



FACULTAD DE DERECHO

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIO.  
ESTUDIO COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA DE  
ESTADOS UNIDOS Y EUROPA**

Jaime Grau Alvarez

5º E3 B

Filosofía del Derecho

Tutor: Jose Luis Rey Pérez

Madrid

Abril 2020

## **Resumen.**

El objetivo de este trabajo es ofrecer una comparativa sobre la delimitación de la libertad de expresión bajo el concepto de discurso del odio, en dos de los ordenamientos jurídicos más importantes del mundo como son los de Estados Unidos y Europa.

Es interesante entender como se ha configurado el discurso del odio en los dos ordenamientos. A simple vista, el desarrollo de la libertad y, por ende, el desarrollo de la libertad de expresión se ha configurado de manera similar en ambos órdenes, siendo uno de los derechos más protegidos y salvaguardados por la Primera Enmienda o en los derechos fundamentales de las Constituciones europeas. Sin embargo, para su delimitación, el camino parece haberse bifurcado, siendo el delito odio un agravante del delito en Estados Unidos mientras que en Europa se recoge como un delito adicional.

Se realizará un análisis de las bases de la libertad de expresión para cada ordenamiento, destacando las sentencias más relevantes que han sentado jurisprudencia y que sirven como punto de partida para el análisis comparado. Por otro lado, es necesario comparar como resuelven los Tribunales Supremos de ambos ordenamientos para casos que versan sobre asuntos similares como discursos de componente racista o discursos homófobos. Para ello, se van a contrastar las sentencias más relevantes sobre estos discursos, para ver como Estados Unidos ampara este tipo de discursos dentro de la libertad de expresión, mientras que Europa prioriza la dignidad humana.

Por último, se analizará como se configura este tipo de discursos en España, para ver cómo el Tribunal Constitucional en ciertos casos, permitió discursos que a ojos del TEDH posiblemente vulnerasen la dignidad humana.

## **Palabras clave**

Libertad de expresión, discurso del odio, delito de odio, derecho a la dignidad humana.

## **Abstract**

The aim of this paper is to offer a comparison of the delimitation of freedom of speech under the concept of hate speech, in two of the most important legal systems in the world, the ones from United States and Europe.

It is interesting to understand how hate speech has been configured in the two systems. At first sight, the development of freedom, and therefore the development of freedom of speech, has been configured in a similar way in both orders, being one of the most protected and safeguarded rights in the First Amendment and in the fundamental rights of the European Constitutions. However, for its delimitation, the path seems to have bifurcated being hate as an aggravation factor for the crime in the United States, while in Europe it is taken as an additional crime.

An analysis of the bases of freedom of expression for each system will be conducted, emphasizing the most relevant sentences that have established jurisprudence and that serve as a starting point. On the other hand, it is necessary to compare how the Supreme Courts of both systems rule on cases that address similar matters, such as both racist and homophobic speech amongst others. To do so, the most relevant sentences on these discourses are compared, to see how the United States protects this type of speech within the freedom of expression, while Europe prioritizes the human dignity right.

Finally, we will analyze how this speech is configured in Spain, to see how the Constitutional Court in certain cases allowed speeches that in the eyes of the ECHR possibly violated human dignity.

### **Key words:**

Freedom of speech, hate speech, hate crime, right to human dignity.

# ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS .....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIO. CONCEPTOS .....	8
2.1. La libertad de expression.....	8
2.2. El discurso del odio .....	9
3. FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ESTADOS UNIDOS Y EUROPA.....	10
3.1. La libertad de expresión en Estados Unidos .....	10
3.1.1. Juez Oliver Wendell Holmes .....	11
3.1.2. <i>Schenck v. United States</i> .....	12
3.1.3. <i>Abrams v. United States</i> .....	14
3.2. La libertad de expresión en Europa .....	18
3.2.1. El caso Lüth. ....	21
4. ESTUDIO DEL DISCURSO DEL ODIO COMO LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....	25
4.1. Análisis comparado.....	25
4.2. Críticas a los ordenamientos .....	36
5. EL DISCURSO DEL ODIO: ENFOQUE ESPAÑOL .....	39
5.1. Fundamento y tipificación del delito de odio.....	39
5.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	42
6. CONCLUSIONES.....	48
7. BIBLIOGRAFÍA.....	50
7.1. Legislación .....	50
7.2. Jurisprudencia.....	51
7.2.1. Estados Unidos: .....	51
7.2.2. Alemania .....	51
7.2.3. Europa.....	52
7.2.4. España .....	52
7.3. Doctrina.....	52
7.4. Páginas web.....	56

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

CE: Constitución Española.

Conv. Roma: Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

CP: Código Penal español.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

NSPA: National Socialist Party of America.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional español.

TC: Tribunal Constitucional español.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

# 1. INTRODUCCIÓN

Hoy 18 de abril de 2020, se cumple más de un mes de la cuarentena provocada por la pandemia del virus Covid-19. Hace una semana, el Gobierno de España decretó que, a partir de ese momento, toda persona que difundiese información falsa acerca de la realidad social en la que se encontraba el país sería castigada con penas de cárcel. Uno piensa entonces qué se puede considerar información falsa y quién decide qué información es falsa o no. Entonces nos encontramos con una realidad novedosa para las nuevas generaciones, la censura. Mi generación nunca ha vivido periodos donde no se pudiera expresar libremente tus ideas, donde cualquier crítica relativa a la gestión del Gobierno acarrearía la privación de la libertad, donde no hubiese libertad de expresión. Y este tema es de una gran relevancia pues la libertad de expresión despliega un papel fundamental en la forma en la que se desarrolla la sociedad, y dentro de esta, las personas. La diferencia de opiniones permite el debate y pensamiento crítico, buscar soluciones diferentes a un mismo problema, hacerte valer y expresarte en el mundo. No se entiende una democracia sin la garantía de libertad de expresión por lo que parece sorprendente que en pleno siglo XXI sigan existiendo países cuyos regímenes sigan censurando y manipulando la libertad de su pueblo.

La libertad de expresión históricamente ha sido un derecho vulnerado y negado al pueblo. Desde épocas antiguas donde la crítica a figuras públicas suponía la traición contra el Estado y el destierro, hasta épocas modernas donde la libertad de expresión se vio invadida por regímenes dictatoriales. En democracias modernas, la libertad de expresión es un derecho totalmente protegido. Escasos países prohíben la libertad de asociación, pensamiento e ideología. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, discursos abusivos, discriminatorios, xenófobos o que incitan a la violencia han encontrado su justificación al amparo de este derecho. Surge así lo que se conoce como delito de odio, que es fundamentalmente un límite a la libertad de expresión que el legislador ha querido penar, sobre todo en Europa. A pesar de esto, el contexto histórico de la zona influye a la hora de establecer este límite, por eso Estados Unidos se ha considerado más tolerante con ciertos discursos que a ojos de un legislador europeo supondrían una vulneración de los derechos humanos. El objeto de estudio del trabajo, por lo tanto, es la configuración del delito de odio

como límite a la libertad de expresión. La hipótesis de la que partimos es la creencia de que la limitación de la libertad de expresión se configura de la misma forma en los ordenamientos de Estados Unidos y Europa.

La metodología empleada para el siguiente trabajo es el estudio de derecho comparado de ambos ordenamientos. La legislación americana acerca de este derecho queda recogida en la Primera Enmienda de su Constitución. En Europa la libertad de expresión se recoge en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, debido a la aplicación del margen de apreciación nacional, a la hora de delimitarla se debe hacer referencia a la legislación del país sobre el que versa el asunto. Por lo tanto, más que una comparación de legislaciones se procede a realizar un estudio comparado jurisprudencial, para ver qué doctrinas han ido prevaleciendo durante el tiempo y cómo se enfrentan unas con otras.

Respecto a la estructura del trabajo, el objetivo es establecer una base común tanto de la terminología como de la estructura de los ordenamientos comparados, es decir, partir de la base teórica para entender la práctica, un análisis desde el interior hacia el exterior.

En primer lugar, es necesario definir brevemente los dos términos más importantes que conforman el eje del trabajo, la libertad de expresión y el delito de odio. En segundo lugar, es necesario establecer las bases de cada ordenamiento para luego poder realizar el estudio comparado jurisprudencial. Para diferenciar los dos ordenamientos se parte de la división mencionada por Berlin en la que se asocia a Estados Unidos con un concepto de libertad negativa, mientras que a Alemania se le asocia con una libertad positiva. Se emplea el ordenamiento alemán como base ya que es imposible analizar los diferentes puntos de vista de todos los países pre-Unión Europea. El Tribunal Europeo de derechos Humanos por otra parte, continúa la tendencia alemana en este aspecto, por eso se compara Estados Unidos con Alemania y no con Europa. Terceramente, se realizará un estudio comparado jurisprudencial sobre los principales discursos de odio que se han dado en ambos lugares, además de una crítica a cada una de las premisas sobre las que se parte y de las resoluciones emitidas por los respectivos Tribunales. Por último, es relevante mencionar como se ha configurado la tipificación del delito de odio en nuestro país, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia.

## **2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIIO. CONCEPTOS**

### **2.1. La libertad de expression**

Para definir la libertad de expresión debemos hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En este sentido, el derecho a la libertad de expresión es la garantía constitucional a la libre manifestación de ideas u opiniones amparada en el artículo 20 de la Constitución Española (CE), que protege la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio.

*“La libertad de expresión como pilar fundamental del estado democrático y social de derecho, en tanto que cauce del principio democrático participativo, posibilita la expresión de opiniones que pueden desagradar profundamente a otros, que difieren de esa manera de ser o pensar, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (STC 174/2006).*

Mención aparte merece la definición redactada por Pérez de la Fuente donde reconoce que la libertad de expresión es uno de los derechos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico. Guarda una conexión intrínseca con la libertad de conciencia ya que ambas, sólo pueden estar garantizadas plenamente si los individuos tienen la posibilidad de manifestar sus puntos de vista según sus convicciones en la esfera pública o privada (de la Fuente, 2010b p.2).



## 2.2. El discurso del odio

El discurso del odio carece de una definición unificada según la doctrina. Como punto de partida, Pareck delimita y define el discurso del odio como aquel lenguaje que estigmatiza a su objetivo adscribiéndole un conjunto de cualidades constitutivas que son vistas de forma extendida como altamente indeseables. Como las cualidades adscritas están fuertemente desaprobadas, sus poseedores son despreciados, degradados, considerados como no bastante normales, tratados con desprecio, incluso demonizados (Pareck, 2000, p. 214). Nos encontramos ante un caso de discurso del odio cuando hay un colectivo afectado, un mensaje ofensivo y un riesgo de discriminación (Valiente, 2017, p. 452).

Parece claro que el discurso del odio se configura como un mensaje que daña la dignidad de una persona o que ataca a colectivos catalogados como vulnerables. La debilidad de estas definiciones reside sobre todo en qué términos se deben de incluir para considerarlos como odiosos. Otra crítica a la visión de Valiente puede ser la falta de objetividad del discurso, ya que, al estigmatizar al sujeto como grupo vulnerable, ciertas expresiones pueden atacar a un grupo mientras que para otro pueden ser indiferentes.

### **3. FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ESTADOS UNIDOS Y EUROPA**

En este apartado se van a estudiar las bases y sentencias de referencia de cada uno de los ordenamientos presentes en este estudio. La división de los ordenamientos hace referencia a los conceptos de libertad recogidos por Berlin.

Es innegable la dificultad que supone encontrar las causas de la ramificación de la concepción del delito de odio entre Estados Unidos y Europa. Pese a que, para la libertad de expresión, la expresión jurídica de la misma parece similar, su forma de limitarla dista mucho de asemejarse. Para distinguir ambas perspectivas, partimos del análisis de Berlin sobre la dualidad en la que se desdobra la libertad, la libertad negativa y la libertad positiva<sup>1</sup>. Por un lado, Estados Unidos prioriza una libertad negativa, fundamentada en la concepción del mercado de las ideas. En otro plano, Europa, siguiendo la línea jurisprudencial alemana se decanta por una libertad positiva o como Pérez de la Fuente indica, un modelo de democracia militante (Pérez de la Fuente, 2010b, p.4)

Se estudiará a continuación los conceptos anteriormente mencionados de libertad negativa y positiva para cada zona y diferentes sentencias que han marcado la línea jurisprudencial tanto de Europa como de Estados Unidos.

#### **3.1. La libertad de expresión en Estados Unidos**

La libertad de expresión en Estados Unidos se encuentra amparada bajo la Primera Enmienda de su Constitución, estableciendo que *“el Congreso no hará ninguna ley recortando la libertad de expresión o de la prensa”*<sup>2</sup>. Sin embargo, la explicación

---

<sup>1</sup> Para profundizar más sobre el punto de vista de la libertad según Berlin explicado por Constant consultar Saralegui, M. (2007).

<sup>2</sup> Traducción propia y completa de la Primera Enmienda: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridg-ing 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.* (The amendment to the Constitution of the United States of America, Preamble to the Bill of Rights, 1791).

constitucional de este derecho en referencia a lo establecido en la Primera Enmienda es cuanto menos escasa y difusa. Para ello es necesario hacer referencia a la jurisprudencia marcada por el Tribunal Supremo (Pérez de la Fuente, 2010b, p.5). Es preciso recordar, que la jurisprudencia acerca de la Primera Enmienda previamente a la redacción de Holmes era ciertamente confusa e incluso coercitiva<sup>3</sup>. Por eso, los dos primeros casos que se analizarán son *Abrams v. United States*<sup>4</sup> y *Schenck v. United States*<sup>5</sup>. Estas son dos sentencias, que, si bien proponen resoluciones dispares acerca de la delimitación de la libertad de expresión, suponen un punto de partida para entender cómo se configura la libertad de expresión en el país norteamericano.

Atendiendo a la división propuesta por Berlin, Estados Unidos aboga claramente por una libertad negativa, mucho más amplia que la conocida en Europa y se fundamenta en gran parte gracias al voto discrepante del Juez Oliver Wendell Holmes, pionero e impulsor del concepto del mercado de las ideas en el caso *Abrams v. United States*<sup>6</sup>.

### 3.1.1. Juez Oliver Wendell Holmes

Al propio Juez Holmes, antes de la redacción de su famoso voto discrepante y de la concepción del mercado de las ideas, se le fue encomendado la tarea de redacción de la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo para el caso *Schenck*. Antes de su publicación, el propio Holmes declaró que esperaba que se le fuese asignada la redacción de la resolución del caso. A pesar de lo anterior, en sus conversaciones con Laski, acabó afirmando que “[el caso *Schenck*] se envolvió a mi alrededor como una serpiente en una lucha mortal para

---

<sup>3</sup> Un ejemplo de esto es la teoría del libelo sedicioso, en la cual se excluía a las autoridades públicas fuera de la crítica de prensa bajo la Ley de Sedición de 1978 (Rodríguez, 2016, p.50). Otro ejemplo es el caso *Patterson v. Colorado* (Paterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907)).

<sup>4</sup> *Abrams*, 250 U.S. at 630 (Holmes, J., dissenting).

<sup>5</sup> *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

<sup>6</sup> Originalmente, en *Abrams v. United States* no se hace referencia al concepto de “mercado”, si no al “free trade” o “libre comercio”. La primera vez que escuchamos la expresión *free marketplace of ideas* en la jurisprudencia norteamericana es en la sentencia *United States v. Rumely*.

*presentar lo obviamente apropiado en las formas de la lógica*”<sup>7</sup> y dos semanas más tarde que “*realmente me arrepiento de haberlos tenido que escribir*” (Holmes, 1953).

Como bien apuntan Smith y Rabban, tras la primera guerra mundial, pocos jueces castigaban más duramente discursos posiblemente amparados en la libertad de expresión que los pertenecientes al Tribunal Supremo (Rabban, 1997, p.15). No deja de ser curioso que el fundador de la doctrina de la competición de ideas en Estados Unidos fuese a su comienzo un impulsor de su limitación. Así lo demuestran otras sentencias desfavorables como *Cowley v Pulsifer (1884)*, *McAuliffe vs Mayor and Aldermen of New Bedford (1892)* o *Hanson v Globe Newspaper Company (1893)*, cuando era miembro del Tribunal Supremo de Massachusetts (Smith, 2003, p.20). Independientemente de las anteriores, la resolución del caso *Schenck* y la redacción del voto discrepante del caso *Abrams* son un punto inflexión a la hora de analizar los fundamentos constitucionales del límite del discurso del odio. La primera porque pone de manifiesto la teoría del *Daño claro y peligro inminente (Schenck, 1919, p.52)*, y la segunda por suponer ese cambio de paradigma en la defensa de la libertad de expresión.

### 3.1.2. *Schenck v. United States*

El caso *Schenck* es uno de los asuntos más relevantes y primerizos acerca de cómo limitar la libertad de expresión y del alcance de la Primera Enmienda<sup>8</sup>. Guarda estrecha relación con el caso *Abrams* ya que ambos acusados habían sido imputados por incumplir las

---

<sup>7</sup>Traducción propia de: *[it] wrapped itself around me like a snake in a deadly struggle to present the obviously proper in the forms of logic. I greatly regret having to write them* (Holmes, 1953).

<sup>8</sup> Charles Schenck fue un secretario general del partido socialista que se opuso a la implementación del servicio militar obligatorio, por lo que el partido distribuyó 15.000 folletos que llamaban a los hombres a resistirse a la selección para el servicio militar obligatorio. *Schenck v. Estados Unidos* confirmó las condenas de los acusados en virtud de la Ley Federal de Espionaje. Se les acusó de distribuir folletos con el objetivo de resistir el reclutamiento militar para ir a la guerra. Su defensa se basó en que el discurso antibelicista de los folletos se encontraba amparado bajo la Primera Enmienda. La Corte Suprema rechazó este argumento, sosteniendo que la protección de la palabra depende del contexto en el que se produce. Porque la retórica empleada por parte de los acusados creó un "peligro claro y presente" para el éxito de la guerra, no estaba protegida. (Holmes, 1919, p. 438).

disposiciones de la Ley de Espionaje<sup>9</sup>. Pese a luego contradecirse en sentencias posteriores y siendo derogada por *Branderburg v. Ohio*, la doctrina empleada por el Juez Holmes conocida como el *Peligro real e inminente* fue aplicada y sirvió de base para la doctrina de las *Fighting words* en *Chaplinsky v. New Hampshire*.

La argumentación de los abogados de la defensa ya hacía referencia a la discusión ilimitada como medio para alcanzar la verdad, línea que continuaría Holmes en el caso *Abrams*. En el acto de defensa oral expusieron:

*“¿cómo pueden los ciudadanos averiguar si una guerra es justa o injusta a menos que haya una discusión completa y libre? [...] ¿Cómo puede sobrevivir la verdad si se usa la fuerza, posiblemente en el lado equivocado? La discusión absolutamente ilimitada es el único medio para asegurarse de que la verdad es poderosa y prevalecerá.”*<sup>10</sup> (Cohen, 1989, p. 34).

Sentenciando bajo unas premisas que meses más tarde abandonaría en el caso *Abrams*, Holmes confirmó que el enjuiciamiento de *Schenck* era constitucional, pues en tiempos de guerra, las circunstancias permitían una mayor limitación a la libertad de expresión. En palabras del propio Holmes:

*“Cuando una nación está en guerra, muchas de las cosas que se pueden decir en tiempo de paz son un obstáculo para su esfuerzo, por lo que su declaración no será soportada mientras los hombres luchan, ningún tribunal podría considerarlos como protegidos por ningún derecho constitucional.”* (*Schenck*, 1919, p.52)<sup>11</sup>.

En relación con lo anterior y como cita para la historia, Holmes introdujo la denominada doctrina del *Daño o peligro inminente*, dando lugar a la famosa referencia de

---

<sup>9</sup> El artículo en cuestión declaraba ilegal “la realización de falsos testimonios o noticias que interfiriesen con el éxito de las operaciones militares y navales, o que promoviesen el éxito del enemigo, o cualquier otra causa en relación con la insubordinación, deslealtad”, (Traducción propia) (Espionage Act, 1917).

<sup>10</sup> Traducción propia de “How can citizens find out whether a war is just or unjust unless there is a full and free discussion How can truth survive if force is to be used, possibly in the wrong side? Absolutely unlimited discussion is the only means by which to make sure that truth is mighty and will prevail” (Cohen, 1989, p. 34)

<sup>11</sup> Traducción propia de: “When a nation is at war man many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so as long as men fight no court could regard them as protected by any constitutional right” (*Schenck*, 1919, p.52).

“*gritar fuego en un teatro lleno de gente y causar el pánico*” (Schenck, 1919, p.52)<sup>12</sup>. Esto explicaba la consideración de ciertas conductas como punibles, limitando la extensión de la libertad de expresión a actos que suponían un peligro inminente y claro en el momento de realizar la acción. Holmes declaró que “*si las palabras utilizadas se emplean en tales circunstancias y son de tal naturaleza que crean un peligro claro y presente que traerán los males sustanciales que el Congreso tiene un derecho a prevenir*” (Schenck, 1919, p.47)<sup>13</sup>.

*Schenck v United States* planteó para Holmes serias dudas acerca de cómo limitar la libertad de expresión y actualmente parece no tener cabida como justificación de límite del discurso. Estableció un parámetro subjetivo y circunstancial, en este caso la guerra, y bajo esta premisa, consideraba punible ciertas conductas que tal vez en otra situación no se hubiesen considerado de tal forma. Sin alejarse de la polémica, *Schenck v. United States* fue derogada medio siglo más tarde *Branderburg v. Ohio* y con la aplicación del mercado de las ideas de *Abrams*, parece que el Tribunal no busca penar este tipo de actos ni si quiera bajo la doctrina de las *Fighting words*. que será expuesta posteriormente.

### 3.1.3. *Abrams v. United States*

La primera sentencia identificable con el concepto de libertad negativa es el caso *Abrams*<sup>14</sup>. De acuerdo con Blochert, se considera un punto de inflexión a la hora de juzgar como configurar y delimitar los elementos la libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda, pues fue una de las primeras justificaciones para una libertad de expresión más amplia acorde con el arrollador lenguaje de la Primera Enmienda (Blochert, 2007).

---

<sup>12</sup> Traducción propia de: “*Shouting fire in a theater and causing panic*” (Schenck, 1919, p.52).

<sup>13</sup> Traducción propia de: *is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.*

<sup>14</sup> Voto favorable 7-2 redactado por el Juez White. Voto discrepante redactado por Juez Holmes, adhesión por el Juez Brandeis.

*Abrams v. United States* es una sentencia cuanto menos polémica<sup>15</sup>. Principalmente porque la opinión mayoritaria del Tribunal condenó a los acusados bajo las disposiciones de la Ley de Espionaje de 1917, siguiendo la línea argumental marcada por Holmes en *Schenck v. United States*<sup>16</sup>. La opinión mayoritaria concluyó que:

*“aunque la ocasión inmediata para este particular brote de anarquía, por parte de los anarquistas extranjeros acusados, puede haber sido el resentimiento causado por el envío de tropas de nuestro gobierno a Rusia como una operación estratégica contra los alemanes en el frente de batalla del este, no obstante el simple propósito de su propaganda era excitar, en la crisis suprema de la guerra, el desafecto, la sedición, los disturbios y, como ellos esperaban, la revolución, en este país con el propósito de avergonzar y si es posible derrotar los planes militares del gobierno en Europa” (Abrams, 1919, p. 623)<sup>17</sup>.*

El Tribunal consideró al igual que en *Schenck*, la distribución de dichos panfletos con lemas anarquistas y comunistas entraba dentro de la concepción de peligro cercano e inminente.

En el voto discrepante, Holmes nombró por primera vez la doctrina del *Mercado libre de ideas*. Desmarcándose de sus posturas en sentencias pasadas, se posicionó a favor de los acusados estipulando que:

*“La persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si no tienes dudas de tus premisas o de tu poder y quieres un cierto resultado con todo tu corazón, naturalmente expresas tus deseos en la ley y*

---

<sup>15</sup> Los hechos fueron los siguientes: Cuatro activistas socialistas que se habían exiliado en los Estados Unidos con motivo de la persecución política desatada en Rusia bajo el gobierno zarista, criticaron severamente las acciones del gobierno estadounidense, particularmente la decisión del presidente Woodrow Wilson de enviar tropas a ese país para combatir la revolución bolchevique. Como parte de las acciones emprendidas para manifestar su posicionamiento político, convocaron a una huelga general.

<sup>16</sup> Espionage Act of 1917, 40 Stat at 219.

<sup>17</sup> Traducción propia de *“that while the immediate occasion for this particular outbreak of lawlessness, on the part of the defendant alien anarchists, may have been resentment caused by our government sending troops into Russia as a strategic operation against the Germans on the eastern battle front, yet the plain purpose of their propaganda was to excite, at the supreme crisis of the war, disaffection, sedition, riots, and, as they hoped, revolution, in this country for the purpose of embarrassing and if possible defeating the military plans of the government in Europe”*.

*eliminas toda oposición. Pero cuando los hombres se han dado cuenta de que el tiempo ha trastornado muchas creencias en lucha, pueden llegar a creer aún más que creen los fundamentos mismos de su propia conducta que el bien final deseado se alcanza mejor con el libre comercio de ideas. La mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado, y esa verdad es el único fundamento sobre el cual sus deseos pueden ser llevados a cabo con seguridad” (Abrams, 1919, p. 360)*

18 19.

Para Holmes el hecho de distribuir los panfletos en este caso se encontraba salvaguardado por la Primera Enmienda de la Constitución pues las premisas de *Schenck* no eran aplicables al caso. Sobre todo, porque a pesar de admitir en el primer párrafo del voto la posibilidad de castigo del discurso de los acusados, las sentencias de 10 a 20 años seguidas de deportación promovían una imagen fiel de que a los acusados no se les castigaba por sus actos si no por sus convicciones. (Abrams, 1919, p. 360).

Completando la concepción del mercado de las ideas, y bajo las premisas que en su día promulgó Holmes para *Abrams*, destaca el caso *Gertz v. Robert Welch Inc.*<sup>20</sup> En este caso una revista acusó a un abogado de comunista y leninista por demandar a un policía. El Tribunal consideró que el discurso promovido por la revista se encontraba al amparo de la Primera Enmienda ya que “*bajo la Primera Enmienda no existe tal cosa como una idea falsa. La visión que subyace es que por perniciosa que una idea pueda parecer, su corrección depende, no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición con otras ideas*” (Gertz, 1974, p. 339)<sup>21</sup>.

Casos posteriores muestran como desde *Abrams*, Holmes mantuvo una firme posición a favor de la libertad de expresión. Así lo demuestran la adscripción al voto disidente del Juez Brandeis en *Whitney v. California* o su voto disidente en *United States v. Schwimmer*,

---

<sup>18</sup> *Abrams*, 250 U.S. at 630 (Holmes, J., dissenting).

<sup>19</sup> Traducción propia de “*When men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution*”.

<sup>20</sup> *Gertz v. Robert Welch Inc.* 418 U.S. 323, (1974)

<sup>21</sup> *Gertz v. Robert Welch Inc.* 418 U.S. 323, 339-40 (1974)



Y no solo en sus propias convicciones si no que su doctrina se extendió posteriormente en *Tornhill v. Alabama*, *New York Times v. Sullivan* o *New York Times v. United States*.

La influencia que ha supuesto esta sentencia en corrientes no solo legales sino políticas, filosóficas o económicas ha sido de gran importancia en movimientos liberales<sup>22</sup>. Dworkin remarca que Holmes estableció con su voto que la política está más cercana a descubrir la verdad y eliminar el error, o producir más buenas que malas políticas, si la discusión política es libre y desinhibida, la razón de sentido común de que el gobierno está más lejos de convertirse en corrupto si carece del poder de criminalizar la crítica. (Dworkin, 1996, p.200). Siguiendo la misma línea Stuart Mill, en relación con la libre circulación de ideas y la no intervención del estado afirmó el famoso principio “*que 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*” (Mill, 1991, p.78)<sup>23</sup>. Por último, para Coase, la libertad de expresión en el marco teórico del Juez Holmes es digna de protección constitucional precisamente, porque al igual que la libre circulación de bienes crea un entorno competitivo en el que las buenas ideas florecen y las malas ideas fallan (Coase, 1997).

Podemos resumir la jurisprudencia americana en tres asunciones. La primera es que la veracidad o falsedad de las ideas surge en la competición de unas con otras, no en las decisiones judiciales. La segunda que la incitación al odio no constituye por sí solo una conducta punible. Toda manifestación sea literaria, artística o periodística que se pueda situar en el mismo nivel que el discurso no justifica la intervención estatal. La tercera, que los Tribunales y el Estado mantendrán una posición neutra respecto a las ideas y discursos de sus individuos y solo se castigarán conductas que además de incitar al odio incitan a la violencia.

---

<sup>22</sup> El concepto liberal estadounidense difiere del europeo. Mientras en Europa, se define liberal como los movimientos pro-libertad, con escasa intervención estatal, en Estados Unidos se asocia liberal al concepto de progresismo europeo.

<sup>23</sup> Para profundizar en el concepto de la libertad entendido por Stuart Mill consultar Mill, J. S. (2017) y Pérez de la Fuente, O. (2010).

### 3.2. La libertad de expresión en Europa

En el plano opuesto, nos encontramos con la fundamentación del límite de la libertad de expresión en Europa. Frente al escaso desarrollo de la Primer Enmienda, los países europeos, cada uno en sus Constituciones han ido desarrollando derechos y libertades fundamentales entre las que se encuentra la estudiada. Podemos afrontar este apartado siguiendo dos interpretaciones. La primera, propuesta por Francisco Valiente, es estudiar cómo ha evolucionado la libertad de expresión en Europa bajo la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a pesar de haber desempeñado su labor desde 1954, comenzó su actividad el 1 de noviembre de 1998, día en que entró en vigor el Protocolo 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Valiente, 2019, p. 231). Esta fórmula nos será de gran utilidad para realizar el estudio comparado posterior, sin embargo, debemos analizar la jurisprudencia anterior a esos años para ver cuál es el punto de partida del límite. La segunda interpretación parece más acertada para establecer la raíz constitucional de la libertad de expresión, en la que Pérez de la Fuente pone como referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán.

El TEDH resuelve sus casos mediante dos principios. El primero es el principio de universalización de los derechos humanos. Existe un mínimo común, un núcleo esencial de cada derecho que no puede ser vulnerado (Valiente 2019, p. 233). Vemos aquí la primera diferencia con el sistema norteamericano. El segundo principio es el margen de apreciación nacional que se desarrolla de una forma u otra según las circunstancias particulares del país donde se juzga el asunto (Pascual, 2013, p.217). Bajo estos dos principios de actuación, explicar la doctrina europea fundamentalmente desde el punto de vista alemán puede parecer insuficiente. A pesar de esto, la línea marcada por su Tribunal Supremo se encuentra en concordancia con las resoluciones posteriores del TEDH siempre dejando este último un resquicio para ese margen de apreciación nacional.

Centrándonos por lo tanto en el país germano y manteniendo la dualidad presentada por Berlín, Alemania tiene lo que el autor considera una libertad positiva. En sus propias palabras la libertad positiva responde a la pregunta, ¿quién me controla? Y a su vez se conforma como una “libertad para”. Esta concepción de la libertad puede apreciarse cuando

una población solicita de manera directa al Estado que regule las actividades que puedan ir en contra de su voluntad (Berlin, 2001, p.144) o que el Estado tenga un papel activo para garantizar las posibilidades de realización de un proyecto de vida (Pérez de la Fuente, 2010b, p.84).

La diferencia entre la libertad positiva y negativa se fundamenta en el papel que toma el Estado en la limitación de la libertad. Para Estados Unidos, garantizar la libertad de expresión fue y es tan necesario que, hasta el propio Estado, a través de los Tribunales debe abstenerse de intervenir salvo concurrencia de violencia<sup>24</sup>. Ante el caso de conflictos de derechos, la libertad de expresión siempre es ponderada por encima de cualquier otro derecho. La cuestión radica en que en Europa esto no sucede siempre.

Nos encontramos en relación con lo anterior, con la que puede ser la primera causa de bifurcación de los límites de la libertad de expresión. Para Alemania, el valor más importante del ordenamiento jurídico es la dignidad humana, tal y como se recoge en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>25</sup>. Por otro lado, el derecho a la libertad de expresión se recoge en el artículo 5 de la misma Ley, recogándose en su segundo apartado los límites constitucionales a ésta como son, otras leyes, los menores y sobre todo el honor personal<sup>26</sup>. Según Krotoszynski, en caso de conflicto entre estos dos derechos y ponderar a favor de uno, primaría la dignidad humana por encima de la libertad de expresión (Krotoszynski, 2003, p.1553)<sup>27</sup>. La línea recogida en el art 1.1 de la Ley Fundamental tiene gran influencia en las posteriores Constituciones. Véase por ejemplo en la española, que en su artículo 10.1 protege la dignidad de la persona<sup>28</sup>, en un capítulo separado de los derechos

---

<sup>24</sup> *Branderburg v. Ohio* 395, US 444 (1969) 447 Abrams (1992: 747).

<sup>25</sup> Art 1.1 Ley Fundamental: “*La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público*”.

<sup>26</sup> Art 5 Ley Fundamental: “*1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida. 2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal*”.

<sup>27</sup> Otros autores que comparten esta tesis son Peces-Barba Martínez, G. (2002), Haupt, C. E. (2005) y Ochoa, N. (2019).

<sup>28</sup> Art 10.1 CE: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

fundamentales y de las libertades públicas<sup>29</sup>. Misma connotación encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su primer artículo hace referencia a la igualdad en dignidad y derechos<sup>30</sup>, mientras que el ámbito de la libertad de expresión queda relegada al artículo 19<sup>31</sup>.

Una segunda causa de la bifurcación de los dos caminos como bien apunta Pérez de la Fuente es la concepción de democracia militante o *Wehrhafte Demokratie*, lo cual supone que cualquier expresión con intención de destruir el autogobierno democrático no tiene ninguna protección bajo la Ley Fundamental (Pérez de la Fuente, 2010b, p.85). Este razonamiento se plasma en el artículo 21.2 y 21.3 de la Ley Fundamental y como bien apunta el autor, implica que el Estado reconoce una serie de valores superiores al resto y que, además, no se perfila como neutral ante el ataque de dichos valores, si no que los defiende bajo el imperio de la ley<sup>32</sup>.

Sin embargo, el hecho de limitar o establecer qué discurso es válido conforma un problema ciertamente peligroso como es la censura y persecución de ideas características de regímenes autoritarios. Cabe plantearse entonces si bajo un régimen democrático hay que ser tolerante con el intolerante<sup>33</sup>. Esta dicotomía tiene difícil solución. Para el caso alemán está bastante claro según el artículo 24 de la Ley Fundamental. Estados Unidos parece tomar un camino opuesto permitiendo cualquier tipo de discurso. En España resulta paradójico ya que pese a encauzarse bajo la sobreprotección de la dignidad frente a la libertad de expresión, parece adoptar una posición mucho más laxa que el resto de Europa. Claros ejemplos son la existencia y representación de partidos políticos que buscan romper con el orden

---

<sup>29</sup> Constitución española, Capítulo II, Sección 1ª: *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*: artículos 15-29.

<sup>30</sup> Art 1. DUDH: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

<sup>31</sup> Art 19 DUDH: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

<sup>32</sup> Art. 21 Ley Fundamental: “2. *Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales.* 3. *Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, quedarán excluidos de la financiación estatal. En caso de que se verifique su exclusión, también se suprimirán los beneficios fiscales y las asignaciones para estos partidos*”

<sup>33</sup> Esto es lo que comúnmente se reconoce como la paradoja de la tolerancia, desarrollada en Popper, K. R., & Gombrich, E. H. (2013).

constitucional como los partidos independentistas catalanes (JxCat, ERC) o partidos acusados de la promoción de actividades terroristas como EH Bildu. Otra forma de expresar esa diversidad de discursos políticos o de ideas es la inclusión del término “pluralismo político” entre los valores fundamentales del sistema democrático recogidos en el artículo 1.1 de la Constitución<sup>34</sup>. Podemos concluir entonces que España se encuentra dentro de la libertad positiva característica de Europa, en cabeza de la promoción de la libertad de expresión.

### 3.2.1. El caso Lüth.

Volviendo al caso alemán, de acuerdo con Pérez de la Fuente, el mejor caso que ejemplifica la disposición de la libertad positiva dentro de Alemania es el caso Lüth<sup>35</sup>. Se trata un caso singular, fundacional, donde se invocan doctrinas por primera vez como la *Drittwirkung* (eficacia frente a terceros) o *Wechselwirkung* (el efecto recíproco) que tendrán gran influencia posterior, liderando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en posteriores sentencias (Haupt, 2005 p.324)<sup>36 37</sup>.

Dejando al margen la doctrina *Drittwirkung*, debemos centrarnos en la resolución del Tribunal respecto a la protección de la libertad de expresión. Queda claro que, ante conflictos entre la dignidad de la persona y la libertad de expresión, parece el Tribunal decantarse a favor de la primera, sin embargo, las circunstancias de este caso presentaban diferencias. En este caso quien denunciaba era el que presuntamente vulneraba la dignidad de Lüth. Parece claro que si el caso se hubiese dado a la inversa (discurso del odio contra una persona de un grupo protegido, en este caso los judíos) la resolución hubiese limitado la libertad de expresión de Veit Harlam en favor de Lüth. Visto esto, la cuestión del caso reside en cómo

---

<sup>34</sup> Art 1.1 CE: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

<sup>35</sup> Los hechos son los siguientes: En Alemania, en 1950, Eric Lüth, un escritor y director de cine, publicó una carta en un periódico alemán incitando a la sociedad alemana para que no acudiesen a la emisión de un estreno de una película del director Veit Harlam, un conocido colaborador con el régimen nazi mediante la propaganda y proyección de películas antisemitas.

<sup>36</sup> Para este caso, emplearemos el caso Lüth para la ilustración de la limitación de la libertad de expresión. Para la eficacia por irradiación frente a terceros consultar: Weber, A. (1999). Quint, P. E. (1989).

<sup>37</sup> BVerfGE 7, 198.

se dispone el límite de la libertad de expresión recogido en el artículo 5.2 de la Ley Fundamental y si en este caso se protegería frente a los intereses económicos. Se establece lo que se conoce como *Wechselwirkung* o efecto recíproco, es decir, que:

*“la única forma en que un resultado puede ser alcanzado en un caso específico es, decidiendo si los valores incorporados en las leyes generales o los valores incorporados en el derecho fundamental tienen más peso bajo las circunstancias del caso y, por lo tanto, tenga el más poderoso efecto calificador en el caso particular”* (BVerfGE 7, 198).

Para solucionar un conflicto entre dos derechos es necesario acudir a las reglas de ponderación. El problema con el que se encontró el Tribunal fue que en este caso se estaba ponderando un derecho fundamental con derecho de daños, pues el acto perjudicial que afectaba al demandado residía en el interés económico de distribución de su película. Por tanto, la libertad de expresión interfería con asuntos de derecho civil y con el tráfico jurídico privado respecto otra persona.

De acuerdo con la sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no había tomado partido aún en este aspecto, a lo que argumentó:

*“Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tiene también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos – el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público”* (BVerfGE 7, 198).

Para el Tribunal, la posibilidad de interponer recurso de amparo constituía una garantía más a los individuos que podían emplear para proteger sus derechos especiales, lo que permitía conocer un asunto de derecho civil, a un Tribunal Constitucional. Finaliza la sentencia contemplando que:

*“Una controversia entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las normas de conducta del derecho civil, que han sido influenciadas por los derechos fundamentales, sigue siendo material y procesalmente una controversia del derecho civil. Se interpretará y aplicará el derecho civil, aun cuando su interpretación deba apegarse al derecho público, es decir, a la Constitución” (BVerfGE 7, 198).*

El derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos supremos bajo los parámetros establecidos por la Ley Fundamental. El límite de las leyes generales que plantea el artículo 5.2 de la Ley Fundamental opera en el caso de que se perjudique un bien jurídico protegido legalmente de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de expresión. Si no se cumplen los requisitos no se podrá intervenir ese discurso. Se debe realizar en consecuencia la anteriormente citada ponderación de derechos<sup>38</sup>. Las leyes generales mencionadas en el artículo pueden ser reglas de derecho privado que protegen intereses personales y pueden limitar el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 5.1, pero esto no quiere decir que las reglas generales de derecho privado siempre prevalezcan sobre las expresiones de opinión (Pérez de la Fuente, 2010b, pp. 93-94).

Para Krotoszinski, el Tribunal alemán dictaminó que Lüth actuó de buena fe y con convección política seria. Las opiniones políticas de Lüth representaban un asunto de esencial importancia para el pueblo alemán después de los acontecimientos nazis de años atrás. (Krotoszinski, 2003, p. 1553). En otras palabras, la *ratio decidendi* del caso fue la relevancia para el orden público y las buenas costumbres alemanas del discurso empleado.

La dualidad de la resolución fue la siguiente, por un lado, la apelación de boicot para el tribunal era contraria a las convicciones democráticas del Estado de Derecho y las

---

<sup>38</sup> Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth], Centro de estudios Palermo CELE.

costumbres del pueblo alemán (Alexy, 2003, p.133). Sin embargo, desde el sentido expuesto por el Código Civil, el discurso no era contrario a las buenas costumbres, pues el motivo era real y no se basaba en intereses económicos, si no en convicciones políticas de esencial importancia para el pueblo alemán, en relación con la etapa de nazismo sufrido años atrás (Quint, 1989, p. 285). Este segundo argumento fue el que empleó el Tribunal como *ratio decidendi* para ponderar a favor de la libertad de expresión (Pérez de la Fuente, 2010b, p. 95). Dicho de otra forma, en la ponderación del caso Lüth no se reconoce un derecho frente al Estado, sino que prevalece la visión de que el boicot defiende los valores centrales del consenso constitucional como democracia militante y, por ende, aumenta el bienestar general, estableciendo un firme compromiso contra la vinculación de Alemania con el nazismo (Pérez de la Fuente, 2010b, p. 96).

Concluyendo con este apartado, entendemos que la raíz de la limitación de la libertad de expresión se centra, primeramente, en si vulnera la dignidad de la persona, que recordemos es el derecho superior del orden constitucional, y en segundo lugar, dependiendo de donde se sitúe el objetivo contra el discurso nazi. Parece claro que, si el discurso de Lüth no hubiese involucrado referencias al nazismo no hubiese sido protegido, pues promover un boicot de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal entraba en conflicto con las buenas costumbres de Alemania.

El problema que plantea esta concepción es la subjetividad respecto al caso. Queda claro que el Estado adopta una posición no neutral para salvaguardar derechos fundamentales como la dignidad, la libertad o la integridad y más aún contra discursos nazis con el daño moral que suponen. Este problema se desdobra en dos variantes. La primera es la comparación de trato con otros grupos protegidos, véase inmigrantes turcos en Alemania o incluso homosexuales (Haupt, 2005, p. 334). La segunda es el problema de pendiente resbaladiza que implica la protección de ciertos derechos para grupos vulnerables concretos, argumentando que esa protección se encuentra al amparo de los valores centrales constitucionales de esa democracia militante. Esto último puede desembocar en que la protección de un único grupo determinado, dejando al margen al resto, desemboque una vez se radicaliza, en el establecimiento de grupos privilegiados sobre los cuales cualquier opinión contraria a ellos fuese prohibida.



## 4. ESTUDIO DEL DISCURSO DEL ODIO COMO LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Se realizará a continuación un estudio comparado de las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo de Estados Unidos y del TEDH. Una vez que los ordenamientos jurisdiccionales de los países europeos se sometieron al principio de primacía del ordenamiento europeo, carece de sentido comparar un solo país con Estados Unidos. Alemania ha sido empleada para esclarecer el funcionamiento de la libertad positiva en oposición a la negativa. Abandonando esta división debemos centrarnos en Europa como un mismo orden jurisdiccional, siempre dejando un margen de apreciación nacional dependiendo de las circunstancias del caso<sup>39</sup>. Por último, creo considerable enmarcar a España y las sentencias de su Tribunal Constitucional en un apartado especial fuera de este para ver cómo, aun compartiendo puntos comunes con el discurso del odio europeo, parece en algunos casos posicionarse a favor de un concepto de libertad de expresión más amplia.

### 4.1. Análisis comparado

Queda claro que, para Estados Unidos, la libertad de expresión se configura como el bien jurídico supremo, prácticamente intocable e imperturbable. El desarrollo básico es la concepción del mercado de las ideas y que estas compiten entre sí en libertad, no existiendo la verdad absoluta sobre una situación (*Gertz*, 1974). Dicho mercado actúa bajo la perspectiva liberal de *laissez faire*, en el que el Estado debe posicionarse neutramente respecto a cualquier clase de discurso. Por el contrario, la libertad de expresión concebida a través de la

---

<sup>39</sup> El TEDH vincula a aquellos países que han firmado el Convenio Europeo de DDHH y que comparten la visión, interpretación y sentido de estos derechos, aunque sigan existiendo diferencias entre los diversos países. El Tribunal lo que busca es homogeneizar la interpretación del Convenio sobre todo en aquellos casos en los que una mayoría de Estados apuestan por una concreta interpretación, cuando esto no ocurre deja un margen de apreciación a los Estados, esto hace que la jurisprudencia no sea estática y vaya evolucionando a lo largo de los años.

democracia militante alemana se encuentra subsidiariamente posicionada en relación con la dignidad de la persona. El Estado actúa a favor de una serie de derechos fundamentales superiormente éticos y los pondera en caso de conflicto con otros derechos, siempre bajo el amparo de las buenas costumbres alemanas (Lüth, 1958).

Ahora bien, las sentencias a las que nos hemos referido en apartados anteriores cuentan con más de 50 años de antigüedad y es cierto que han servido como punto de referencia para entender la división empleada por Berlin acerca de la libertad, sin embargo, debemos entender cómo ha ido evolucionando dicha configuración. En Estados Unidos, se han resuelto casos que han modificado la doctrina del *Peligro claro e inminente*, por otro lado, Alemania, como la mayoría de los países europeos depende jerárquicamente de las resoluciones del TEDH en materia de derechos fundamentales.

El camino de Estados Unidos evolucionó de forma singular. En primer lugar, *Abrams v United States* proporcionó un punto de partida sólido a la hora de justificar las decisiones posteriores del Tribunal Supremo respecto al delito de odio. En segundo lugar, se estableció como límite la doctrina del *Peligro claro e inminente*, redactada en *Schenck v. United States*. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha continuado con la aplicación de esta última, siendo incluso revocada en 1969 por la sentencia *Brandenburg v. Ohio*<sup>40</sup>.

Dicha sentencia, cambia la forma con la que se limita la expresión de un discurso<sup>41</sup>. Para *Schenck*, el discurso debía establecer un peligro claro e inminente pero la aproximación no era del todo precisa pues existían ciertos discursos como en *Dennis v. United States* que, sin suponer un peligro claro e inminente, se consideraban que hacían apología a la sedición y por lo tanto eran constitucionalmente inválidos.

---

<sup>40</sup> El caso *Brandenburg* fue notablemente importante en la doctrina americana ya que no solo anuló la sentencia *Schenck* si no la mayoría que continuasen con la doctrina del peligro inminente y claro. Entre ellas destacan los casos *Whitney v. California*, *Gitlow v. New York* o *Dennis v. United States*. Dichos casos son muy interesantes a la hora de analizar la desprotección de discursos que atacan al Estado, en la relación con la Primera y Decimocuarta Enmienda, sin embargo, debido a su extensión merecen un análisis separado en otro estudio.

<sup>41</sup> Los hechos fueron los siguientes: Clarence Brandenburg, líder del Ku Klux Klan de Ohio dio un discurso en una de las granjas pertenecientes a la organización. En dicho discurso se pronunció a favor de la venganza sobre los “niggers y los judíos llamando públicamente a su expulsión y afirmando que si el Presidente de Estados Unidos y el Tribunal Supremo continuasen con la supresión de sus derechos de la raza caucásica en referencia a los otros colectivos posiblemente se preparasen para la venganza. El discurso fue grabado y emitido por numerosas radios y se le acusó a Brandenburg por apelación a la acción violenta bajo el Ohio Criminal Syndicalism Act (Parker, 2003, p. 145).

El caso *Brandenburg* introduce una nueva aproximación a esta limitación estipulando que:

*“las garantías constitucionales de la libertad de expresión y la prensa libre no permiten al Estado prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza o la violación de la ley, excepto cuando esa defensa está dirigida a incitar o producir una acción ilegal inminente o es probable que incite o produzca esa acción” (Brandenburg, 1969, p. 447)<sup>42</sup>.*

La libertad de expresión pasó a estar protegida en cualquier ámbito salvo que el discurso mantuviera una intención de causar violencia y alta probabilidad de causar ese resultado de forma inminente. Esto es lo que se conoce como Test de Brandenburg, empleado por el Tribunal para considerar si ciertos discursos pudieran estar limitados en base a esos dos factores (Lynd, 1975, p. 154)<sup>43</sup>. La única incompatibilidad con la idea del daño real e inminente se producía con discursos no violentos contra el orden jurisdiccional como el caso *Dennis*. Siguiendo esta misma línea jurisprudencial y para proponer una solución a este tipo de discursos de corte comunista, el Tribunal en *Yates v. United States* concluyó que, para ciertos discursos con referencias a derrocamientos por la fuerza del gobierno, la defensa de la acción violenta que se tomara era suficiente para su condena sin ser necesario apreciar la inminencia del acto (*Yates*, 1957)<sup>44</sup>.

Nos encontramos por lo tanto con el primer límite a la libertad de expresión norteamericana. No podemos hablar de discurso del odio como tal si no de la violencia y peligro que emana del discurso pronunciado.

Existe otra alternativa por la que el Tribunal Supremo prohibió cierto tipo de discurso bajo el amparo de la doctrina conocida como *Fighting words* o palabras belicosas<sup>45</sup>. La sentencia que asienta esta doctrina es la conocida *Chaplinsky v. New Hampshire*<sup>46</sup>. Por

---

<sup>42</sup> Traducción de: *the 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.* (395 U.S. 444 (1969) (per curiam). Justices Black and Douglas filed separate concurrences. Id. at 449 (Black, J., concurring); id. at 450 (Douglas, J., concurring).

<sup>43</sup> Para ver más acerca del Test de Brandenburg consultar Lynd, S. (1975).

<sup>44</sup> *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

<sup>45</sup> *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 568 (1942).

<sup>46</sup> Los hechos del caso son los siguientes: Walter Chaplinsky, un cura perteneciente a los Testigos de Jehová comenzó a repartir una serie de folletos y papeles acerca de las religiones organizadas. La multitud que se formó a su alrededor empezó a actuar de forma hostil y comentaron a la policía local que muchos se estaban sintiendo

primera vez, el Tribunal Supremo castigó el uso de ciertas palabras en discursos, desarrollando una doctrina que pese a no ser de aplicación hoy en día, podría haber supuesto el inicio de una corriente restrictiva dentro del liberalismo constitucional estadounidense, argumentando que no toda manifestación quedaba amparada por la Primera Enmienda. En palabras de Caine, el caso *Chaplinsky* es considerado como una tragedia para la jurisprudencia de la libertad de expresión en dos aspectos. Primero por cómo el Tribunal talló de forma mayoritaria varias excepciones a la Primera Enmienda. Segundo por cómo la doctrina de las palabras belicosas es una corriente tan mal concebida que en los siguientes 62 años de sentencias del Tribunal Supremo nunca se condenó a ningún sujeto basándose en estas premisas (Caine, 2004, pp. 443-444). *Chaplinsky* fue condenado por unanimidad del Tribunal bajo el presupuesto:

*“Nadie dirigirá ninguna palabra ofensiva, burlona o molesta a cualquier otra persona que esté legalmente en cualquier calle o lugar público, ni lo llamen por ningún nombre ofensivo o burlón, ni hagan ningún ruido o exclamación en su presencia y audiencia con la intención de burlarse, ofender o molestarle, o impedirle que siga con sus negocios legítimos u ocupación” (Chaplinsky, 1942, p. 569)<sup>47</sup>.*

Ya de primeras, este argumento parece discordante con la jurisprudencia recogida en *Abrams* y más recientemente en *Brandenburg*. Podríamos asemejar el argumento a la prohibición del discurso comunista en *Dennis* o *Yates*, sin embargo, no parece incitar directamente a una violencia.

El hecho de llamar fascista a un agente muestra más un comportamiento insultante y ofensivo que directamente querer ejercer una violencia sobre él, al igual que llamar fascista a un gobierno no muestra querer ejercer violencia física sobre este, sino más bien proferir un

---

ofendidos por el lenguaje que *Chaplinsky* estaba utilizando. La policía advirtió a *Chaplinsky* que estaba molestando a cierta audiencia las cuales el cura obvió y continuó con su discurso. Más tarde, tras formarse una tangana, la policía detuvo a *Chaplinsky* por la fuerza, quien gritó al policía que era un maldito chantajista y fascista y que todos los agentes del gobierno de la zona eran fascistas o agentes del fascismo (Cain, 2004, pp. 446-447).

<sup>47</sup> Es la traducción propia de: *No person shall address any offensive, derisive, or annoying word to any other person who is lawfully in any street or other public place, nor call him by any offensive or derisive name, nor make any noise or exclamation in his presence and hearing with intent to deride, offend or annoy him, or to prevent him from pursuing his lawful business or occupation (Chaplinsky, 1942, p. 569).*

insulto u opinión. No son equiparables las expresiones “te voy a matar maldito fascista” que “eres un cerdo fascista”. Independientemente de lo anterior, el Tribunal condenó a Chaplinsky por el empleo de dichas palabras catalogándolas de belicosas. Dichas palabras infringían daño y tendían a incitar la inmediata ruptura de la paz, lo que se traducía en la producción de altercados públicos (Fayos Gardo, 1996, p. 4099). Bajo estas premisas, parece lógico aplicar la misma línea argumental a *Schenck* y a *Abrams* pues tendían a la inmediata ruptura de la paz pública y producían altercados públicos. Posiblemente para *Schenck* fuese más difícil su aplicación pues se condenó al líder del partido, no a los distribuidores del folleto.

Argumentar que las palabras proferidas por Chaplinsky no se encontraban amparadas bajo la protección de la Primera Enmienda, supondría romper con la línea jurisprudencial de los últimos 20 años. Como es lógico, y tal y como postula Caine, se han comentado ciertas referencias acerca de esta, pero el Tribunal se ha decantado por su inaplicación a la hora de penar ciertos discursos. Un caso en el que sí se podría haber aplicado pudo ser *Cohen v. California*<sup>48</sup>, pero parece que el Tribunal Supremo se abstuvo y hoy en día se abstiene de penar este tipo de conductas.

La posición europea respecto al discurso del odio aun siendo confusa, es considerablemente más precisa y clara que la del país norteamericano. La mayoría de los órdenes constitucionales que componen la Unión Europa promulgan como valores supremos la libertad, la dignidad y la igualdad, si bien la libertad de expresión queda reservada a artículos posteriores como ejemplifica la Constitución Española o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En 1997, se definió al odio como un concepto jurídico que englobaba todas las formas de expresión que difundían, incitaban, promovían o justificaban el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por nacionalismo agresivo y etnocentrismo así como la discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante (Recomendación R(97) 20 del Comité de Ministros 30 de Octubre de 1997). Por otro lado, es complicado definir como tal el discurso del odio y parece no haber un consenso acerca de la universalidad de su

---

<sup>48</sup> *Cohen v. California* 403 U.S. 15 (1971).

definición<sup>49</sup>. Para el Consejo de Europa la identificación de expresiones que involucren el discurso del odio es ciertamente confusa ya que este tipo de discurso no necesariamente se manifiesta en expresiones de odio o emociones. Puede ser ocultado en declaraciones que a primera vista pueden parecer racionales<sup>50</sup>.

Debemos seguir la tendencia alemana, en la que el derecho a la dignidad conforma el centro y punto de referencia del ordenamiento jurídico. En palabras de Ochoa, la dignidad se interpreta como una noción pre jurídica que refleja una cualidad intrínseca al ser humano y que constituye el fundamento de los demás derechos (Ochoa, 2019). Siendo entonces la dignidad la piedra angular de protección jurídica, se le interpone a la libertad de expresión límites concretos e implícitos en el artículo 10.2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales<sup>51</sup>. Europa de este modo, recoge en legislación, no en jurisprudencia, límites factibles que, si bien respetan el margen de apreciación nacional, presuponen un marco jurídico de mayor facilidad de aplicación que las numerosas doctrinas estadounidenses de *Schenck*, *Brandenburg* o *Chaplinsky*.

A pesar de esta concreción y como apunta Valiente, el TEDH entiende que la libertad de expresión es un derecho susceptible de ser ejercido de forma incorrecta o abusiva y, por lo tanto, susceptible de ser coartado por el artículo 17 del Convenio, que prohíbe específicamente el abuso del derecho. Entre el uso legítimo y el abuso del derecho hay una zona fronteriza, un estrecho margen donde resulta necesario determinar qué criterios emplea el TEDH para definir cuándo una legislación nacional está causando una vulneración controvertida del derecho a la libertad de expresión. El asunto ya no se puede considerar una cuestión nacional sino una violación de ese marco común irrenunciable y universal de los derechos fundamentales (Valiente, 2019, pp. 235-236).

---

<sup>49</sup> European Court of Human Rights, Hate Speech, par. 4 (2012).

<sup>50</sup> Council of Europe, Hate Speech para. 2 (2009).

<sup>51</sup> Art 10.2 Conv. Roma. 1950: 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.

Una de las sentencias de referencia que establece el límite europeo a la libertad de expresión es *Handyside v. United Kingdom* en la que se estipuló lo siguiente:

*“el tribunal ha declarado explícitamente que la libertad de expresión protege no sólo la "información" o las "ideas que son favorablemente recibidos o considerados como inofensivos o como una cuestión de indiferencia, pero también [protege] a los que ofenden, chocan o molestan. Tales son las exigencias de ese pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin la cual no hay una "sociedad democrática" (Handyside, 1976)<sup>52</sup>.*

El TEDH ha venido aplicando lo que se ha venido denominado el Test de tres puntas o de Estrasburgo para delimitar las tres condiciones por las que se puede limitar la libertad de expresión<sup>53</sup>. En primer lugar, es necesario que la acción de infracción esté prevista en la ley<sup>54</sup>. Segundo, que la limitación estipulada en esa ley sea necesaria en una sociedad democrática para la protección de la moral<sup>55</sup>. Por último, que la interferencia a la libertad de expresión persiga un objetivo legítimo<sup>56</sup>.

Se procede a continuación a hacer un análisis comparativo respecto al principio de actuación tanto del Tribunal Supremo de Estados Unidos como el TEDH en Europa.

La primera sentencia analizada en el presente trabajo fue *Schenck v. United States* en la que se condenó al líder de un partido por promover el rechazo al servicio militar

---

<sup>52</sup> *Handyside v. United Kingdom*, 24 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 23 (1976).

<sup>53</sup> *Kriska* se refiere a este como a *Three-Pong test*, mencionado en *Muller v. Switzerland*. Valiente opta por la denominación de Test de Estrasburgo.

<sup>54</sup> Bajo el término ley, el TEDH entiende como ley todas sus formas, en su sentido substantivo. En *Sunday Times v. United Kingdom* estipula que: it would clearly be contrary to the intention of the drafters of the Convention to hold that a restriction imposed by virtue of the common law is not “prescribed by law” on the sole ground that it is not enunciated in legislation: this would . . . strike at the very roots of that State’s legal system (*Sunday Times*, 1979). *Sunday Times*, 30 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 30.

<sup>55</sup> *El problema de esta condición reside en la definición de moral para cada país. En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral. La idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la «necesidad (...) de una restricción o sanción» destinada a dar una respuesta a ello” (Handyside, 1976).*

<sup>56</sup> Las restricciones de los derechos humanos deben de estar adoptadas en base al interés público, la sociedad y los derechos del resto de la gente dentro de esta. (Thoma, 2011) See *Thoma v. Luxemborg*, 2001-III Eur. Ct. H.R. 67, 84.

obligatorio. Siguiendo esta línea, destaca en Europa *Ergin v. Turkey*, en la que el acusado fue condenado por incitar a evitar el servicio militar obligatorio<sup>57</sup>. El Tribunal turco falló que las manifestaciones expresadas por los acusados involucraban una vulneración de la seguridad e integridad nacional. El TEDH desestimó el caso y declaró inocente al acusado bajo la tercera condición del Test anterior y declarando que el encarcelamiento era totalmente desproporcionado en relación con la defensa de la seguridad nacional del país<sup>58</sup>. Debemos recordar que *Schenck* fue anulado por *Brandenburg*, dando lugar al concepto de acción ilegal inminente. Llegados a este punto observamos cierta semejanza entre ambas líneas jurisprudenciales acerca de la libertad de expresión en relación con el rechazo al servicio militar. Si bien no podemos catalogar este discurso como de odio, ambas sentencias suponen un cauce común a por qué el rechazo de una práctica militar se encuentra amparada bajo la libertad de expresión<sup>59</sup>.

Las primeras discrepancias aparecen cuando se comienza a hablar de grupos o clases protegidas. Ambos tribunales toman caminos diferentes a la hora de analizar si ciertos discursos incitan al odio contra dichos grupos o si interfieren con sus derechos (al honor, ofensa, vejación, escarnio).

El primer grupo objeto de discusión son los judíos en relación con lo acontecido en el Holocausto. Por parte del Tribunal Supremo estadounidense destaca el peculiar caso *Village of Skokie v. NSPA*<sup>60 61</sup>. Lo que debía plantearse el Tribunal correspondiente en este caso era si la marcha del grupo neonazi suponía una incitación clara a la violencia. El testimonio de los supervivientes declaraba que el hecho de ver dichos símbolos disparaba miedo, trauma y les generaba violencia debido a la persecución que sufrieron (Downs, 1984, p. 629). El Tribunal le concedió el permiso a la ciudad para prohibir la marcha, sin embargo,

---

<sup>57</sup> 2006-VI Eur. Ct. H.R. 325, 329–30.

<sup>58</sup> Otros pronunciamientos similares acerca del alcance del fin legítimo son *Piermont v. France o Thoma v. Luxemburg*.

<sup>59</sup> Otra sentencia relevante aplicable a este caso puede ser *Cohen v. California*.

<sup>60</sup> *Village of Skokie v. National Socialist Party of Am.*, 51 Ill. App. 3d 279, 366 N.E.2d 347 (1977).

<sup>61</sup> Los hechos fueron los siguientes: en mayo de 1977, un grupo de jóvenes pertenecientes al partido nacionalsocialista de América convocaron una marcha por el ayuntamiento de la ciudad de Skokie para demostrar el poder de la raza blanca empleando simbología nazi como esvásticas, recordando elementos del holocausto. Varios supervivientes judíos que vivían en los barrios cercanos a donde se iba a producir la marcha declararon que la marcha atentaba contra su persona y que emplearían la violencia si era necesario para detener la marcha (*Skokie*, 1997).



NSPA demandó a la ciudad de Skokie en *NSPA v. Village os Skokie*<sup>62</sup> por las ordenanzas que contenían el permiso de prohibición, asunto llevado hasta el Tribunal Supremo<sup>63</sup>. Finalmente, el Tribunal sentenció que la ordenanza emitida que prohibía la manifestación del grupo era inconstitucional ya que

*“el resultado que hemos alcanzado está dictado por la proposición fundamental que, si esos derechos civiles deben permanecer vitales para todos, debemos proteger no sólo aquellos que la sociedad caracteriza como aceptables, sino también aquellos cuyas ideas bastante justificadamente rechaza y desprecia”* (Collins, 1978).

En el plano opuesto observamos como Europa ha calificado a los judíos como grupo protegido. Varios casos demuestran la intolerancia del TEDH ante el discurso del odio frente a este grupo generalmente bajo la forma de negación del Holocausto o antisemitismo. Así lo demuestra *Garaudy v. France* en la que se condenó a un político francés por aprovecharse de una cuestión internacional como era lo acontecido entre Israel y Palestina, para considerar la negación del Holocausto y difundir un mensaje de odio (*Garaudy*, 2003). En esta misma línea destaca el asunto *Gollnisch v. France*, en la que se condenó a un eurodiputado y profesor por negacionismo, siendo su responsabilidad personal mayor debido a la misión docente de su profesión (*Gollnisch*, 2011).

El segundo grupo que es necesario analizar es el colectivo homosexual. En el orden norteamericano destaca la sentencia *Snyder v. Phelps*<sup>64 65</sup>. Bien es cierto que en este asunto puede aplicar de forma u otra la libertad de ideología o religiosa, sin embargo, parece claro que el discurso emitido por los manifestantes incluía mensajes de odio al colectivo

---

<sup>62</sup> *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

<sup>63</sup> Este asunto fue llevado a distintas jurisdicciones a la par con otros procedimientos en los que concurrían los mismos personajes. *Village of Skokie v. National Socialist party of America* corresponde a el asunto juzgado en Cook County, mientras que *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* corresponde al ámbito federal. Del mismo modo sucede con (*Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Circ. 1978) y *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916 (1978) (denying certiorari).

<sup>64</sup> *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

<sup>65</sup> Los hechos fueron los siguientes: Matthew Snyder fue un militar estadounidense fallecido en Iraq. Abiertamente gay, durante su funeral, miembros de la Wetsboro Baptist Church se manifestaron contra los militares homosexuales y contra el colectivo en general pronunciando expresiones tales como “tropas de maricones” “arderéis en el infierno”. La WBC se ha considerado abiertamente homófoba entre otras varias discriminaciones hacia grupos protegidos.

homosexual, incluyendo expresiones como “vas a ir al infierno” o “tropa de maricones”. El Tribunal Supremo a pesar de esto, falló a favor de la congregación argumentando que todo discurso pronunciado en dominio público quedaba amparado bajo la Primera Enmienda, siendo inexigible la responsabilidad civil por el daño causado o sentimiento infringido (Snyder, 2011). Contrariamente en Europa sí se ha restringido en numerosas ocasiones el discurso homófobo pero el camino no ha sido verdaderamente fácil. El Tribunal de Estrasburgo ha vivido una complejísima evolución en el tratamiento de la homofobia, comenzando por entender legítimas las leyes penales que castigaban esta conducta, hasta una considerable protección y reconocimientos de los derechos del colectivo LGTBIQ+ (Valiente, 2019, p. 241). Fruto de esta evolución destaca el asunto *Vejdeland v. Sweden*, en la que se condenaba a un grupo de personas por distribuir folletos en las taquillas de los estudiantes en un colegio de secundaria<sup>66</sup>. Dichos folletos contenían mensajes criticando el comportamiento homosexual como una desviación humana que destruía a la sociedad (Vejdeland, 2012). La resolución del TEDH fue sin duda polémica pues dejaba una puerta abierta a la exclusión de información o ideas que nos ofendían, sorprendían o molestaban dentro de la libertad de expresión<sup>67</sup>. Aun ampliando este margen de inclusión de expresiones posiblemente molestas u ofensivas para ciertos colectivos, el TEDH argumentó que el discurso de los folletos era perjudicial e insultante y que la libertad de expresión empleada de forma irresponsable no merecía la protección constitucional (Vejdeland, 2012)<sup>68</sup>.

Bajo esta argumentación parece claro que es imposible conocer exactamente si el discurso pronunciado puede ser catalogado como de odio y regularlo. No fue hasta la sentencia *Da Silva Mouta v. Portugal* que se consideró la homofobia como un tipo de discriminación<sup>69</sup>. Aun así, y siendo más proteccionista que Estados Unidos en la limitación del discurso contra este colectivo, no hay una plena protección constitucional de este

---

<sup>66</sup> *Vejdeland v. Sweden*, App. No. 1813/07 ¶¶ 1, 8 (Eur. Ct. H.R. Feb. 9, 2012).

<sup>67</sup> Traducción propia de: “that freedom of expression is applicable not only to information or ideas that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb” (Vejdeland, 2012, pp. 54–55).

<sup>68</sup> The language was “serious,” “prejudicial,” and “insulting.” It also maintained that speech used in an “irresponsible manner” may not be worthy of protection (Vejdeland, 2012, p. 55).

<sup>69</sup> Anteriormente, sentencias como *X v. R.F.A* condenaban ciudadanos por el hecho realizar conductas homosexuales, que en muchos países estaban tipificadas.

colectivo en ciertos países de Europa<sup>70</sup>. Es tal este punto que no todos los países reconocen derechos a los homosexuales en relación con el matrimonio o con la adopción.

El último punto para analizar es el caso de ideologías extremistas contra grupos protegidos. En el caso de Estados Unidos el ejemplo más claro es el colectivo afroamericano. Por parte de Europa existen varios grupos a los que atenerse, entre los que destacan el colectivo árabe, la raza gitana y otros colectivos generalmente relacionados con el racismo, el terrorismo o la seguridad nacional. Respecto al caso estadounidense destaca la referente *R.A.V v. St. Paul*<sup>71 72</sup>. A pesar de suponer un ataque directo a la familia, el Tribunal declaró la ordenanza como inconstitucional negándose a aplicar la doctrina de las *Fighting words*. De acuerdo con Carrasco, una restricción a las palabras belicosas sólo sobrevivirá a la revisión constitucional si todas las palabras belicosas son proscritas, y el Estado no puede clasificar las palabras belicosas específicamente relacionadas con clases protegidas o grupos (Carrasco, 1992, p. 733). A los ojos del mercado de las ideas, si el Tribunal hubiese declarado válida la ordenanza seguiría los pasos de Europa pues adoptaría una posición favorable a la tolerancia, abandonando su supuesta posición de neutralidad.

Es curioso afirmar pese a lo anterior, que la posición del Tribunal parece coherente con la línea jurisprudencial que venía argumentando desde años atrás. Europa a diferencia, ha sido más severa a la hora de castigar este tipo de conflictos. El caso más ejemplificador sobre un discurso del odio frente a extranjeros puede ser el asunto *Feret v. Belgium*, en el que se condenó a un político belga que incluyó en su programa electoral propaganda islamofóbica haciendo referencia este colectivo como “cus-cús klan”. Lo mismo sucede con la apología a mensajes terroristas o extremistas como en *Gunduz v. Turkey* en la que se condenó al acusado por sus manifestaciones a favor de la implementación de la Sharia y la Yihad. Igualmente ocurre cuando el grupo especial pertenece a alguna religión, como en el asunto *E.S v. Austria*

---

<sup>70</sup> En muchos países del este europeo se siguen poniendo trabas a la protección de este colectivo. Sentencias como *Baczowski y otros v. Polonia*, *Alekseyev v. Rusia*, *Bayev y otros v. Rusia* han ayudado a establecer ciertas restricciones a acciones tachadas de homófobas o contrarias a la homosexualidad. (Valiente, 2019, pp. 241-242).

<sup>71</sup> *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

<sup>72</sup> Los hechos del caso son los siguientes: La ciudad de St. Paul emitió una ordenanza por la cual se prohibía la realización de cualquier símbolo en propiedad privada en referencia al nazismo o movimientos similares al Ku Klux Klan (ver nota 71). En 1991 unos adolescentes quemaron unas sillas en forma de cruz en el jardín de una familia afroamericana (RAV, 1992).

en la que se condenó a una conferenciante por afirmar que Mahoma había cometido pederastia<sup>73</sup>. Parece claro entonces que Europa se muestra más restrictiva en este aspecto.

## 4.2. Críticas a los ordenamientos

Una vez expuesto qué posición adopta cada uno de los ordenamientos respecto a limitar el discurso, debemos plantearnos cuál parece más acorde a los estándares democráticos del siglo en el que nos encontramos. La solución es verdaderamente difícil pues incluso juristas y jueces de los respectivos órdenes discrepan entre ellos en la aplicación del límite o no. Sin ir más lejos en la sentencia *RAV*, el propio Juez Scalia admite que *“no hay error sobre nuestra creencia de que quemar una cruz en el jardín de uno es reprobable. Pero St. Paul tiene suficientes medios a su disposición para proteger ese comportamiento sin lanzar la Primera Enmienda al fuego”* (R.A.V, 1992, p. 396)<sup>74</sup>. Pero a su vez el Juez White y el Juez Stevens realizaron sendos votos disidentes en los que se afirmaba que *“caracterizando las palabras belicosas como una forma de “debate” la mayoría legítima el lenguaje del odio como una forma de discusión pública”*. Frente a la concepción *laissez faire* de la libertad, en la que el mercado de las ideas actúa como un mercado desregulado, autores como Ingrer afirman que el mercado de las ideas funciona como una profecía que se autocumple, en el sentido de que la existencia de un libre mercado de ideas al igual que en la política, en la economía y en la sociedad, es difícil sostener que no está intervenido (Ingrer, 1948, p.48). Esto se demuestra en los casos en los que el Tribunal Supremo no actuó neutralmente como puede ser el aborto, la esclavitud o delitos contra la seguridad nacional.

En Europa el problema tiene una base diferente. No existe un criterio, una doctrina o una metodología que nos permita aventurar cuándo el TEDH va a aplicar o no el margen de apreciación nacional. Ésta es la principal crítica que se hace al mismo: la falta de

---

<sup>73</sup> Pese a ser una clase o grupo protegida, la libertad de expresión en relación con la libertad religiosa abarca un campo complementario pero distinto en el delito de odio. Ya no hablamos de la relación del derecho a la libertad de expresión con el discurso o delito de odio si no de la comisión de otros delitos como puede ser el escarnio o la profanación. Es por esto por lo que creo que merece un estudio aparte, más complejo y extenso del que se pueda hablar aquí. En relación a este campo véase: Pérez de la Fuente, O. (2015) o Guirao, R. A. (2017).

<sup>74</sup> *R.A.V. v. St Paul* 112 s Ct 2538 (1992) 396.

sistematización que deviene en inseguridad jurídica. Se trata, pues, de un mecanismo de resolución de conflictos elaborado a golpe de sentencia (De Montalvo, 2012, pp. 151 y ss.). Es decir, favorecer la permisión del margen de apreciación nacional no permite establecer un orden constitucional unitario acerca de cómo limitar la libertad de expresión, condenando en ocasiones actos, que realizados en otros países no supondrían una conducta punible. Incluso en el asunto *Verjeland* se muestran ciertas discrepancias entre los miembros del TEDH. En palabras del Juez Vladimiro Zagrebelsky:

*“La regulación del contenido y las restricciones de la palabra basadas en el contenido se basan en el supuesto de que ciertas expresiones van "contra el espíritu" de la Convención. Pero los "espíritus" no ofrecen normas claras y están abiertos al abuso. Los seres humanos, incluidos los jueces, se inclinan a etiquetar las posiciones con las que no están de acuerdo como palpablemente inaceptables y, por lo tanto, fuera del ámbito de la expresión protegida. Sin embargo, es precisamente donde nos enfrentamos a las ideas que aborrecemos o despreciamos donde tenemos que ser muy cuidadosos en nuestro juicio, ya que nuestras convicciones personales influyen en nuestras ideas sobre lo que es realmente peligroso” (Vejdeland, 2012)<sup>75</sup>.*

Merece la pena plantearse qué sucedería si algunos de los asuntos más importantes ya mencionados se hubiesen enjuiciado en el continente opuesto. Queda claro que tanto el caso *Skokie* y *R.A.V* hubiesen sido condenados en Europa y las ordenanzas hubiesen prevalecido como constitucionalmente válidas. Contrariamente, tanto los casos *Golnisch*, *Garaudy*, *Feret* como *ES* hubiesen sido desestimados y se hubiese absuelto a los acusados en Estados Unidos. Los casos que pueden suscitar más duda son *Gunduz* y *Vejdeland*. El primero por la postura de Estados Unidos frente al terrorismo yihadista tras los atentados del 11-S. El segundo depende de las circunstancias. Si los folletos se hubiesen repartido en un espacio público posiblemente se encontrarían al amparo de la Primera Enmienda, si se hubiesen repartido en un colegio posiblemente se hubiese condenado a los repartidores<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> *Vejdeland v. Sweden*, App. No. 1813/07 ¶¶ 1, 8 (Eur. Ct. H.R. Feb. 9, 2012), (Spielmann, J., concurring).

<sup>76</sup> Respecto a la homosexualidad, depende fundamentalmente del número de jueces conservadores en el Tribunal.

¿Qué sistema por lo tanto es mejor y más compatible con una democracia actual? A mi juicio creo que ninguno de los dos sistemas es plenamente compatible. La solución más aceptable se encuentra en el punto medio de las dos corrientes. Por un lado, no podemos considerar el mercado de las ideas como el fundamento único de la libertad de expresión permitiendo actuaciones como las descritas en *Skokie*. Es cierto que el Tribunal Supremo ha mantenido su coherencia a la hora de juzgar estos casos, pero aun así muestra numerosas incoherencias en temas anteriormente mencionados. Incluso resulta contraproducente permitir ciertos discursos de odio cuando la Constitución expresa un compromiso con la igualdad racial y se muestre neutral frente a muestras de intolerancia a los miembros de las minorías raciales. La Constitución sí tiene unos valores, no es axiológicamente neutra (Pérez de la Fuente, 2010b, p. 83). El coste de la libertad, desde la perspectiva norteamericana, supone que los miembros de las minorías se consideren como víctimas de algunos discursos de los demás. De ahí que la visión norteamericana de la libertad de expresión pueda ser conceptualizada como un dilema entre libertad e igualdad (Fiss, 1996, p. 21).

Por otro lado, tener un Estado subjetivo, no neutral, que protege a determinados colectivos tiene tres problemas. Dos de los cuales ya han sido mencionados anteriormente, que el Estado se vuelva de carácter paternalista y que este paternalismo desemboque en un sistema de censura y persecución más característicos de regímenes autoritarios que de democracias plenas. A pesar de lo anterior, estos dos problemas son difíciles de encontrar, siendo a día de hoy el verdadero problema la falta de seguridad jurídica causada por el margen de apreciación nacional.

El triple Test de Estrasburgo funciona como parche a la hora de limitar ciertos discursos, pero deja al margen de los estados cuestiones relativas a los derechos fundamentales, rompiendo con el derecho a una tutela judicial efectiva recogido en el Convenio de Roma. Probablemente el método americano sea el más liberal y sin duda permita una mayor libertad de expresión e incluso general, pero no parece que esta situación haya siempre sido así y difícilmente lo será.

## 5. EL DISCURSO DEL ODIOS: ENFOQUE ESPAÑOL

Se propone en este último epígrafe realizar un análisis desde una perspectiva constitucional y penal, la inclusión del delito de odio en el Código Penal español de 1995. Una vez establecido qué camino ha seguido la jurisprudencia de ambos órdenes, resulta interesante ver si España optó por una limitación de término negativa de la libertad de expresión o si se desmarca ligeramente del intervencionismo estatal alemán. Para ello se analizará primeramente su inclusión como tipo penal en el Código Penal y posteriormente algunas de las sentencias más relevantes emitidas por el Tribunal Constitucional español.

### 5.1. Fundamento y tipificación del delito de odio.

Como se ha comentado en anteriores apartados, España sigue el modelo de la Constitución alemana, recogiendo en su artículo 1.1 el conjunto de valores supremos que el Estado debe defender. La novedad respecto a la Ley Fundamental reside en la inclusión del término pluralismo político. Esto se debe principalmente a la existencia de las autonomías y las diferentes corrientes políticas que puede haber dentro de un mismo territorio nacional<sup>77</sup>. Vemos por lo tanto que la posición del Estado no es neutra frente a ciertos tipos de discurso, sino que busca protegerlos, preponderando en caso de conflicto a favor de estos. Sin hacer referencia a la dignidad entre los cuatro valores de este primer artículo, esta se encuentra redactada en un epígrafe aparte del resto de libertades y derechos fundamentales. No deja de ser paradójico este ordenamiento de derechos, muy posiblemente causado por la influencia que tiene el artículo 1 de la DUDH. Por último, nuestro artículo 20 de la Constitución, es el que recoge el derecho a la libertad de expresión y al igual que en la Ley Fundamental, incluyendo su limitación en el honor, la intimidad, propia imagen, la juventud o la infancia<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> También se debió en el momento constitucional a que en los años de dictadura el pluralismo político estaba prohibido.

<sup>78</sup> Art. 20 CE: 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. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente

Por otro lado, siguiendo la misma línea que Alemania, y en contra de la doctrina estadounidense, el discurso del odio está calificado como delito propio. En Estados Unidos, el discurso del odio apenas se castiga a no ser que acarree violencia consigo (*Brandenburg*), de esta forma actuará como una circunstancia agravante de la agresión. En España, la conducta del delito de odio tiene un tipo penal propio, es un delito separado. En concreto, se encuentra recogido en el artículo 510 del Código Penal<sup>79</sup>. Como puede verse, se castigan

---

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.

<sup>79</sup> Art 510 CP: 1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten 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. b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar 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. c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos. 2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos 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, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos. b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos 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, o a quienes hayan participado en su ejecución.



todos los supuestos mencionados en el análisis comparativo dejando poca viabilidad a expresiones recogidas en este artículo<sup>80</sup>.

Pese a la redacción anterior, no existe consenso acerca del fundamento de tipificación del delito de odio y la aplicación por los tribunales. Tamarit Sumalla aboga por una aplicación conjunta del artículo 510 en relación con el artículo 18 del Código Penal (Sumalla, 2007, p.1930)<sup>81</sup>. Para Lorenzo Capello el delito exige la peligrosidad de la acción o la aptitud de la conducta para originar un peligro para el bien tutelado. Para este autor el mero hecho de provocar a la discriminación, al odio o a la violencia no constituyen por sí mismos una conducta delictiva (Laurenzo, 1996, p. 252). Por eso los elementos necesarios recogidos en el artículo 18, la publicidad e incitación directa, deben trasladarse a la conducta típica del artículo 510 (Laurenzo, 1996, p. 252). Existen interpretaciones aún más restrictivas acerca de la punibilidad de estas conductas, incluso autores como Landa Gorostiza o Tamarit Sumalla llegan a tachar este precepto de inconstitucional (Pérez de la Fuente, 2010a, p.4).

Como se puede ver, el fundamento de la tipificación es confuso. La doctrina considera que se trata de una fórmula muy poco feliz y valora negativamente su redacción. Como advierte Laurenzo Copello, una interpretación literal del término llevaría a incluir aquí cualquier apelación a los sentimientos que contenga una carga de menosprecio hacia algunos de los grupos protegidos. Por lo que la doctrina ha incorporado elementos de interpretación necesarios para considerar una conducta punible según este tipo (Laurenzo, 1996, pp. 236-264). Y es necesario definir lo que involucra la poca precisión del este artículo, sobre todo en órdenes jurisdiccionales donde limitaciones de la libertad de expresión dan lugar al problema de la censura y pendiente resbaladiza, en el sentido de prohibir cualquier discurso molesto, incómodo o contrario a los intereses del gobierno correspondiente. Landa Gorostiza

---

<sup>80</sup> Debemos entender antes de proceder con cualquier análisis que el derecho penal actúa siempre como última ratio, como sistema coercitivo que castiga conductas punibles para salvaguardar los derechos y bienes de las personas. Por eso solo deben prohibirse bajo las premisas españolas, discursos que ataquen o cumplan específicamente con los elementos del tipo.

<sup>81</sup> Art. 18 CP: 1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

afirma que el efecto expansivo del derecho penal debe tener unas limitaciones, nunca llegando a transgredir derechos fundamentales como puede ser la libertad de expresión. Sin duda resulta funcional a la aspiración expansionista del derecho penal, pero, en un grado tal, que se arrumban los principios más renunciables del ejercicio del *ius puniendi*: se castiga con pena de prisión el pensar disidente, molesto, políticamente incorrecto hoy en relación al tema del holocausto y mañana quién sabe si en relación a manifestaciones del nacionalismo vasco o español o catalán (Landa Gorostiza, 2004, p. 70).

## 5.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Por último, se procede a analizar los casos más relevantes resueltos por nuestro Tribunal Constitucional en relación al límite de la libertad de expresión.

Por orden cronológico, el primer caso a analizar es el conocido caso *Violeta Freeman* o la STC 214/1991<sup>82</sup>. Primer debemos recordar que, en Europa, en muchos ámbitos la negación del genocidio estaba considerada y juzgada como delito. Así se pronunció el TEDH en los casos *Garaudy* y *Golnisch*. Debemos preguntarnos de este modo si esta tipificación se trasladó a lo invocado por el TC en este caso y a las bases que sentó para casos posteriores. En este caso, el TC se decantó por la jurisprudencia europea afirmando que:

*“el derecho a la libertad de expresión no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar”* (STC 214/1991 FJ 8º).

Se falló en este caso a favor de Violeta Freeman, alegando que el discurso pronunciado contra ella contenía un elemento intencional vejatorio y dañino para su dignidad. En esta misma línea se falló en el caso *Makoki* o STC 176/1995<sup>83</sup>. El Tribunal alegó que:

---

<sup>82</sup> Los hechos son los siguientes: Violeta Freeman fue una superviviente del Holocausto judío sobreviviendo al campo de concentración Auschwitz. En la revista *Tiempo*, León Degrelle realizó afirmaciones minimizando el Holocausto, refiriéndose con términos despectivos al pueblo judío.

<sup>83</sup> Los hechos son los siguientes: En 1995, se publicó un comic de la editorial Makoki S.A titulado Hitler= SS. dicho álbum consistía en un relato ficticio en forma de tebeo, de una extensión de casi noventa páginas, en el

*"en tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo contra todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente. [...] A lo largo de sus casi 100 páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. Un "cómic" como éste, que convierte una tragedia histórica en una frase burlesca, ha de ser calificado como vilipendio del pueblo judío, con menosprecio a la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra" (STC 176/1995 FJ 5º).*

Sin embargo, el caso más conocido, referente y sobre todo reformista en este aspecto es el caso *Pedro Varela Heiss* o STC 237/2007 de 7 de noviembre<sup>84</sup>. El TC, declaró que el artículo 607.2 del Código Penal de negación del genocidio como precepto inconstitucional pues entendía que la conducta o discurso, siempre que no incluyese referencias violentas o insultos se encontraba amparada bajo la libertad de expresión<sup>85</sup>. Exactamente se suprimió el término "nieguen" desmarcándose de la tendencia europea frente a la tipificación de este delito. En palabras del propio Tribunal:

*"la libertad de expresión comprende la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución" (STC 235/2007, FJ 4º).*

---

que se reflejaban imágenes y expresiones de carácter vejatorio contra los judíos como víctimas de los campos de concentración nazis. Varias asociaciones judías se querellaron por injurias argumentando que el cómic abogaba por un discurso del odio y vejatorio que dañaba la dignidad del colectivo judío.

<sup>84</sup> Los hechos son los siguientes: Pedro Varela Heis era propietario de la Librería Europa, especializada en publicaciones en las que de forma reiterada se negaba la persecución y genocidio sufridos por el pueblo judío durante la II Guerra Mundial y después, llevados a cabo por el régimen nazi (Espino, 2008, p 3).

<sup>85</sup> Art 607.2 CP: 2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen o* justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

Es ciertamente sorprendente que el Tribunal continuase con la misma argumentación propugnada por el Juez Zagrebelsky en su voto disidente del caso *Vejdeland*. Frente a la protección del constitucionalismo alemán, España se estableció como un país ciertamente más liberal y tolerante con discursos incluso contrarios a su orden constitucional.

El TC no buscó de todas formas despenalizar cualquier tipo de discurso, recordemos que en ese momento y a día de hoy se mantienen las disposiciones del artículo 510 del Código Penal. La sentencia afirmó que mientras no concurriesen los elementos característicos del discurso del odio, no podía tacharse este discurso como tal. Para el TC, Pedro Varela no incitó odio contra un determinado colectivo, además de que su discurso no suponía un claro menosprecio. Es interesante como el TC plantea que la limitación expansiva de la libertad de expresión puede suponer un gran peligro para la democracia, tal y como estipula Landa Gorostiza o se desarrolla el problema de pendiente resbaladiza comentado por Pérez de la Fuente. En sus propias palabras:

*“una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades. La constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del artículo 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado”* (STC 235/2007 FJ 8º).

Parece contradictorio entonces, que se permitiese el discurso negacionista de Pedro Varela si tenemos en cuenta lo fallado para el caso *Violeta Freeman* o *Makoki* por el TC. La diferencia entre los casos reside en el elemento intencional. Es decir, mientras que las expresiones conferidas contra Violeta Freeman y las recogidas en el cómic contenían el elemento intencional de dañar la dignidad de la persona, el discurso de Pedro Varela, a los ojos del TC, carecía de este, siendo meramente neutral. He aquí donde encontramos la polémica. Landa Gorostiza o Lorenzo Capello defienden que es necesario la concurrencia del *animus injuriandi*, la intencionalidad del discurso para causar daño además de la publicidad. Bajo estas premisas, negar el Holocausto parece posible dentro de los límites de la libertad de expresión pues se conforma como una opinión más dentro de todas las posibles

acerca de este hecho, independientemente de la veracidad histórica. Es la afirmación clásica de nadie que puede ser castigado por sus opiniones. Otros autores como Suárez Espino se desmarcan del fallo de la sentencia argumentando que la negación de una barbarie como es el genocidio choca frontalmente con la dignidad y el derecho fundamental al honor de las víctimas supervivientes de estos delitos o de sus descendientes. Son unos hechos lo suficientemente graves como para estimar que estas tesis negacionistas suponen una violación de la dignidad y el honor de los colectivos que lo sufrieron (Espino, 2008, p. 6).

La sentencia no carece de polémica, muestra de esto son los cuatro votos discrepantes. A destacar, el voto expresado por el Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas que entiende que:

*“el llamado negacionismo es, en sí mismo y cuando menos, un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron y así se presenta en cuantas ocasiones se produce en la realidad de quienes sostienen, por ejemplo, que el holocausto no existió y que es sólo propaganda sionista” (STC 235/2007)<sup>86</sup>.*

Esta corriente parte bajo el supuesto de la ideología del pronunciante. Es decir, si aquel que pronuncia el discurso pertenece a una ideología nazi o cercana a esta, cuando pronuncie el discurso de negación, por su propia ideología está atacando a la dignidad del pueblo judío. Para estos autores, aunque el discurso de Pedro Varela fuese neutro, sin intención de dañar, el hecho de pertenecer a una corriente de tendencia fascista anulaba la neutralidad del discurso, lo cual parece bastante cierto pues era poco creíble que Pedro Varela simplemente deseara comenzar un debate acerca de la veracidad del Holocausto. Este argumento pese a ser posiblemente válido, es ciertamente resbaladizo. No se puede juzgar la comisión de un delito por tener una ideología u otra.

Esta ambigüedad parece desembocar en un callejón sin salida, sobre todo para aquellos países con tendencias a la delimitación positiva de la libertad. Este problema no se da en Europa ya que como se ha venido diciendo, toda negación del Holocausto acarrea consecuencias penales. España, con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 607.2

---

<sup>86</sup> Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de 7 de noviembre de 2007, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152- 2000.

da margen a una aplicación subjetiva del delito de odio. En primer lugar, por las circunstancias de cada caso ya que para una ideología es punible negar el holocausto mientras que para otro no. En segundo lugar, porque es necesario delimitar qué asociaciones o ideologías son semejantes al nazismo. Aplicado a la actualidad, para el gobierno de coalición PSOE-Podemos, el partido VOX se conforma alrededor de una ideología ultraconservadora, por lo que desde un punto de vista del gobierno se podría condenar a los miembros del partido por la negación del Holocausto. Y lo mismo sucede con la cara de la otra moneda. ¿Se podría condenar a partidos como EH Bildu por la negación del terrorismo abertzale de finales del siglo pasado? ¿Se podría condenar a partidos como el PCE o de similar ideología por la negación de los crímenes del comunismo? ¿Se podría condenar a asociaciones por la negación del genocidio de Ruanda o las persecuciones de comunistas en Indonesia? La respuesta según la tendencia Europa sería afirmativa. La respuesta según la tendencia americana sería negativa. La respuesta según la tendencia española es ambigua tras el fallo del caso *Pedro Varela Heiss*. Previamente a la resolución de este caso, nos hubiésemos inclinado por la corriente europea, pero con este margen de apreciación y con la supresión de la negación del genocidio parece complicado. Todo lo anterior es ciertamente incoherente con lo dispuesto en el Código Penal en lo referente a la limitación sobre el que venimos hablando. Da la sensación de que España se encuentra a medio camino de alcanzar la protección que ofrece Europa sobre este tipo de acontecimientos. Tendría más coherencia que España abogase por la implantación entonces del mercado de las ideas para así, en vez de prohibir unos discursos sí y otros no, simplemente posicionarse neutralmente y dejando al mercado seleccionar qué idea se reconoce como verdad.

Lo anterior describe cómo se ha configurado el TC y la jurisprudencia española acerca de la negación de actos de genocidio, pero como se ha comentado párrafos atrás, en el resto de los ámbitos de la libertad parece guiarse por los presupuestos del TEDH. Tras la reforma del artículo no son muchas las veces que se resuelve acerca de delitos de este tipo. Aun así, muchos de los casos juzgados señalan que apenas concurren los elementos del tipo recogidos en el artículo <sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Algunos casos en relación al delito de odio del 510 del CP: Sentencia 676/2017 de la Sección 15a de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de octubre de 2017. Sentencia 357/17 del Juzgado Penal 26 de Barcelona, de 10 de octubre de 2017. Sentencia 2/17 de la Audiencia Nacional. Sala de lo Penal, de 26 de

Es necesario mencionar, por último, la estrecha relación entre la libertad de expresión el delito de odio y la libertad religiosa. Tras la aprobación del Código Penal de 1995, la forma de castigar ciertos delitos en relación con el escarnio o la profanación de sentimientos religiosos se relegó a un segundo plano respecto a la libertad de expresión. Esto sin embargo merece un análisis separado debido a su trascendencia penal<sup>88</sup>.

---

enero de 2017. Sentencia 273/2016, del Juzgado de lo Penal no 1 de Pamplona, de 11 de octubre de 2016.-

<sup>88</sup> Véase Pérez de la Fuente, O. (2015), Guirao, R. A. (2017) y Martínez-Torrón, J., & Arribas, S. C. (2014).

## 6. CONCLUSIONES

Una vez comentado lo anterior, podemos extraer varias conclusiones:

1. La libertad de expresión es un derecho fundamental en cualquier ordenamiento jurídico. La forma de recogerse en Estados Unidos se encuentra en el amparo de la Primera Enmienda, en Europa en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en España en nuestra Constitución.
2. El discurso del odio es un concepto difícil de definir e identificar. Respecto a su definición, resulta claro que es un discurso que ataca o daña la dignidad de un colectivo, sin embargo, se suele hacer referencia a clases o grupos protegidos, dotándole al discurso del odio cierto carácter de subjetividad. Respecto a su identificación y enlazándolo con la definición, resulta difícil delimitar bajo qué premisas se puede declarar cualquier expresión como discurso del odio pues depende de componentes culturales e históricos del país en el que se pronuncia.
3. En Estados Unidos, la libertad de expresión se sustenta bajo la doctrina del mercado de las ideas, propugnada por el Juez Holmes en su voto disidente en el caso *Abrams*. Esta concepción se basa en la libre circulación y competencia de ideas, siendo verdadera la mayormente aceptada por el pueblo.
4. En Estados Unidos, el Estado debe mantenerse en una posición neutral frente a todo tipo de discursos para favorecer la libertad de expresión. Así lo demuestra sendas declaraciones de inconstitucionalidad de ordenanzas que prohibían marchas de grupos neonazis (caso *Skokie*) o la emisión de discursos de miembros afines al Ku Klux Klan (caso *Brandenburg*).
5. En ciertas ocasiones, se ha limitado la libertad bajo la doctrina de las *Fighting words*, desarrolladas en el caso *Chaplinsky*, sin embargo, no se ha mantenido esta línea jurisprudencial, aplicando en su defecto la doctrina del Test de *Brandenburg* basada en la causalidad de violencia o provocación del resultado del acto ilícito de forma inminente.
6. El problema de esta calificación es la falta de coherencia con otros valores propugnados en la Constitución estadounidense. Carece de sentido clamar que



Estados Unidos es un país que defiende valores universales como la igualdad y a su vez permitir discursos claramente racistas contra el colectivo norteamericano.

7. Europa ha seguido un camino distinto partiendo de Alemania como referencia a la hora de limitar la libertad de expresión. Como consecuencia de esto, el valor fundamental del ordenamiento jurídico es la dignidad humana, por encima de cualquier otro derecho en caso de conflicto. Así lo recoge la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución española.
8. El Estado, desde la perspectiva europea no se mantiene neutral ante cualquier expresión, sino que defiende ciertos valores superiores del ordenamiento jurídico frente a expresiones que los vulneren.
9. El margen de apreciación nacional del TEDH influye a la hora de penar ciertos tipos de discurso, dando lugar a diferentes criterios basados en la ley, las costumbres y la cultura de los países donde se producen los hechos.
10. El problema de esta calificación supone desembocar en un estado paternalista y subjetivo que busca imponer qué discursos se configuran como de odio, dando lugar a un problema de pendiente resbaladiza o de censura.
11. El camino que ha recorrido España tras la dictadura y la aprobación del Código penal de 1995 parece más tolerante con ciertos discursos. Esto puede ser achacable al pluralismo político característico de nuestro país donde se permite una mayor circulación de ideas. Así lo demuestra el caso *Pedro Varela Heiss*.
12. No existe una respuesta definitiva que conteste qué modelo es mejor y compatible con una democracia actual. En Estados Unidos la libertad de expresión queda casi siempre amparada, pero puede dar lugar a discursos que ataquen la dignidad de ciertos colectivos históricamente vulnerables. En Europa se limita la libertad de expresión y se aplica un criterio ciertamente subjetivo para calificar los discursos de odio, sin embargo, se garantiza la defensa de la dignidad de las personas.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### 7.1.Legislación

Código Penal español. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Última visita 19/04/20.

Constitución española. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Última visita 19/04/20.

Convenio de Roma de 1950. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10148>. Última visita 19/04/20.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 10, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221. Recuperado de [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Última visita 19/04/20.

Espionage Act of 1917, 40 Stat at 219. Recuperado de [http://www.digitalhistory.uh.edu/disp\\_textbook.cfm?smtid=3&psid=3904](http://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtid=3&psid=3904). Última visita 19/04/20.

Ley Fundamental alemana. Recuperado de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>. Última visita 19/04/20.

Ley de Sedición de 1978: Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715>. Última visita 19/04/20.

Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros 30 de octubre de 1997). Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/recomendaciasn-nao-r-97-5-de-13-de-febrero-de-1997-del-comitac-de-ministros-del-consejo-de-Europa-a-los-estados-miembros-sobre-protecciasn-de-datos-macdicos/> Última visita 19/04/20.

The amendment to the Constitution of the United States of America, Preamble to the Bill of Rights, 1791. Recuperado de <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>. Última visita 19/04/20. Última visita 19/04/20.

## **7.2.Jurisprudencia**

### **7.2.1. Estados Unidos:**

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

**Brandenburg:** Brandenburg v. Ohio 395, US 444 (1969).

**Chaplinsky:** Chaplinsky v. New Hampshire 315 U.S. 568 (1942).

**Cohen:** Cohen v. California 403 U.S. 15 (1971).

**Dennis:** Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

**Gertz:** Gertz v. Robert Welch Inc. 418 U.S. 323, (1974)

**NSA:** National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977).

**Patterson:** Paterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907).

**RAV:** R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

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

**Skokie:** Village of Skokie v. National Socialist Party of Am., 51 Ill. App. 3d 279, 366 N.E.2d 347 (1977).

**Smith:** Smith v. Collin 439 U.S. 916 (1978).

**Snyder:** Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

**Yates:** Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957)

### **7.2.2. Alemania**

**Caso Luth:** BVerfGE 7, 198.

### 7.2.3. Europa

**Ergin v. Turkey:** Application no. 47533/99

**E.S v. Austria:** Application no. 38450/12.

**Feret v. Belgium:** Application no. 15615/07.

**Garaudy v. France:** Application no. 65831/01.

**Gollnisch v. France:** Application no. 48135/08.

**Gunduz v. Turkey:** Application no. 35071/97.

**Handyside v. United Kingdom:** Application no. 5493/72.

**Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal:** Application no. 33290/96.

**Sunday Times v. United Kingdom:** Application no. 6538/74.

**Vejdeland v. Sweden:** Application no. 1813/07.

### 7.2.4. España

**Caso Makoki:** STC 176/1995 de 11 de diciembre.

**Caso Pedro Varela Heiss:** STC 237/2007 de 7 de noviembre.

**Caso Violeta Freeman:** STC 214/1991 de 11 de noviembre.

## 7.3. Doctrina

Alemán, T. C. F. (1958). Sentencia del 15 de enero de 1958. *BVerfGE* 7, 198. Caso "Lüth".

Berlin, I. (2001). *Dos conceptos de libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

Blocher, J. (2007). Institutions in the Marketplace of Ideas. *Duke Law Journal*, 57, 821-889.

Caine, B. (2004). The Trouble with Fighting Words: *Chaplinsky v. New Hampshire* Is a Threat to First Amendment Values and Should Be Overruled. *Marquette Law Review*, 88, 441-562.

Carrasco, G.P.(1992). Hate speech and the First Amendment: On a collision course? *Villanova Law Review*, 37(4), 723-741.

Coase, R. H. (1997). Advertising and Free Speech, *The Journal of Legal Studies*, 6(1), 1-34.

Coderch, P. S., Ligüerre, C. G., Yerga, Á. L., & González, S. R. (2001). Libertad de expresión y luchas de poder entre Tribunales. *InDret*, 3, 1-35.

Cohen, J. (1989). *Congress shall make no law: Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and judicial decision making*. Wiley-Blackwell ed.

Downs, D. A. (1984). Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment. *Notre Dame Law Review*, 60, 629-685.

Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law*. Boston: Harvard University Press.

Espino, M. L. S. (2007). Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre. *Cuadernos de Derecho Público*, 30, 176-185.

Espino, M. L. S. (2008). Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. *InDret*, 2, 1-12.

Fayos Gardo, A. (1996). Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en material de libertad de expresión: De Holmes a la sentencia del caso internet. *Revista de Administración Pública*, 141, 395- 426.

Fiss, O (1996). El efecto silenciador de la libertad de expresión. *Isonomía*, 4, 17-27.

Guirao, R. A. (2017). Cocinar cristos y quemar coranes: identidad religiosa y derecho penal. En Miró Llinares, F. (dir), *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet* (pp. 67-85). Madrid: Marcial Pons.

Haupt, C. E. (2005). Regulating hate speech. Damned if you do and damned if you don't: Lessons learned from comparing the German and U.S. approaches. *Boston University International Law Journal*, 23, 299- 335.

Holmes, O. W. (1919). *Schenck v. United States*. Nos, 437, 438-442.

Holmes, O.W. (1953). *Holmes-Laski letters*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ingrer, S.(1984). Marketplace of ideas: A legitimizing myth. *Duke Law Journal*, 1, 1-91.

Kiska, R. (2012). Hate speech: a comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court jurisprudence. *Regent Uuniversity Law Review*, 25, 107- 151.

Krotoszynski Jr, R.(2003-2004). A comparative perspective on the First Amendment: Free speech, militant democracy, and the primacy of dignity as preferred constitutional value in Germany. *Tulane Law Review*, 78, 1549-1609.

Landa Gorostiza, J. M. (2004). Racismo, xenofobia y Estado democrático. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 18, 59-71.

Laurenzo Copello, P. (1996). La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios penales y criminológicos*, 19, 219- 288.

Lynd, S. (1975). Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for All Seasons? *The University of Chicago Law Review*, 43(1), 151-191.

Martínez-Torrón, J., & Arribas, S. C. (2014). *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez, F. V. (2019). Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio. *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, 6(12). 230-249.

Mill, J. S. (2013). *Sobre la libertad*. Barcelona: Acantilado.

Pascual, F. (2013). El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 29, 217-262.

Peces-Barba Martínez, G. (2002). *La dignidad humana de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson.

Pérez de la Fuente, Ó. (2010a). El enfoque español sobre lenguaje del odio. En Pérez de la Fuente, Ó. y Oliva Martínez, J.D. (eds), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, (pp. 133-156). Madrid: Dykinson.

Pérez de la Fuente, Ó. (2010b). Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio: Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 21, 67-104.

Pérez de la Fuente, Ó. (2015). Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación de algunos casos españoles. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 18, 131-158.

Ochoa, N. (2019). La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana. *Cuadernos europeos de Deusto*, Extra, 2, 203-224.

Pareck, B. (2006). Hate speech. Is there a case for banning? *Public policy research*, 12(4), 213-223.

Parker, R. A. (2003). *Brandenburg v. Ohio*. En Parker, R.A. (ed), *Free Speech on Trial: Communication Perspectives on Landmark Supreme Court Decisions* (pp. 145-159). Tualoosa: The University of Alabama Press.

Popper, K. R., & Gombrich, E. H. (2013). *The open society and its enemies*. Nueva Jersey: Princeton University Press.

Quint, P. E. (1989). Free speech and private law in German constitutional theory. *Maryland Law Review*, 48(2), 247-349.

Rabban, D. M. (1999). *Free speech in its forgotten years, 1870-1920*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rodríguez, R. (2016). La libertad de expresión en el sistema judicial americano: análisis sobre su evolución y tutela a través de la interpretación constitucional. *Repositorio Nacional Conacyt*, 54-72.

Saralegui, M. (2007). La libertad de los modernos y la libertad negativa. Diferencias y similitudes entre los discursos «Liberales» de Constant y Berlín. *Thémata*, 38, 235-244.

Smith, S. A. (2003). Schenck v. United States and Abrams v. United States. En Parker, R.A. (ed), *Free Speech on Trial: Communication Perspectives on Landmark Supreme Court Decisions*, (pp 20-36) Tuscaloosa: University of Alabama Press.

Tamarit Sumalla, J.M. (2007). De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. En Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. (pp. 1925-1931). Pamplona: Aranzadi.

Weber, A. (1999). La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania. *Cuadernos de Derecho Público*, 7, 42-63.

#### **7.4.Páginas web**

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Obtenida el 12/04/2020 de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Duignan, B. (2020). Revised Description of Schenck's conviction on charges of violating the Espionage Act. *Encyclopaedia Britannica*. Obtenida el 4/04/2020 en <https://www.britannica.com/event/Schenck-v-United-States>

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (2019). Obtenida el 7/04/2020 de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>