recoge a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre los cuales se halla la libertad de expresión en su artículo 10 con la redacción que sigue:

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

---

<sup>15</sup> Esta influencia se hace notar especialmente en la opción por la separación de poderes, el imperio de la Ley -*Rule of Law*-, la democracia representativa y el rechazo frontal a la monarquía absoluta.

<sup>16</sup> “Propiedad” en el sentido amplio que John Locke le concede en la propia obra a esta palabra, consistente en el compendio de la vida, la libertad y las posesiones.

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.

A primera vista, destaca la longitud de este precepto legal en contraste con la parquedad de la Primera Enmienda estadounidense, lo cual no es óbice para que esta última recoja hasta cinco derechos fundamentales -libertad religiosa, de expresión, de prensa, de reunión y de petición- en menos de cincuenta palabras.

Naturalmente, esto tiene como consecuencia lógica un mayor grado de detalle regulatorio en el articulado del Convenio de Roma, que al igual que lo que comentábamos antes en el caso de la Primera Enmienda, también es tributario de su tiempo. Nos encontramos en un contexto en el que el Estado ha visto ampliado su papel y es considerado como un agente cuya actuación es imprescindible en la consecución de los objetivos de una convivencia social pacífica y el bienestar de sus ciudadanos. Asimismo, las históricas dificultades que presentan los acuerdos internacionales por el esfuerzo de encaje de diversas culturas jurídicas -y me atrevo a decir democráticas<sup>17</sup>- han contribuido sin duda a la mayor profusión de este artículo.

Es muy interesante observar cómo la formulación del derecho a la libertad de expresión se produce inicialmente en términos positivos, para luego dar cabida a ciertas restricciones: podríamos entender que verdaderamente se reconoce un derecho de las personas, de la redacción “en negativo” de la Primera Enmienda podría deducirse más un deber -de no hacer- del Estado.

No obstante, esta discrepancia en la redacción no obedece exclusivamente al momento de aprobación de los dos documentos: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 -promulgada en el contexto de la Revolución Francesa- reconoce en su artículo 11 que “[l]a libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los

---

<sup>17</sup> En el Consejo de Europa -cuyos miembros son los firmantes del Convenio de Roma- conviven democracias con la tradición de la británica o la francesa y países con tendencias autoritarias, como Rusia o Turquía.

*derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley*<sup>18</sup>”. Permítaseme la digresión para destacar la enorme importancia histórica de esta Declaración -aún vigente en la actualidad en Francia-, espejo de todas las declaraciones de derechos posteriores a ellas y a cuyo contenido volveremos a aludir más adelante. Por el momento, me gustaría mencionar -de manera complementaria al antecitado artículo 11- el artículo 4 de la misma, el cual constituye un límite genérico a las libertades y que es del siguiente tenor:

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley<sup>19</sup>.

Sin lugar a dudas, esta formulación tan concisa y enjundiosa goza de plena vigencia, veremos cómo está presente en la formulación doctrinal del discurso del odio y en las conclusiones que serán desarrolladas más adelante en este trabajo.

### **2.3. El artículo 20 de la Constitución Española**

Como no podía ser de otro modo, la Constitución Española de 1978, aprobada por el pueblo español en referéndum el 6 de diciembre de dicho año, también recoge en su artículo 20 el derecho a la libertad de expresión -junto con la libertad de información- con el siguiente articulado:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

---

<sup>18</sup> Traducción al castellano proporcionada por el Consejo Constitucional francés, su redacción original es la que sigue: *“La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi”*.

<sup>19</sup> Traducción al castellano proporcionada por el Consejo Constitucional francés, su redacción original es la siguiente: *“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi”*.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Puede apreciarse a simple vista que la redacción que presenta es la más farragosa de las que hemos analizado, hecho sin duda atribuible a los difíciles consensos que se hubieron de concitar para poner en marcha la democracia en España.

Como puede leerse, especifica hasta cuatro ámbitos de la libertad de expresión, para luego realizar ciertas acotaciones –no siempre restricciones, el punto 2 se debe al contexto de salida reciente de una dictadura de cuarenta años del que se venía-. Como en el caso del Convenio de Roma, la formulación del derecho es positiva, se reconoce como algo inherente a todos los seres humanos, para a continuación matizar sus ámbitos de aplicación, con remisión legal en algunos casos.

Asimismo, en una precisión que me parece interesante, se establecen como límites a la libertad de expresión los derechos fundamentales de los demás ciudadanos, en línea con lo establecido en el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano al que aludía con anterioridad, sin duda una influencia directa en nuestra democracia y en el conjunto de ellas.

### 3. EL DISCURSO DEL ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Que la libertad de expresión sea una derivación indefectible de la dignidad humana y el fundamento de la sociedad democrática no implica que sea un derecho de carácter absoluto desprovisto de límites, tal y como puede deducirse del principio según el cual las libertades tienen como límite el respeto a los derechos de los demás, presente tanto en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano como en el Convenio de Roma -de manera algo más sucinta- y en la Constitución Española.

Dentro de dicho límite general, una de las categorías más claras de dicho límite es la denominada como “discurso del odio”, que constituye el centro del análisis de este trabajo.

La definición de discurso del odio ya plantea ciertas dificultades, si bien podríamos definirlo de acuerdo con lo que plantea Germán Teruel<sup>20</sup>, siguiendo al Consejo de Europa, como el conjunto de expresiones “*que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia*”<sup>21</sup>, siendo necesario separarlo de la figura afín del negacionismo, discurso que rechaza la existencia de ciertos crímenes -señaladamente el Holocausto perpetrado por los nazis- pero sin que de ello se derive necesariamente un componente de odio<sup>22</sup>. Esta última cuestión del negacionismo es de hecho más polémica, el profesor de las Universidades de Virginia y Harvard Frederick Schauer sí admite la posibilidad de que este discurso se englobe dentro del discurso del odio<sup>23</sup>, coincidiendo en términos generales con la definición del Consejo de Europa. Específicamente, Schauer habla del discurso del odio como un “paraguas común” en el que se recogen las expresiones prohibidas por su contribución a la intolerancia por razones racistas, religiosas o xenófobas, alude incluso específicamente a cuestiones de género y de orientación sexual.

---

<sup>20</sup> Teruel Lozano, G. M. (2015). La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal, p.6.

<sup>21</sup> Recomendación n° R (97) 20 del Consejo de Europa sobre discurso del odio de 30 de octubre de 1997.

<sup>22</sup> No nos engañemos, enmascarar, obviar, negar u ocultar las atrocidades impulsadas por ciertos discursos es el primer paso para legitimarlos y poder difundirlos y ponerlos en práctica con mayor reconocimiento y apoyo social.

<sup>23</sup> Schauer, F. (2005). *The Exceptional First Amendment*, p.5.

En resumidas cuentas, podemos observar que el discurso del odio está formado por un abanico de diversas fobias con un mismo denominador común, consistente en servirse de los instrumentos de libre difusión de las ideas que toda democracia proporciona -como vengo diciendo, democracia y libertad de expresión son dos ideas que constituyen una tautología en la práctica- para vulnerar la dignidad -e incluso, en los casos más graves, pregonar el exterminio- de determinados colectivos.

La permisividad con este tipo de discursos -sostenidas desde ciertas posiciones libertarias- suponen una amenaza para la integridad moral<sup>24</sup> e incluso física de los colectivos odiados, es por ello que las sociedades democráticas entienden -con los matices que estudiaremos- que estos discursos no deben ser tolerados, debiendo controlarlos y perseguirlos. Tanto es así que la propugnación y difusión de discursos del odio llega a tipificarse como delito de odio: sin ir más lejos, la motivación del odio en la comisión del delito es una circunstancia agravante en nuestro Código Penal vigente en su artículo 22.4<sup>25</sup>, y el artículo 510 del mismo texto legal y siguientes recogen delitos en los cuales las acciones típicas son – entre otras muchas<sup>26</sup> – públicamente promover, incitar o fomentar *“directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”*<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Sentirse ofendido no es un menoscabo a la integridad moral; hablamos de ataques a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos fundamentales. Desarrollaré este extremo en las conclusiones y a raíz de las matizaciones que efectúan los diversos altos tribunales cuya jurisprudencia será analizada.

<sup>25</sup> El tenor literal del precepto legal es el siguiente: *“Son circunstancias agravantes: [...]Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”*.

<sup>26</sup> Este artículo se ha visto alargado de manera superlativa en la nueva redacción que se hizo de este artículo en el año 2015, cuando se incorporaron a la reforma del Código Penal que se venía debatiendo anteriormente las aportaciones del Pacto Antiyihadista que firmaron el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español en febrero de 2015 a raíz del atentado que se produjo contra la sede del semanario satírico francés *Charlie Hebdo*. Sin entrar a valorar el contenido de la nueva redacción, sí creo que este artículo es un buen ejemplo de la deficiente técnica legislativa producto de legislar “a golpe de informativo”.

<sup>27</sup> Apartado primero del artículo 510 del Código Penal, en su nueva redacción vigente desde el 1 de julio de 2015.

Sin lugar a dudas, el establecimiento del discurso del odio como límite a la libertad de expresión es uno de esos ejemplos en los cuales las reglas deben someterse a un límite contrario a su espíritu en abstracto con el contenido de garantizar su virtualidad práctica, exactamente igual que ocurre con las intervenciones que las autoridades realizan en el libre mercado a través de las leyes *antimonopolio* con el fin de garantizar la libre competencia<sup>28</sup> o con el sostenimiento de unas Fuerzas Armadas para preservar la paz.

Sobre si esto es una paradoja o no trataremos en las conclusiones, por ahora procederemos a analizar los límites que la jurisprudencia los altos tribunales estadounidenses y europeos fijan a la libertad de expresión para proscribir el discurso del odio de nuestro marco de convivencia.

### 3.1. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos al respecto del discurso del odio es tan vasta como los más de dos siglos de vigencia de la Primera Enmienda de su Constitución, con una historia que se corresponde en buena medida con la del propio país. Como es lógico, el análisis de la jurisprudencia se centrará en los principios rectores de la Corte Suprema en estos casos en la actualidad, sin que sea pertinente ni necesario realizar un análisis de la evolución histórica.

Para Frederick Schauer, el caso del discurso del odio es uno de los ejemplos del excepcionalismo estadounidense en relación con la interpretación y alcance que la Corte Suprema realiza del derecho a la libertad de expresión con respecto al de otras democracias occidentales homologables<sup>29</sup>. Expone que existe un amplio consenso a nivel

---

<sup>28</sup> Con mayor o menor grado de inclinación hacia la doctrina del *laissez faire*, en el grado de máximo fervor hacia esta doctrina no podemos olvidar el tránsito del Presidente George W. Bush a la doctrina del “*too big to fail*” para promover masivos rescates bancarios en el final de su mandato.

<sup>29</sup> Preliminarmente y a título ejemplificativo, merece la pena recordar por llamativo el caso del Partido Nacionalista de Estados Unidos contra la Villa de Skokie, acaecido en 1977, en el cual se protegió su derecho a la manifestación por un pueblo en el cual había una alta presencia de víctimas y familiares de víctimas del Holocausto. Por encima de todo, resulta curioso que los nazis estadounidenses estuvieran representados en este caso por la *American Civil Liberties Union (ACLU)*, una reputada organización de defensa de los derechos civiles que en nada concuerda con el ideario de este grupo, en un ejemplo de

internacional -exceptuando lo que ocurre en Estados Unidos- según el cual ante las expresiones de odio los principios de la libertad de expresión quedan invalidados o ignorados, quedando así fuera de su ámbito de protección y siendo perseguidas<sup>30</sup>.

En Estados Unidos, no se entiende que las manifestaciones de odio deban ser perseguidas con carácter general: la visión estadounidense es que no existen manifestaciones amparadas por la libertad de expresión y otras que no, se entiende que la Primera Enmienda reconoce el derecho de todos los ciudadanos a expresar lo que piensan sin que se pueda ver restringido, entendiendo así toda delimitación del discurso del odio como un juicio de valor contrario al espíritu de la propia Primera Enmienda. En este sentido, podríamos entender que la jurisprudencia estadounidense valora la libertad de expresión como un derecho absoluto frente a un gobierno que pueda eventualmente verse tentado de restringirla: para evitar desmanes, se opta por admitir toda variedad de discursos con el precio que eso conlleva.

En este sentido, uno de los casos señeros de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es de *Brandenburg contra Ohio* (1969)<sup>31</sup>, en el cual se afirma que no cabe la prohibición de los discursos que promuevan el uso de la fuerza o la desobediencia -o vulneración- de las leyes salvo cuando estos induzcan o se dirijan a producir “*acciones inminentes contra la ley*”<sup>32</sup>. En otras palabras, la libertad de expresión queda limitada no por su contenido, sino por la eventual incitación directa e inminente a la violencia u otras acciones subversivas contra el ordenamiento jurídico.

---

coherencia llevada al extremo y explicada por una concepción de la libertad de expresión particular más propia de Estados Unidos y que será puesta en contraste tras estos análisis jurisprudenciales.

<sup>30</sup> No obstante, como es natural, concurren matices en los distintos Estados, que Schauer explicita analizando conductas dentro y fuera de la legalidad: en Alemania o en Israel el Partido Nazi y su simbología son ilegales; en estos países y en otros como Francia o Canadá el negacionismo es un delito; y en los países escandinavos y en la propia España la incitación al odio es un delito.

<sup>31</sup> Los hechos de este caso versan sobre la condena a un líder local del Ku Klux Klan tras sus declaraciones en un acto de esta organización supremacista, en un momento en el que el debate racial en Estados Unidos era de una dimensión enorme incluso teniendo en cuenta la continua presencia del asunto en esa sociedad: en el momento de producirse estas declaraciones, en 1964, hacía un año desde que Martin Luther King liderara la Marcha sobre Washington y desde la pública y popular oposición del Gobernador de Alabama —“*segregación hoy, segregación mañana, segregación siempre*” (sic)- a la entrada de tres estudiantes afroamericanos a la Universidad; y solo diez desde el histórico pronunciamiento de la Corte Suprema de *Brown contra la Junta de Educación de Topeka*, por el cual se declaraba inconstitucional la segregación racial en las escuelas públicas.

<sup>32</sup> “*Imminent lawless actions*” en palabras literales de la Corte Suprema. El razonamiento original completo es el que sigue: “[T]he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.”

Como complemento a lo anterior, la Corte Suprema afirma en el caso de *Estados Unidos contra Eichman* (1990) que es una “*pedra angular*” de la Primera Enmienda que “*el Gobierno no prohibirá la expresión de cualquier idea simplemente porque la sociedad la encuentre ofensiva o desagradable*”<sup>33</sup>, por mucho que goce de un amplio respaldo popular<sup>34</sup>.

### 3.2. Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo relativo a la interpretación y alcance del artículo 10 del Convenio de Roma siempre presta atención no solo a lo dispuesto en este artículo, que reconoce el derecho a la libertad de expresión con las restricciones y consideraciones señaladas en el punto 2.2 de este trabajo, sino al límite general del abuso del derecho que establece el artículo 17 del mismo texto, el cual se predica de todos los derechos reconocidos en el mismo. Así las cosas, este artículo 17 impide la interpretación de los derechos reconocidos en el propio convenio de tal manera que quepa amparar actos o actividades “*tendente[s] a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio*”.<sup>35</sup>

Sin lugar a dudas, la presencia de este artículo 17 -que sigue la línea histórica de lo que plantea el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano al que aludía anteriormente- define la línea jurisprudencial de este Tribunal y marca una clara diferencia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que niega un concepto

---

<sup>33</sup> Traducción aproximada del siguiente pasaje literal de la Sentencia: “*If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the Government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable*”.

<sup>34</sup> En el caso de autos se declara nula por contraria a la libertad de expresión una ley federal que perseguía la profanación de la bandera estadounidense. A modo de anécdota y como ejemplo del contraste de modelos, el artículo 543 de nuestro Código Penal sí que persigue esta profanación, al castigar “[l]as ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad”.

<sup>35</sup> Artículo 17 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

de “democracia militante” que, a través de este artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí maneja de manera implícita<sup>36</sup>.

Entre las más recientes sentencias que por cuyo interés serán objeto de análisis, se encuentran los asuntos de Féret contra Bélgica<sup>37</sup> y de Otegi contra España<sup>38</sup>, los cuales - en consonancia con la línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo- subrayan la necesidad de interpretar de manera restrictiva las limitaciones que se impongan a la libertad de expresión, que además habrán de ser mínimas y justificadas en el bien superior de proteger la dignidad de las personas y la garantía de una sociedad democrática<sup>39</sup>.

Reviste especial interés en la jurisprudencia de este Tribunal -y en estos casos en concreto- el tratamiento diferencial que se reconoce en el ámbito de protección de la libertad de expresión a representantes políticos, tanto en el caso de las opiniones que profieren – en esta línea, manifiesta el Tribunal que “*el artículo 10.2 [del Convenio de Roma] apenas deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político*”<sup>40</sup>”, incluso nuestra Constitución recoge en su artículo 71.1 la inviolabilidad de diputados y senadores “*por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*” – como de las opiniones que se vierten sobre ellos: en este sentido, el TEDH entiende que la proyección pública de los mismos y su sometimiento al escrutinio

---

<sup>36</sup> Aquí Germán Teruel [obra referida en la nota 20, páginas 10 y 11] afirma que es precisamente la presencia de este artículo 17 la que explica las diferentes perspectivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, además de atribuir la no inclusión de esta idea en nuestra Constitución responde a razones de contexto histórico. ¿Hasta qué punto esta idea no subyace en la limitación de orden público que recoge el artículo 16.1 de la Constitución y en el límite impuesto a la libertad de expresión en el respeto a los derechos recogidos en el Título I que contempla el artículo 20.4 - también de la Constitución-?

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009, en la que se avala la condena al político Daniel Féret, del ultraderechista Frente Nacional de Bélgica, por la incitación pública del odio y de la violencia que realizó a través de la difusión de unos panfletos en una campaña electoral.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2011, en la que se aborda un recurso presentado por Arnaldo Otegi al condenársele por injurias al Rey al declarar que Juan Carlos I era “*responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo [el vasco] mediante la tortura y la violencia*”.

<sup>39</sup> Así se pronuncia la Sentencia de Féret contra Bélgica en su párrafo 64, del que se hace eco la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 – que se mencionará en el apartado siguiente – en su Fundamento Jurídico segundo, apartado c): “[l]a 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”.

<sup>40</sup> Otegi contra España, párrafo 50.

público les obliga a tener una mayor tolerancia con las críticas, siempre con respeto a su reputación.

Para el Tribunal de Estrasburgo, el elemento diferenciador del discurso del odio es la incitación a la violencia, de la cual declara que es un “*elemento esencial*”<sup>41</sup>, aunque si bien esta no ha de ser de manera estrictamente explícita y directa: en este sentido, se admiten como incitadores al odio -entendido como una forma de violencia- los discursos racistas y xenófobos, si bien la razón de su incorporación al concepto de “discurso del odio” se produce desde la admisión legítima que realiza el Convenio de Roma de ciertas – las mínimas posibles, aclara el Tribunal de Estrasburgo – restricciones a la libertad de expresión en su artículo 10.2, no en aplicación del artículo 17 sobre la prohibición del abuso de derecho: en el caso de Féret contra Bélgica (párrafos 81 y 82), la *ratio decidendi* de la admisibilidad de la condena por la difusión de ideas xenófobas en octavillas radica en el hecho de que constituye una limitación en el ejercicio de la libertad de expresión “*necesaria en una sociedad democrática*”, pero “*no justifica la aplicación del artículo 17 del Convenio*”<sup>42</sup>.

Como corolario, podemos afirmar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión y por tanto sujeto a limitación aquellos discursos dirigidos contra un determinado colectivo por la circunstancia personal o social que presentan en común y que supongan una amenaza real en términos de violencia, discriminación o menoscabo de su dignidad.

### 3.3. Mención especial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación a la interpretación y alcance del artículo 20 de la Constitución es profusa, recogiendo lógicamente supuestos

---

<sup>41</sup> Literalmente en Otegi contra España, párrafo 54; subyace esta idea en Féret contra Bélgica, párrafo 73 -aunque aquí admite que dicha incitación no sea de manera directa- y en Sürek contra Turquía (I), párrafos 62 y 63.

<sup>42</sup> Este pronunciamiento judicial situaría la fundamentación del Consejo de Europa como una “democracia militante” fuera del artículo 17 del Convenio, tal y como afirma Germán Teruel, y abriría la puerta a la adopción del mismo por el Tribunal Constitucional en interpretación del artículo 20.4 de la Constitución.

relativos al encaje de las manifestaciones del discurso del odio en nuestro marco constitucional, con ejemplos tan recientes como la Sentencias 112/2016, de 20 de junio<sup>43</sup>, y 177/2015, de 22 de julio<sup>44</sup>; las cuales continúan con la línea jurisprudencial que este Tribunal lleva sosteniendo desde Sentencias tan iniciales en el trabajo del Tribunal Constitucional como la 6/1981, de 16 de marzo.

Sin lugar a dudas, la historia reciente de España en determinadas manifestaciones de odio como las protagonizadas por el terrorismo de ETA han condicionado en cierta medida la respuesta que nuestro intérprete de la Constitución realiza, no estando las apreciaciones que realiza exentas de polémica<sup>45</sup>.

En términos generales, el Tribunal Constitucional exige para amparar la constitucionalidad de la limitación de la libertad de expresión fundada en el discurso del odio de determinados actos comunicativos que estos se dirijan contra una generalidad de ciudadanos o contra un grupo por el hecho de compartir una circunstancia personal o social, siendo esta circunstancia diferenciadora -sea raza, religión, orientación sexual o cualquier otra- el hecho fundante del acto comunicativo contra ellos -o bien estemos hablando de un discurso justificativo de actos en este sentido-. Asimismo, también exige que esta expresión de odio lleve aparejada una incitación a la violencia, si bien en este criterio la jurisprudencia española ha sido vacilante y no suficientemente justificada, tal y como asegura el Magistrado Juan Antonio Xiol en sus votos particulares en las Sentencias 177/2015 y 112/2016 anteriormente mencionadas.

Si bien la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo tiende a exigir una incitación directa a la violencia como requisito, en el caso de nuestro Tribunal Constitucional se

---

<sup>43</sup> Esta sentencia aborda un recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012, en la cual se produce una condena por enaltecimiento del terrorismo ante las proclamas y homenajes del acusado a favor del terrorista de ETA “Argala” en un acto de conmemoración de su figura con ocasión del trigésimo aniversario de su muerte.

<sup>44</sup> Esta sentencia aborda un recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2008, en la cual se confirma la condena por el delito de injurias a la Corona a los acusados por la quema pública del retrato de los por aquel entonces Reyes de España, comprendiendo esta acción como incitativa al odio.

<sup>45</sup> Más allá de la controversia en la opinión pública -que a efectos de este trabajo poco interesa, es algo notorio por la sensibilidad política de la cuestión-, esta afirmación se evidencia en el hecho de que las Sentencias del Tribunal Constitucional recientes concernientes al discurso del odio presentan una cantidad considerable de votos particulares: a título ejemplificativo, la STC 235/2007 -sobre la inconstitucionalidad del delito de difusión del negacionismo, declarada en este famoso caso de la “Librería Europa”- cuenta con cuatro votos particulares, la STC 177/2015 -ver nota 44- con tres sustentados por cuatro magistrados y la STC 112/2016 -ver nota 43- con uno.

menciona como criterio para la inclusión en el ámbito del discurso del odio la “*incitación indirecta a la violencia*”<sup>46</sup>, incluso en ocasiones el entendimiento de esta incitación a la violencia con el objetivo de calificar una conducta como merecedora del reproche penal por constituir discurso del odio es un tanto difusa<sup>47</sup>.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí es consistente en afirmar que la mera formulación de discursos de rechazo a ciertos grupos o ideas no es suficiente para que estos queden enmarcados en la categoría de discurso del odio: para este Tribunal, nuestro ordenamiento jurídico no exige una “*adhesión positiva*” al marco constitucional y a sus valores, de tal manera que admite una radical discrepancia de los principios más básicos de nuestro ordenamiento siempre y cuando esta no implique la amenaza -¿directa o indirecta?- a la dignidad e integridad de otros ciudadanos; esto es lo que el Tribunal Constitucional afirma cuando sentencia que “*en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de democracia militante*”. De este modo, este Tribunal nunca verá en la mera adhesión ideológica un factor limitativo del derecho a la libertad de expresión por constituir una muestra de discurso del odio, ni tan siquiera por la simple expresión de dicha ideología, es necesario un componente de incitación a la violencia.

Sin lugar a dudas, el entendimiento del concepto de “*democracia militante*” y la cabida que se le conceda en un sistema jurídico determinado es clave a la hora de delimitar la frontera de la libertad de expresión con el terreno “*vedado*” del discurso del odio, y es por ello que merece una reflexión detallada en el apartado de conclusiones.

Como es natural y de acuerdo con lo que venimos destacando a lo largo de todo el trabajo, las causas de limitación del derecho a la libertad de expresión amparadas en cualquier motivo -singularmente del discurso del odio, objeto de nuestro análisis- son extraordinariamente tasadas por el papel de “*uno de los pilares de una sociedad libre y democrática*” de este derecho, en dicción literal y reiterada de nuestra jurisprudencia constitucional<sup>48</sup>. En este sentido, y por supuesto teniendo en cuenta la necesaria

---

<sup>46</sup> Así se recoge en el Fundamento Jurídico tercero de la STC 112/2016, haciéndose eco de lo enunciado en la STC 235/2007 en su Fundamento Jurídico noveno.

<sup>47</sup> Honestamente, necesitaría una explicación algo más detallada de a partir de qué punto la quema de un retrato de los Reyes deja de ser una expresión simbólica y provocativa de rechazo para convertirse en una incitación a la violencia.

<sup>48</sup> Se hace eco de esta expresión la citada STC 112/2016, aludiendo asimismo a las SSTC 6/1981, 12/1982 y 177/2015.

proporcionalidad en toda limitación de derechos fundamentales<sup>49</sup>, el Tribunal Constitucional va a valorar *“si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”*<sup>50</sup>, lo cual entronca con la idea central de su jurisprudencia, según la cual no se va a exigir una adhesión ideológica a los principios y valores constitucionales y de nuestro ordenamiento jurídico pero sí se va a perseguir aquella proclama que induzca a la violencia contra ciertos grupos. En estas palabras del Tribunal Constitucional podemos apreciar una cierta contradicción, ya que ellos mismos afirman que se persiguen estas manifestaciones por ser incompatibles con los valores democráticos a la vez que se niega la mínima necesidad de adhesión a los principios del ordenamiento jurídico. Cuestión esta muy interesante que, como decía previamente, será abordada en las conclusiones.

Como conclusión, y respaldado en lo que expone Germán Teruel a partir de lo que establecen las Sentencias del Tribunal Constitucional 214/1991, 76/1995 y 235/2007, nuestro Tribunal Constitucional ampara los discursos racistas y negacionistas, ampara todo aquel discurso que no conlleve una incitación a la violencia contra la integridad física y moral de otras personas, fundándose para ello en el principio de mínima restricción del derecho a la libertad de expresión por la esencialidad del mismo para la construcción de una sociedad plural y democrática y en la no exigencia de nuestro ordenamiento jurídico de la observancia del seguimiento de sus principios fundamentales.

---

<sup>49</sup> Aquí es oportuno recordar el triple test de proporcionalidad que maneja el Tribunal de Estrasburgo: juicio de adecuación, juicio de indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>50</sup> Palabras recogidas en el Fundamento Jurídico cuarto de la STC 177/2015 y reproducidas por la STC 112/2016 en su Fundamento Jurídico segundo.

#### 4. EL CONTRASTE DE MODELOS: ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Una vez analizadas las doctrinas jurisprudenciales de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, podemos observar con nitidez que las mismas presentan notables divergencias que sin duda encajan con los conceptos democráticos fundacionales de los sistemas constitucionales de los cuales se erigen estos Tribunales en máximos intérpretes.

No es de extrañar que la concepción abstencionista que los Padres Fundadores tenían del Gobierno para su país –y que sin duda sigue muy presente en la sociedad– conduzca a la Corte Suprema a interpretar la libertad de expresión con unos márgenes comparativamente amplios, en una doctrina que tiene la virtud de proteger a sus ciudadanos frente a tendencias restrictivas de esta libertad por parte de los otros poderes del Estado pero que tiene como “efecto secundario” el abrigo a discursos que son una amenaza para la propia democracia que los ampara.

Rescatando el concepto de “democracia militante” que maneja el Tribunal Constitucional y que resulta de lo más apropiado para poder valorar los matices interpretativos de los distintos Tribunales, podríamos decir que la “militancia” de la democracia en el caso de Estados Unidos es mínima: en este aspecto, se concibe el ordenamiento jurídico como una herramienta que impida a los poderes públicos constreñir el libérrimo desarrollo de la personalidad. La democracia se concebiría como un libre lienzo en el que defender los valores en los que cada uno creyera, sin que se mostrase una preferencia oficial por unos u otros valores.

Este planteamiento no deja de ser un tanto falaz o como mínimo arriesgado, ya que la propia creencia en un sistema en el que todos puedan expresarse con la máxima libertad ya es una opción política cuya permanencia ya parte de un ideal que se desea que continúe vigente. Por este motivo esta idea encierra una falacia, mientras que el riesgo radica en el hecho de que ciertos discursos que no creen en este principio pueden servirse de este marco para subvertir el sistema: ser cándido -llámese así o llámese defensor de un derecho a la libertad de expresión con muy amplios márgenes- con discursos de esta índole demuestra un cierto desconocimiento –real o deliberado– sobre la verdadera amenaza que

estos representan<sup>51</sup>. No cabe duda de que todo sistema democrático que verdaderamente pueda considerarse como tal –dejamos de lado epítetos como “democracia popular” o “democracia orgánica”- aspira a dotar de la máxima amplitud a la carta de derechos y libertades que reconoce a la libertad de expresión, y con ellos, como no podía ser de otra manera, la libertad de expresión.

Partiendo de esta pretensión, aparece como una verdad reconocida por todos que la dinámica del ejercicio de los derechos en el contexto social acarrea conflictos en torno a su uso entre distintos ciudadanos, ante lo cual aparecen figuras como el abuso de derecho, el conocido “triple test de proporcionalidad” – acuñado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y adoptado por el Tribunal de Estrasburgo – o preceptos como el artículo 17 del Convenio de Roma o el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano; todas ellas fruto del entendimiento de que, en ocasiones, el libre ejercicio de los derechos de una parte puede menoscabar los derechos de otra, ante lo cual solo cabe afirmar el carácter relativo de los derechos.

Como es lógico, la regulación de esta materia genera inevitables fricciones entre los derechos y entre sus usuarios – que somos todos los ciudadanos –, pero eso no obsta para que los poderes públicos tengan el deber de hacerlo para la mayor protección de todos los ciudadanos y la mejor preservación de ese marco de libre ejercicio de derechos y libertades que es la democracia. Este extremo sí que puede ser compartido por todos los ordenamientos jurídicos, ya que la dimensión subjetiva de los derechos sí que goza de una interpretación y protección más uniforme.

La verdadera problemática cuando nos enfrentamos a la regulación de los derechos se encuentra cuando estos chocan con expresiones de la dimensión objetiva de los mismos, cuando el foco de la controversia se encuentra en el conjunto de la sociedad democrática, que es lo que verdaderamente se encuentra en riesgo cuando se profieren manifestaciones de odio contra otros seres humanos sobre la base de una circunstancia personal o social<sup>52</sup>. En este punto, es esencial comprender que la democracia no es un

---

<sup>51</sup> Y por desgracia existen ejemplos en la Historia de cómo estas amenazas no eran pura retórica, llegando algunos de los representantes de estos discursos a alcanzar responsabilidades de gobierno en algunas ocasiones.

<sup>52</sup> Todo ello sin desmerecer el sufrimiento de las víctimas de estos ataques, que deben ser especialmente atendidas. Lo único que deseo con esta frase es recalcar el ataque que sufre toda la sociedad democrática cuando se amenaza la integridad física o moral de algunos de sus ciudadanos: entender esto

estado natural de ordenación sociopolítica – más al contrario, históricamente ha sido la excepción –, y que por lo tanto es una opción política que establece en la sociedad un diseño concreto de convivencia que se funda en unos valores determinados, los cuales podríamos resumir en libertad, igualdad y dignidad de los seres humanos en lo relativo a la parte dogmática.

Una vez establecida esta idea, los poderes públicos se enfrentan a un dilema a la hora de adoptar una posición con respecto a la delimitación del marco constitucional. Por un lado, puede entenderse que el espíritu democrático de una nación se concibe como un mecanismo de defensa de los individuos frente a las tendencias limitadoras de los poderes públicos –digamos, si se me permite la expresión que busca “maniatar al Leviatán” –, de manera que todos los discursos y su defensa caben en este sistema, siendo posible eventualmente que estos discursos – representados por movimientos políticos – modificaran por cauces democráticos los principios democráticos en los que se funda un ordenamiento jurídico dado. Por otro lado, puede interpretarse que el sistema democrático de un país, como opción política que es, se funda en unos principios y valores que deben ser protegidos para garantizar la pervivencia del mismo, siendo por tanto necesario moderar o perseguir determinadas categorías discursivas con el objetivo de asegurar la pervivencia de la democracia<sup>53</sup>. Como puede adivinarse, Estados Unidos encarnaría el primer modelo y Europa representaría el segundo modelo.

Ante la presentación de estos dos modelos, podemos entender rápidamente que los Estados se decantan por uno o por otro basándose en gran medida en sus experiencias históricas, como es lógico deducir de la consideración del derecho como un producto de la sociedad. Más aún, sería deseable que la opción por una de estas dos vías se anticipara a los potenciales peligros que estas tratan de evitar, identificando así cuál es la mayor

---

como una cuestión de dominio público y no como una mera disputa entre particulares es esencial para comprender la verdadera dimensión de estos discursos y para realizar el mejor servicio posible al sostenimiento de una democracia.

<sup>53</sup> Tras este dilema subyace el debate más clásico de la Filosofía del Derecho, que no es otro que el de la existencia o no o la necesidad o no de un contenido moral en el ordenamiento jurídico, poniendo el primer modelo el foco en el respeto a los criterios formales de validez – tal y como hace el positivismo jurídico – y poniendo el segundo foco el acento en los criterios materiales de validez – tal y como hace el naturalismo –, para lo cual deviene imprescindible contar con un catálogo de principios morales con los que enjuiciar dicha validez material.

amenaza en un momento dado para así poder combatirla con mayor efectividad. En estos momentos en los que los movimientos que se presentan con la intención clara de subvertir los principios y valores de la democracia arrecian, nos encontramos probablemente en el momento más claro en los últimos cuarenta años en el que un modelo que persiga los discursos del odio está justificado.

La democracia, en tanto que no es un estado natural e inmutable de la constitución política de los estados, precisa de mecanismos de autodefensa ante el peligro de quiebra de este sistema en el caso de permitir que determinados discursos se sirvan de un marco de libertades que ellos no defienden para atacarlo y destruirlo si tienen la oportunidad. Esto, que nos sitúa en el marco del modelo que identificamos con Europa, debe partir de la convicción moralmente profunda y profundamente moral de que la democracia es el único sistema en el que deseamos y debemos vivir, ningún sistema puede prevalecer sin la reafirmación de sus valores fundamentales por parte de sus ciudadanos y sus poderes públicos. Como consecuencia lógica de esta autoafirmación, los discursos del odio deben situarse no solo fuera de la protección de nuestro ordenamiento jurídico, sino que deben perseguirse para proteger el sistema de principios y valores democráticos.

Afirmar los valores democráticos es por tanto excluir el discurso del odio, y con ello lanzar el importante mensaje de que todos los ciudadanos tienen cabida en nuestra sociedad y que se les protege en el libre desarrollo de su personalidad, que es una derivación directa de la dignidad humana y que constituye a mi modo de ver un verdadero principio de derecho natural.

Esta idea de dar cabida al libre desarrollo de la personalidad de todos puede enfrentarse por aquellos que no la compartan – por estar situados más en el modelo que defiende la perspectiva estadounidense – con el hecho de que con la exclusión de los delitos de odio se está privando a determinados individuos de su derecho a exponer sin ser molestado ni perseguido sus planteamientos ideológicos<sup>54</sup>. Esta es sin duda una crítica legítima, a la cual debe recordarse la importancia de los valores y los derechos de las

---

<sup>54</sup> Aunque la libertad de expresión no protege únicamente las expresiones de pensamiento más profundas y enjundiosas, es poco discutible que los ámbitos de acción de los discursos del odio se encuentran aquí.

personas que buscan protegerse: por muy esenciales que estos sean, los derechos de una persona nunca podrán imponerse a los de otra ni a los del conjunto de la sociedad.

Ahora bien, esta crítica parte de un principio de los derechos fundamentales como un patrimonio jurídico inalienable de todos los individuos que no podemos descuidar, y es por eso que la limitación de la libertad de expresión ante la presencia del discurso del odio debe ser la mínima posible para servir a los principios superiores de protección de los derechos fundamentales de los demás y de los valores fundamentales de la democracia. Así las cosas, la persecución del discurso del odio debe recoger supuestos tasados, en todo caso justificados en algo más serio que intentar resguardarse de la discrepancia, por muy profunda que esta sea con nuestro marco constitucional: trivializar qué supone discurso del odio es tan peligro como trivializar el discurso del odio mismo, y de hecho podría justificar una aproximación a esta materia desde la óptica estadounidense si los poderes públicos no son capaces de establecer supuestos claros.

En este sentido, la exigencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que concurra un requisito de incitación directa a la violencia o a la discriminación – entendido como el peligro cierto del menoscabo de la integridad física y moral – para poder limitar la libertad de expresión en supuestos de discurso del odio me parece absolutamente necesaria para evitar la constricción más allá de lo estrictamente necesario de tan esencial derecho fundamental, ante el peligro real de que los poderes públicos puedan elevar los ataques a la moral privada a una moral pública.

En coherencia con lo anterior, y en línea con lo que propone el Tribunal Constitucional, debo ver en los discursos racistas y negacionistas un terreno como mínimo confuso. Por muy abominables y ofensivos que sean estos discursos – como es lógico, más aún para aquellos contra los cuales se dirigen los mismos –, no cabe apreciar de manera indudable en ellos un peligro cierto contra los ofendidos<sup>55</sup>, más allá del obvio

---

<sup>55</sup> Es evidente que ni para estos ni para una gran mayoría de la sociedad estos discursos son vistos como una mera manifestación más con la que están en desacuerdo, no puede ser compartida en este sentido la idea de la Corte Suprema que Frederick Schauer [*The exceptional First Amendment*, páginas 9 y 10] ejemplifica diciendo que, para dicho Tribunal, decir que “el Holocausto no existió” equivale en el análisis de su ámbito de protección como manifestación de la libertad de expresión a decir que “la Tierra es plana”: un análisis puramente formalista en el cual no se valore el contenido supone una abdicación de la Corte Suprema de su función de protector de los derechos civiles de todos los ciudadanos. Parece evidente que ambas afirmaciones tienen el valor de retratar a sus proponentes, como también lo parece que el impacto que puedan ocasionar en terceros es radicalmente diferente.

desagrado que tales manifestaciones puedan producirles de manera más intensa. Cosa diferente es que estos discursos desborden el marco de la opinión personal y pretendan alcanzar las instituciones democráticas para aplicar sus execrables recetas: en ese caso, y ya estamos en un supuesto algo alejado del discurso del odio como límite a la libertad de expresión, será del todo oportuno y necesario que los tribunales declaren nulas por inconstitucionales las normas que se encuentren imbuidas de este espíritu, ya que sin duda supondrían un menoscabo de la dignidad humana y de la igualdad.

Esto nos conduce a otra pregunta que encarna a la perfección el debate más básico de la democracia: ¿y si los defensores de ideas calificables como “discurso del odio” alcanzan el poder de manera democrática? Con la respuesta a esta pregunta no hacemos sino volver a la reflexión que realizábamos anteriormente sobre en qué consiste verdaderamente la democracia.

Como decíamos, la democracia es una opción política, y como tal está dotada de unos principios y valores que la caracterizan, entre los cuales debemos destacar la libertad, la igualdad y la dignidad humana. En este sentido, el filósofo positivista inglés H.L.A. Hart afirma en su obra *“El Concepto de Derecho”* que *“un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema”*<sup>56</sup>, insistiendo asimismo en el hecho de que la coacción o la costumbre no bastan para explicar el sostenimiento de los fundamentos de un ordenamiento jurídico.

Convencidos como estamos en una gran mayoría de que son estos valores superiores por los que deseamos regirnos, es una obligación combatir aquellos discursos que pretenden subvertir el sistema democrático. El concepto democrático que alberga la Corte Suprema de los Estados Unidos – y que vemos encarnado de manera paradigmática en la actuación de la American Civil Liberties Union en el caso del Partido Nacionalista Americano contra la Villa de Skokie – encierra una actitud “buenista” que, sin deseárselo en ningún caso, puede poner en grave riesgo los fundamentos del sistema democrático.

Así las cosas, es imprescindible para la pervivencia del sistema democrático entender que existe un mínimo común indisponible que permite a los ciudadanos vivir con respeto a su dignidad como seres humanos y desarrollar libremente su personalidad, el cual es

---

<sup>56</sup> Hart, H.L.A. (1961) *El Concepto de Derecho*. p.250.

inmutable y debe ser protegido por los poderes públicos de ataques contra el mismo que despliegan manifestaciones como el discurso del odio. Ahora bien, decir que los poderes públicos deben proteger activamente este contenido mínimo no quiere decir que deba exigirse a todos los ciudadanos secundar estos principios básicos: la discrepancia cabe y siempre debe haber en un sistema democrático – de hecho, es en las democracias más vivas donde más se discrepa –, pero lo que no puede haber es la amenaza a estos principios básicos de la democracia. No podemos exigir de todos y cada uno de los ciudadanos que asuman como propio el marco de principios y valores democráticos – de hecho, estos nos exigen que no lo hagamos – pero no podemos tolerar el ataque a los mismos.

Establecido esto, es evidente que me posiciono de manera favorable ante el concepto de “democracia militante”, contrariamente a lo que afirma el Tribunal Constitucional y en sintonía con lo que enuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y lo que subyace en las cláusulas de “abuso de derecho” que presentan el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y el artículo 17 del Convenio de Roma<sup>57</sup>. Desde mi punto de vista, la incorporación de una regla de este cariz, tan arraigada en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como el francés o el europeo, sería positiva de cara a avanzar hacia un Estado más comprometido con la democracia como un sistema moral y no exclusivamente político<sup>58</sup>.

Es más, cabe preguntarse legítimamente si cabe otro sistema de organización social y política distinto de la democracia, visto que un modelo de democracia militante como el que contemplan algunos ordenamientos europeos imposibilita la transición a otro dentro del orden constitucional que lo sustenta. En este punto, debemos afirmar que la democracia es el único sistema que garantiza los derechos humanos, existe un vínculo

---

<sup>57</sup> Incluso el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos apunta en la misma dirección al establecer que “[n]ada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

<sup>58</sup> Es más, creo que es legítimo cuestionarse hasta qué punto el Tribunal Constitucional no ha incorporado estos criterios en su jurisprudencia – pese a defender lo contrario – con decisiones como avalar y aplicar preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos – en la que se ordena en su artículo 9 la ilegalización cuando la actividad de los mismos “*vulnera los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático*” – o avalar la condena a dos personas por quemar públicamente un retrato de los Reyes. Vaya por delante que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha avalado esta conocida como “Ley de Partidos” a la hora de convalidar la ilegalización de Herri Batasuna en virtud de lo dispuesto en la misma.

muy estrecho entre ambos conceptos: así lo defiende el máximo exponente del patriotismo constitucional<sup>59</sup>, Jürgen Habermas. cuando afirma que “[c]omo sus destinatarios, los ciudadanos pueden llegar a disfrutar de los derechos que protegen su dignidad humana si y sólo si primero se vinculan como los autores de la tarea democrática de establecer y mantener un orden político basado en los derechos humanos”<sup>60</sup>, o incluso la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando establece en su artículo 21 el sistema democrático como un derecho humano<sup>61</sup>, llegando a afirmar en su punto tercero que “[l]a voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público”. Más aún, el artículo 28 de la misma Declaración presenta algo así como un derecho subjetivo al establecimiento de un Estado democrático de derecho<sup>62</sup> cuando dispone que “[t]oda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. A la vista de lo que dispone el artículo 21, este orden social en el que los derechos y libertades devienen plenamente efectivos solo tiene un nombre: democracia.

En coherencia con lo anterior, podemos concluir que la democracia es un derecho humano peculiar que a la vez es patrimonio de todos los seres humanos y abrigo protector del resto de derechos y libertades con el objetivo de que estos puedan desarrollarse en libertad, respetando de este modo la dignidad de todos y favoreciendo el libre desarrollo de la personalidad. Esta característica de derecho humano conlleva que la democracia – y con ella los derechos que salvaguarda – deba ser garantizada por los poderes públicos en favor de los ciudadanos, lo cual conduce indefectiblemente a perseguir y sancionar todas aquellas acciones que amenacen la pervivencia de dicho sistema. Entre esas

---

<sup>59</sup> Un planteamiento conceptual de gran interés que va en la línea de dotar de contenido al ideal democrático y de que esta democracia ideológica pase a formar parte de la esencia de una nación, siendo el argumento del sentimiento de adhesión a la misma. Difícil aunar la irracionalidad del nacionalismo con la racionalidad de la democracia, si bien es cierto que las Constituciones de los Estados democráticos son el producto social del cual sus integrantes pueden sentirse más orgullosos.

<sup>60</sup> Habermas, J. (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. *Diánoia*, 55(64), 3-25.

<sup>61</sup> En el debate sobre el presunto etnocentrismo de los mismos, me posiciono entre los que creen en su verdadera vocación universalista: son una declaración de los principios naturales esenciales del derecho, un catálogo de principios que casa con el conjunto de perspectivas de los seres humanos.

<sup>62</sup> Incluso pueden adivinarse trazas del Estado social en preceptos como el artículo 22 al hablar de la seguridad social, el 23.1 y el 23.3 al hablar de “protección contra el desempleo” y asegurar una “existencia conforme a la dignidad humana” que eventualmente complete las remuneraciones para este fin con “medios de protección social”, o el 25.1 al reconocer un “derecho a un nivel de vida adecuado”.

amenazas, podemos identificar aquellas manifestaciones, conocidas bajo la rúbrica de “discurso del odio”, que prediquen la violencia o la discriminación contra una serie de personas sobre la base de una circunstancia personal o social que reúnan – siendo las más habituales la raza, la etnia, la religión, la ideología, el género o la condición sexual – y que conlleven una amenaza cierta contra la integridad física o moral de dichas personas.

De esta manera, goza de la mayor legitimidad y coherencia la limitación de la libertad de expresión de los individuos y organizaciones proferentes de estos “discursos del odio” en favor de la protección de los derechos fundamentales de las personas atacadas y de la estabilidad del sistema democrático en su conjunto, para el que la amenaza a la dignidad e integridad física y moral de sus ciudadanos ya supone un menoscabo.

Ahora bien, la limitación de estos discursos debe ser siempre la mínima posible para servir a estos intereses, vivir en democracia supone pagar el precio de escuchar de manera continua expresiones con las que no coincidimos e incluso con las que discrepamos en el concepto más profundo: que ciertos ciudadanos no crean en la carta de derechos que tienen por naturaleza no les retira de su reconocimiento y protección<sup>63</sup>, debemos exigir de ellos que respeten estos derechos pero es a todas luces impensable que se les imponga secundar – no ya desde el plano de las convicciones internas, sino desde las manifestaciones externas – el catálogo de principios y valores democráticos en virtud de cuya protección se limitan sus derechos.

En consecuencia con lo anterior, tienen cabida dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión aquellas manifestaciones estrictamente retóricas del discurso del odio que, por mucha repugnancia y ofensa que generen, sean inidóneas para la amenaza de la dignidad o la integridad de las personas: por mucho que podamos advertir en estas soflamas, diatribas e invectivas el primer paso para la constitución de amenazas reales contra los individuos objeto de rechazo por parte de las mismas, el juego democrático nos impide limitar derechos o sancionar conductas de manera preventiva<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> En este sentido, una “*solución fácil*” – y por tanto inconcebible – sería importar el concepto administrativista de la “doctrina de los actos propios” y aplicárselo a aquellos que no estuvieran por la labor de respetar los derechos fundamentales de los demás.

<sup>64</sup> No obstante, asumo la posición de mayor recelo ante ciertos discursos de países en los cuales se cuentan con ejemplos de experiencias históricas de regímenes totalitarios fundados en el discurso y en la ideología del odio y comprendo y apoyo la persecución que estos hacen de tales discursos que en su

En lo relativo a la elección del modelo de actuación frente al discurso del odio, juzgo como más deseable la posición adoptada por aquello que se viene denominando como “democracias militantes”, de las cuales podríamos poner como ejemplo la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de los ordenamientos jurídicos de la República Francesa y de la República Federal Alemana. Por lo tanto, sería deseable que España hiciera una transición hacia ese modelo – que, como exponía anteriormente, puede adivinarse en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional, aunque no lo expliciten – y que Estados Unidos abandone un modelo que supone una excepción en el contexto de las democracias occidentales, dados los peligros que encierra y el menoscabo a la dignidad de las personas atacadas por las manifestaciones del discurso del odio. Para ello, habremos de fundar las limitaciones de la libertad de expresión en el hilo conductor que exponía en los párrafos precedentes entre derechos humanos y democracia, desde la convicción de que los sistemas democráticos son los únicos que garantizan la dignidad de los seres humanos y que la admisión del discurso del odio supone la quiebra de este principio fundamental.

---

momento condujeron a atroces resultados, en la línea del concepto de “margen de apreciación nacional” que maneja el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Española de 1978.

Constitución de los Estados Unidos de América.

Convenio para la protección de los Derecho Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (Vol. 8). Barcelona: Ariel.

Habermas, J. (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. *Diánoia*, 55(64), 3-25.

Hart, H.L.A. (1961) *El Concepto de Derecho*.

Peces-Barba Martínez, G. (1987). *Derechos fundamentales*.

Pérez Luño, A. E. (1991). *Las generaciones de derechos fundamentales*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 203-217.

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1969). *Brandenburg contra Ohio*.

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1977). *El Partido Nacionalsocialista de Estados Unidos contra la Villa de Skokie*.

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1990). *Los Estados Unidos contra Eichman*.

Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo. Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 89, de 14 de abril de 1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre. Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio. Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 200, de 21 de agosto de 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio. Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 181, de 28 de julio de 2016.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 1999. *Sürek contra Turquía* (I).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009. *Féret contra Bélgica*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2011. *Otegi Mondragón contra España*.

Schauer, F. (2005). *The Exceptional First Amendment*.

Solozábal Echevarría, J.J. (1991), *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional (núm. 32), p. 73-113.

Teruel Lozano, G. M. (2015). *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal*.