



Trabajo Fin de Grado

Discurso del odio: de la libertad de expresión
al delito

Hate speech: from freedom of speech to crime

Autor

Juan Fernández Muñoz

Directora

María José González Ordovás

Facultad de Derecho

2018

Índice

I. INTRODUCCIÓN	2
1. CUESTIÓN TRATADA	2
2. JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS DEL TEMA.....	2
3. DESARROLLO DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA.....	3
II. DISCURSO DEL ODIO: CONCEPTO Y REGULACIÓN	4
1. PLANTEAMIENTO Y MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL	4
2. RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL.....	6
3. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DISCURSO DEL ODIO.....	9
III. TIPOLOGÍAS DE DISCURSO DEL ODIO.....	11
1. POR MOTIVOS RACIALES O DE NACIONALIDAD.....	12
2. POR MOTIVOS RELIGIOSOS	14
IV. JURISPRUDENCIA DEL TEDH FRENTE A LA DEL TC. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES	16
1. TEDH: EL ENCAJE ENTRE LOS ARTS. 10 Y 17 CEDH	16
2. TC: PONDERACIÓN Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS	20
V. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL DISCURSO DEL ODIO.....	22
1. INTERNET COMO NUEVO PARADIGMA DE CANAL COMUNICATIVO ..	23
2. MODELOS DE COMUNICACIÓN.....	25
3. CONTROL DEL DISCURSO DEL ODIO EN INTERNET	26
VI. CONCLUSIONES	28
VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	30
VIII. BIBLIOGRAFÍA	31

Listado de abreviaturas

Art.: Artículo

CE: Constitución Española de 1978

CEDH: Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

ECRI: *European Commission against racism and intolerance*, Comisión europea contra el racismo y la intolerancia

LGCA: Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual

LSSI: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

PIDCP: Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966

RAE: Real Academia Española

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA

En el presente trabajo se pretende estudiar una de las formas de discriminación que más controversia genera en la actualidad. El discurso del odio se sirve de un ejercicio exorbitante del derecho de libertad de expresión para justificar así la incitación al odio religioso, racial, ideológico, en definitiva, la intolerancia hacia el diferente.

El objetivo del trabajo es el de abordar la problemática existente entre la libertad de expresión y el discurso del odio en la jurisprudencia de los últimos años, así como el impacto que en ello han tenido internet y las nuevas tecnologías de la información.

Asimismo, se pretende aportar información sobre la situación actual en el debate doctrinal ante la prolífica literatura existente; y la configuración jurídica del discurso del odio, tanto en los instrumentos internacionales como en el ordenamiento jurídico español. En definitiva, se trata de adoptar una visión de la situación actual y de analizar los nuevos retos y situaciones ante los que se tiene que hacer frente.

2. JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS DEL TEMA

A pesar de la influencia del Derecho internacional de los derechos humanos y de la tipificación de los delitos del odio en gran parte de los códigos penales de los Estados miembros de la Unión Europea, en el caso de España en el artículo 510, no deja de ser un asunto muy presente en la sociedad actual. Aunque pareciese que con el Estado social y democrático de Derecho esta materia iba a ser superada, no es menos cierto que ha habido una intensificación del racismo, xenofobia e intolerancia religiosa, dando como resultado en muchas ocasiones, una discriminación múltiple al confluir elementos raciales, lingüísticos o de origen social.

Todo ello parece haberse visto potenciado por la aparición de las nuevas formas de comunicación que permite Internet, teniendo así la ciudadanía una gran accesibilidad a la difusión de ideas y opiniones, muchas de ellas con intención de ofender a determinados grupos sociales o incitando directamente al odio.

Por otra parte, se trata de una de las materias que más literatura ha generado en las disciplinas de la Filosofía política y el Derecho. La opinión general parece negar la protección del discurso del odio que incita a la violencia, pero no hay coincidencia en cómo definir el término incitación. Por otro lado, también existe un lenguaje del odio que incita a la hostilidad sin llegar a constituirse en una provocación a la violencia y no siempre se distingue entre este discurso y el anterior; además, tampoco hay acuerdo sobre la forma de reaccionar ante el discurso del odio que no promueve la violencia.

3. DESARROLLO DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA

El contenido del trabajo es el siguiente. En primer lugar, se tratará de responder a la pregunta: ¿qué se entiende entonces por discurso del odio? La literatura académica sobre este asunto ha sido abundante y a pesar de ello, no existe unanimidad a la hora de definirlo. La situación no es más pacífica en la jurisprudencia, poniéndose así de relieve lo conflictivo que es determinar de una manera concreta qué es y qué no es discurso del odio.

A continuación, se aborda la tipología de discursos del odio. Los colectivos protegidos giran principalmente en torno al concepto de raza y de religión, pero han empezado a ampliarse en los últimos años.

Posteriormente, se analiza el cómo ha influido internet en la difusión y propagación de los discursos del odio y la nueva problemática por lo novedoso del medio, es decir, cuestiones que ya estaban resueltas para la imprenta o medios audiovisuales, han de ser reconsideradas a la hora de aplicarse a internet.

En el último epígrafe se tratan las principales líneas argumentativas de la jurisprudencia más reciente, tomando como referencia el TC y el TEDH, que son los órganos con mayor afectación e interés para el ordenamiento jurídico español.

La metodología empleada ha consistido en el análisis de fuentes doctrinales académicas y jurisprudenciales, especialmente del TEDH, sin olvidar los informes de organismos públicos tales como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Comisión Europea. En lo que atañe a la legislación, el estudio se centra en los instrumentos jurídicos

internacionales, la Constitución y el Código Penal, al constituir estos el núcleo normativo fundamental.

II. DISCURSO DEL ODIO: CONCEPTO Y REGULACIÓN

1. PLANTEAMIENTO Y MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

El concepto de discurso del odio engloba dos elementos en su conjunto. Por un lado, la expresión «discurso», que la RAE define¹ como «facultad racional con que se infieren unas cosas de otras». Las acepciones son numerosas, pero muchas hacen alusión a la reflexión, el raciocinio y el manifestar lo que se piensa o se siente. Predomina el sentido de «discurso» como razonamiento o expresión de razones, algo propio de toda filosofía.

Entonces ¿tiene sentido hablar de discurso del odio? En inglés, de donde procede la expresión, se expresa de modo menos rotundo como *hate speech*, habla del odio. Es aquí donde confluye la otra expresión, el «odio».

El odio implica aversión y en cierto modo subyace un componente irracional. Como señala Vives, «quien se halla dominado por el odio es inmune a los argumentos y, desde esa perspectiva, la expresión “discurso del odio” resulta incongruente, aunque [...] su utilización puede acabar siendo adecuada si se persiguen ciertos fines de dudosa legitimidad»².

En definitiva, lo que encierra la idea de discurso del odio es el carácter extremo de la aversión o el rechazo al otro que ha de contenerse en cualquier expresión, ya sea lingüística o no; y en todo caso, ese lenguaje ha de ser desmesurado.

No obstante, no existe unanimidad a la hora de definir el lenguaje del odio. La definición normativa ha partido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de las Naciones Unidas, el cual establece una serie de límites para la libertad de expresión en su art. 19 y permite las restricciones en un doble sentido: para asegurar el respeto a los

¹ Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la lengua española* (23^a ed.). Consultado en <http://dle.rae.es/?id=DtpVc7>

² VIVES ANTÓN, T. «Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio» en *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos* Núm. 12, Revenga Sánchez (dir.), Alcalá de Henares, 2015, p. 37.

derechos o a la reputación de los demás y para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública, siendo estos los límites tradicionales. El art. 20.2 es todavía más concreto y estipula que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

La titularidad del derecho de libertad de expresión le corresponde a todo individuo y en cuanto al contenido, el art. 19 PIDCP establece que «incluye el 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». Del contenido del artículo se desprende una libertad que se manifiesta en tres vertientes: la libertad para mantener o cambiar de opinión, la libertad para investigar y la libertad para difundir las ideas.

Por otra parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950 no contiene ninguna definición del discurso del odio, sino que se limita a establecer límites para la libertad de expresión, siendo límites tradicionales: 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.

No es hasta 1997 cuando el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Recomendación nº R (97) 20 sobre el discurso de odio, definiéndolo como «toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante». Recomienda asimismo que la legislación de los Estados miembros y las prácticas se guíen por una serie de principios destinados a combatir el discurso de odio.

En la misma línea, la Recomendación N° 7 de la Comisión Europea contra el Racismo (ECRI) de diciembre de 2002 identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que intencionadamente difundidas impliquen una incitación pública a la violencia, al odio o

a la discriminación, así como insultos, difamaciones públicas contra personas o grupos por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico.

El debate gira en torno a si la libertad de expresión ha de proteger la difusión de cualquier idea, incluso aquellas que resultan deleznables desde el punto de vista de la dignidad humana, constitucionalmente garantizada , o deplorable desde el punto de vista de los valores que establecen las Constituciones; como también distinguir entre el discurso del odio, que no está protegido generalmente por el principio de libertad de expresión, y el discurso ofensivo e impopular, protegido por la libertad de expresión³.

2. RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL

El punto de partida en el ordenamiento jurídico español se encuentra en el art. 16 CE que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho fundamental sin más limitaciones de nuevo que las necesarias para mantener el orden público. Asimismo, el art. 20.1 CE reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. No hay que olvidar que en todo momento el hilo conductor es la dignidad de la persona recogida en el art. 10 CE.

La tipificación penal del discurso del odio se manifiesta principalmente en el art. 510 CP. Fue uno de los tipos penales más afectados por la LO 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. El objetivo era el de dar cabida al discurso del odio y el negacionismo⁴.

El apartado primero del art. 510 tipifica tres grupos de conductas. En primer lugar, el fomento, promoción o incitación directa o indirecta públicos al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o individuos pertenecientes a él por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad.

³ BECERRIL BUSTAMANTE, S. «Prólogo» en *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos Núm. 12*, Revenga Sánchez (dir.), Alcalá de Henares, 2015, p. 11.

⁴ Entiéndase el término en sentido amplio, es decir, incluyendo los supuestos de negación, justificación y mitificación de los delitos de genocidio.

En segundo lugar, la producción, elaboración, posesión con la finalidad de distribución, facilitación del acceso a terceras personas, distribución, difusión o venta de materiales que por su contenido sean aptos para realizar las conductas descritas en el apartado anterior.

En tercer lugar, la negación, trivialización grave o enaltecimiento públicos de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltecimiento de sus autores, cuando esos delitos se hubieran cometido contra un grupo o individuos pertenecientes a él por los motivos ya mencionados, cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

En el apartado segundo del mismo precepto se describen dos grupos de conductas. La primera sanciona lesionar la dignidad de las personas mediante actos que entrañen humillación, menoscabo o descrédito de alguno de los grupos ya mencionados o de individuos pertenecientes a ellos por los mismos motivos enumerados en el apartado primero del artículo. Se incluye igualmente la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de las personas a través de ese tipo de conductas.

La segunda tipifica los actos de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública de los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo o miembros del grupo por los motivos aludidos, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de esos delitos.

El art. 510.3 contiene un tipo agravado de aplicación a todos los anteriores para hechos llevados a cabo a través de un medio de comunicación social que los hagan accesibles a un elevado número de personas. Asimismo, si los hechos resultan idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior.

Finalmente, al apartado sexto del precepto impone la destrucción, borrado o inutilización de los libros, documentos y otros soportes utilizados para la comisión de los delitos anteriores, así como la retirada de los contenidos si el delito se cometió a través de las

tecnologías de la información. Si se trata de portales de acceso a internet dedicados exclusivamente o preponderantemente a la difusión de contenidos de tales características, se ha de ordenar el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo. Todo ello se completa con el establecimiento de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Tras el análisis del contenido de los artículos, puede apreciarse el intento del legislador de dar cabida al discurso del odio en los anteriores delitos de odio y contra los derechos fundamentales, pero resulta una regulación vaga y que puede poner en riesgo la libertad de expresión. Alastuey resume la opinión mayoritaria de los penalistas sobre el art. 510 CP, recordando su difícil conciliación con el principio de intervención mínima del Derecho penal y la absoluta falta de rigor por parte del legislador, creando unos tipos penales que agrandan los defectos de la regulación anterior y que parecen no ajustarse a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional⁵.

Lo que se observa es la asimilación del discurso del odio dentro de los delitos del odio, figuras que tipifican la apología y enaltecimiento del terrorismo y provocación al odio y la discriminación. Ello choca con el principio de intervención mínima del Derecho penal y por tanto surgen problemas de eficacia por lo difícil que es precisar la intencionalidad dañina.

Es por ello por lo que el Consejo de Europa en sus más recientes recomendaciones aconseja otras vías de menor intensidad tales como las sanciones administrativas o la indemnización civil por daños⁶. De hecho, en España son numerosos los casos de indemnizaciones por aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen; mientras que los casos de sanciones administrativas son más inusuales, aunque últimamente se ha intentado su aplicación para acontecimientos deportivos como en los campos de fútbol a la hora de prohibir los insultos y los comportamientos xenófobos y discriminatorios.

⁵ ALASTUEY DOBÓN, C., «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016.

⁶ CARRILLO DONAIRE, J.A., «La protección de los derechos frente a los discursos del odio» en *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Alonso y Vázquez (dirs.), Athenaica, Sevilla, 2017, p. 26.

3. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DISCURSO DEL ODIO

Por otra parte, también resulta conveniente ver cómo ha interpretado la doctrina el lenguaje del odio. Para Dworkin el mantenimiento de la sociedad implica un compromiso con una forma concreta de interpretar su sistema jurídico en clave de libertad, por lo que el Estado ha de conservar su independencia con respecto de las diferentes concepciones particulares de la justicia, es decir, sigue la idea liberal contraria a la restricción de la libertad de expresión, salvo en casos extremos de incitación directa a la violencia⁷. Parte de la idea de que una opinión no puede ser restringida cuando aquéllos que están en el poder están convencidos de que es falsa o que su publicación puede herir profunda y comprensiblemente a un determinado grupo social. En definitiva, admitir que la libertad de expresión debe tener límites y que debe ponderarse con otros derechos implica que aquellos cuyas opiniones son demasiado amenazantes o contrarias al consenso moral o religioso de la mayoría, pierden el derecho a ejercitar su libertad de expresión. De esta manera, la pluralidad de voces y discursos contribuyen al fomento de la tolerancia, que es lo propio de una sociedad democrática.

Este mismo argumento es mantenido por Post al entender que censurando el lenguaje del odio se puede estar imponiendo una educación determinada, usualmente vinculada a al grupo dominante. Además, manifiesta que el discurso del odio no puede ser dominado en todos los contextos, pues por ejemplo, es menos probable que se censurase a un reputado intelectual que sostiene una disertación de manera sobria y racional a pesar de mostrar una clara tendencia discriminatoria⁸.

A medio camino se posiciona Rawls al permitir ciertos límites. Entiende que, limitando la libertad de expresión, ello siempre implica una suspensión parcial de la democracia. De esta manera, la libertad es la prioridad salvo que «pueda argüirse razonablemente a partir de la específica naturaleza de la situación presente que existe una crisis constitucional en la que las instituciones democráticas no pueden operar efectivamente y no pueden hacer funcionar sus procedimientos para resolver las emergencias»⁹.

⁷ DWORKIN, R., *Freedom's law. The moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 218 a 225.

⁸ POST, R., «Hate Speech», en *Extreme speech and democracy*, Hare y Weinstein (comps.), Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 135.

⁹ RAWLS, J. *Sobre las libertades*, Vigil Rubio (trad.), Paidós, Barcelona, 1996, p. 103.

Por el contrario, el filósofo Karl Popper planteó la paradoja de la tolerancia, pues entendía que «la tolerancia ilimitada conduce necesariamente a la desaparición de la tolerancia»¹⁰. El discurso extremista es uno de los mayores enemigos de la sociedad abierta y sostiene que, si se extiende una tolerancia ilimitada incluso hacia quienes son intolerantes, de manera irremediable el tolerante será arrollado. Ello no deja de ser una manifestación de los ideales europeos clásicos de la ilustración, ideas ya manifestadas por Locke y Voltaire.

En la misma línea, Waldron ha defendido la necesidad de limitar el discurso del odio cuestionando los postulados tradicionales. En primer lugar, considera que, a través de la libertad de expresión, no sólo se puede ofender, sino que se puede producir un daño real en las personas. En segundo lugar, afirma que la verdad no necesariamente va a prevalecer como demuestran no pocos ejemplos históricos. De este modo habría que tutelar determinados discursos que dañen la dignidad de las personas¹¹.

Lo que se observa en el debate doctrinal es la problemática de tender a la defensa de la identidad nacional, cultural o religiosa que suele coincidir con la identidad del grupo mayoritario, por lo que parece llevar a una impunidad en perjuicio de otros derechos fundamentales tales como la libertad religiosa de las minorías. Esto es el reflejo de uno de los conflictos intrínsecos de la democracia, pues el gobierno de la mayoría puede desembocar en la marginación de las minorías, lo que se conoce como tiranía de la mayoría. Ello no deja de ser baladí, pues como señala Aranguren, «los sistemas de gobierno que excluyen de la participación en el poder a determinados estratos sociales – proletariado, población racialmente discriminada- no sólo tienden a la ilegitimidad social, sino que, por lo mismo, fomentan las actitudes políticas [...] de ruptura de la comunidad global»¹².

Las élites adoptan una lógica en la que en los juicios prácticos distinguen entre los elementos cognitivos, basados en razones, y otros meramente emotivos. Esta actitud

¹⁰ POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Loedel (trad.), Paidós, Barcelona, 2017.

¹¹ «The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring of our social environment by visible, public, and semi-permanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority, members of another group are not worthy of equal citizenship». WALDRON, J., *The harm in hate speech*, Harvard University Press, 2012, p. 33.

¹² LÓPEZ ARANGUREN, J.L., *Ética y Política*, Orbis, Barcelona, 1985, p. 198.

ético-política puede desembocar en la persuasión y la sugestión de lo que es considerado válido frente a lo que no.

Por tanto, la convivencia en la comunidad es uno de los elementos esenciales. Es así por lo que se niega la protección de todo discurso que incite y promueva la violencia, aunque tampoco exista consenso a la hora de definir la incitación. Frente a ello estaría el discurso difuso y hostil que no llega a ser violento y sobre el que tampoco hay conformidad a la hora de cómo se debe reaccionar¹³.

III. TIPOLOGÍAS DE DISCURSO DEL ODIO

El discurso del odio pretende denigrar, intimidar e incitar a la violencia contra individuos que en definitiva amenazan la identidad propia. La experiencia histórica, y más concretamente la europea, muestra que los discursos de este tipo se relacionan con los orígenes de conflictos violentos ligados a los totalitarismos, racismos, nacionalismos de base étnica, fanatismos religiosos y terrorismos. Y es que actualmente resulta imposible abordar el discurso de odio racial sin recurrir a ideas y argumentos aplicables también a otros tipos de discursos sexistas, homófobos o xenófobos. La propia evolución de la sociedad así lo demuestra.

A la hora de poder realizar una clasificación, tanto en la doctrina¹⁴ como en la jurisprudencia del TEDH se observan dos claros tipos: por motivos raciales o de nacionalidad (*Kühnen contra Alemania*, de 12 de mayo de 1988 y *Féret contra Bélgica*, de 16 de julio de 2009); y por motivos religiosos (*I.A. contra Turquía*, de 13 de septiembre de 2003).

No existe el mismo consenso en torno a los motivos de orientación sexual o identidad de género, pues aun siendo nombrados explícitamente por la ECRI¹⁵, el TEDH solo ha tenido una oportunidad para pronunciarse hasta el momento en *Vejdeland y otros contra Suecia*,

¹³ DÍEZ BUESO, L., *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa. Entre la expresión y el discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 11.

¹⁴ DÍEZ BUESO, L., *ibíd.*, p. 75.

¹⁵ En la Recomendación nº 15, de 8 de diciembre de 2015, de lucha contra el discurso del odio, la ECRI definió el lenguaje del odio como «el fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas [...] por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, o la orientación sexual».

de 9 de febrero de 2012, sentencia en la que determina que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la raza, el origen o el color de la piel. La jurisprudencia europea de los próximos años confirmará o no esta ampliación de los colectivos especialmente protegidos ante el lenguaje del odio

1. POR MOTIVOS RACIALES O DE NACIONALIDAD

El discurso racista es el que desgraciadamente cuenta con una mayor presencia histórica ya que fundamentó la esclavitud y está en el origen del terror y barbarie nazi y otras comparables a ellas. De hecho, la propia etimología de la palabra raza, *radix* (raíz) señala al origen, al linaje, y ello remite a los animales. El término comenzó a usarse en el siglo XVI y tuvo su auge en el siglo XIX, como categoría taxonómica equivalente a subespecie y que permitía justificar la superioridad de unos sobre otros, y es que las reminiscencias de la palabra raza llevan a la esclavitud y la opresión.

Aunque todo esto pueda parecer superado en la sociedad actual, no es menos cierto que en muchas ocasiones se escuchan expresiones peyorativas y se observan actitudes que en definitiva se fundan en un desprecio hacia los extranjeros o hacia determinadas comunidades. El discurso xenófobo se acompaña en muchas ocasiones no solo del rechazo hacia la persona de origen extranjero, sino de una amalgama de prejuicios y discriminaciones que se añaden, en particular el racismo, el miedo ante la amenaza de la identidad propia o simplemente la clase social, pues en la gran mayoría de ocasiones es el inmigrante pobre que busca una vida mejor quien se ve más afectado.

El TEDH ha remarcado que la dignidad humana demarca el espacio del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y ha suscrito el rechazo del discurso del odio como incitación directa a la violencia¹⁶. También los regímenes democráticos europeos tienden da la protección de las minorías, luchando contra la exclusión y exigiendo un respeto público a la dignidad de las personas, pues la experiencia histórica de la crudeza del siglo XX sigue presente en la sociedad.

¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Pavel Ivanov contra Rusia. Sentencia de 20 de febrero 2007.

No obstante, ese viejo racismo esclavista y de superioridad se ha transformado en un racismo de baja intensidad y de nuevas formas, un racismo líquido¹⁷ que en muchas ocasiones no es percibido como tal por sus emisores. Parece que el racismo es un problema no presente en la sociedad española y se tiende a pensar que es más común en países como Estados Unidos o Sudáfrica. Es cierto que la problemática social en estos países no es comparable a la de España, pero tampoco se debe caer en la condescendencia.

Los términos de neo racismo y de racismo simbólico fueron empleados por Sears y Kinder en 1970¹⁸. Con ello querían referirse a la nueva forma de expresarse del racismo, pues ya no es un racismo que confiesa directamente su naturaleza y se oculta bajo sobreentendidos, suposiciones y afirmaciones implícitas. Es un racismo indirecto que busca hacerse un hueco en el discurso político y social y que «es aparentemente compatible con las normas sociales de tolerancia e igualdad»¹⁹. Se rechaza la discriminación descarada, sí, pero por otro lado se exageran las diferencias culturales y tiende a considerarse que, si las minorías no acceden al empleo, a un buen sueldo, es decir, si no tienen éxito social, es porque no trabajan lo suficiente.

De este modo, el nuevo racismo «frente al viejo racismo “sólido” como una roca, disimula la hostilidad racial, utiliza un lenguaje tan políticamente correcto como falso, genera una aceptación pública, pero un rechazo privado, produce reacciones de evitación de la convivencia, desplaza la idea biológica de raza hacia la cultura (“nuestra cultura” frente a la de otros) y la desigualdad hacia la diferencia»²⁰.

Si a esta problemática se le añade el enfoque exclusivamente penal de la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia, trae como consecuencia que muchas conductas queden sin sanción como consecuencia del principio de intervención mínima del Derecho penal y sobre todo teniendo en cuenta que estamos ante la limitación de un derecho fundamental como el de la libertad de expresión.

¹⁷ REY, F., «Discurso del odio y racismo líquido» en *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos Núm. 12*, Revenga Sánchez (dir.), Alcalá de Henares, 2015, p. 79.

¹⁸ JAVALOY, F., «El nuevo rostro del racismo» en *Anales de psicología*, núm. 1, vol. 10, 1994, p. 19.

¹⁹ JAVALOY, F., *ibidem*, p. 23.

²⁰ REY, F., *ibidem*, p. 83.

Asimismo, por parte de la jurisprudencia de nuestro país, se ha hecho coincidir el concepto de los delitos de odio con el de discurso del odio. De este modo, se ha venido realizando una interpretación restrictiva de los tipos penales que en muchos casos dificulta la sanción de las actitudes, lo que provoca que no exista protección real y efectiva contra el discurso de odio²¹.

2. POR MOTIVOS RELIGIOSOS

El lenguaje del odio por motivos religiosos también cuenta con numerosos antecedentes históricos. El uso político de estos discursos acusando y atacando a minorías religiosas, inmigrantes y refugiados no es un fenómeno nuevo. A ello habría que añadir otros factores como el contexto ideológico que puede desvalorizar las religiones y las creencias mediante un discurso intelectual e ideológico deliberado que busca la defensa de la identidad propia. Como señala Diène, Relator Especial de la ONU sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, «el concepto maniqueo del choque de civilizaciones y religiones -de la jerarquización implícita de las culturas, las razas y las civilizaciones y de la sospecha de lo religioso- representa el nuevo mantillo ideológico de las élites políticas e intelectuales y de los antiguos ideólogos de la guerra fría»²².

Ello trae como consecuencia que los gobiernos, los medios de comunicación y algunos intelectuales han llegado a enfrentar a la libertad de religión y la de expresión, ignorando su complementariedad y las restricciones que acompañan a su ejercicio, cuidadosamente formuladas en los instrumentos internacionales²³.

En muchas ocasiones estos ataques se manifiestan en actos terroristas como los que desgraciadamente se sufren en la actualidad en el caso de Dáesh, pero la forma más habitual es la violencia verbal en lugares públicos o en medios de comunicación. Este

²¹ REY, F., *ibíd*, p. 11.

²² DIÈNE, D., *Informe sobre las manifestaciones de difamación de las religiones, y en particular sobre las graves consecuencias de la islamofobia en el disfrute de todos los derechos*, 6º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 21 de agosto de 2007, A/HRC/6/6, párr. 6.

²³ *Ibid.*, párr. 8.

fenómeno ha generado un intenso debate incluso en el seno de las Naciones Unidas en lo relativo a la difamación de las religiones²⁴.

Algunos de los ejemplos que han generado controversia son los de la publicación de *Los Versos satánicos* de Salman Rushdie²⁵, la película *La última tentación de Cristo*²⁶ y más recientemente el ataque del 7 de enero del 2015 al seminario satírico *Charlie Hebdo*²⁷.

Si bien es cierto que las manifestaciones públicas que incitan al odio basado en prejuicios religiosos representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los Estados democráticos, la problemática que surge es la de que hasta qué punto se puede aceptar que las creencias religiosas de las personas limiten la libertad de expresión.

No hay que olvidar que el Código Penal en su art. 525 castiga a los que para «ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican».

Ante esta situación, Atienza realiza una división con las cuatro posturas existentes en torno a esta cuestión²⁸. La primera, propia de fundamentalistas religiosos, es la de aquellos que ponen por encima la religión sobre la libertad de expresión. Una segunda posición sería la de los creyentes no fundamentalistas que ponen ambos valores al mismo nivel. Esta tesis es negada por los liberales moderados y que adopta el TEDH²⁹ al

²⁴ Vid. Resolución 13/16 del Consejo de Derechos Humanos sobre la lucha contra la difamación de las religiones, 13º período de sesiones, 15 de abril de 2010, A/HRC/RES/13/16.

²⁵ El libro originó una ola de protestas por parte de musulmanes que lo consideraron una blasfemia, incluso el Ayatolá Komeini de Irán hizo un llamado a los musulmanes para que matasen al autor británico nacido en India por la publicación de la novela.

²⁶ La película se estrenó en Estados Unidos el 12 de agosto de 1988. La película fue censurada en varios países, entre ellos Chile. Finalmente, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Olmedo Bustos y otros contra Chile, 5 de febrero de 2001 determinó que debía primar la libertad de expresión.

²⁷ El semanario satírico francés sufrió un ataque debido a la publicación de una caricatura del profeta Mahoma. Se reabrió así el polémico debate sobre los límites de la libertad de expresión en su vertiente satírica y la libertad religiosa.

²⁸ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos perdidos, Madrid, 2013, p. 63 y 64.

²⁹ Así se puede observar en *Partido de la Prosperidad (Refah Partisi) contra Turquía*, de 31 de julio de 2001. El Partido Prosperidad fue disuelto por una resolución del Tribunal Constitucional de Turquía al ser considerado fundamentalista islámico, lo que iba en contra del principio constitucional de laicidad. El partido exhortaba a la población a seguir la *Jihad* y a aplicar la *Sharia*, que es el derecho islámico desde un Gobierno de coalición, lo que significaba una amenaza para la democracia y las libertades pluralistas en un Estado laico. El caso fue llevado al TEDH aduciendo vulneración a los artículos 10 y 11 del CEDH, pero

considerar que la libertad de expresión no es un derecho absoluto (ningún derecho lo es), y en casos de conflicto es necesario ponderar para ver cuál tiene mayor peso, es decir, que la libertad de expresión puede decaer de manera excepcional.

La última postura sería la de los liberales radicales, con la que el autor se identifica, que consideran que las convicciones religiosas en ningún caso pueden triunfar sobre la libertad de expresión, es decir, no hay que ponderar, pues la balanza siempre se inclinaría a favor de la libertad de expresión. En definitiva, Atienza entiende la libertad religiosa como una libertad negativa en la que no cabe la protección de los sentimientos religiosos.

Es cierto que las blasfemias, el desprecio y las expresiones profanas a lo sagrado pueden llegar a provocar serios conflictos. Pero cuando el fanatismo y la ceguera alientan no sólo el odio, sino también el estallido de actos vandálicos y violentos, se quiebra la sociedad y la democracia en sí misma.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TEDH FRENTE A LA DEL TC. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES

1. TEDH: EL ENCAJE ENTRE LOS ARTS. 10 Y 17 CEDH

La libertad de expresión se configura en el primer apartado del art. 10 CEDH; y en el segundo se establecen los límites a su ejercicio. Esta estructura implica que el TEDH siga una estructura determinada de razonamiento y que se expone por primera vez en el caso *Handyside contra el Reino Unido* (1976). En esta sentencia el Tribunal determinó que la libertad de expresión no solo ampara las informaciones e ideas que cuentan con el consuelo de la mayoría, sino que también con aquellas que son contrarias, chocan o inquietan al Estado o cualquier sector de la población.

Esta amplitud del ámbito de protección parece chocar con los propios límites recogidos en el Convenio. No obstante, como se identifica en dicha sentencia, el valor jurídico que puede limitar la libertad de expresión no puede ser un interés en abstracto, y es por ello que son los Estados, mediante ley³⁰, los que han de establecer esa apreciación concreta.

el TEDH sentenció que la disolución del partido era una medida necesaria en una sociedad democrática y estimó proporcionada la declaración del Tribunal Constitucional de Turquía en virtud de que el proyecto político asumido por el partido era incompatible con el Convenio.

³⁰ El TEDH entiende que basta con ley en sentido material y no necesariamente formal.

Por tanto, el TEDH realiza aquí un control externo que tendrá resultado positivo cuando las razones sean relevantes y suficientes a ojos del tribunal, lo que se denomina test de necesidad.

A pesar de ello, esta amplitud comenzó a matizarse ante manifestaciones racistas y xenófobas. En el caso *Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda* (1979), estas expresiones se recondujeron al abuso de derecho del art. 17 CEDH, pues el reparto de panfletos que llamaba a la deportación de las minorías turcas tenía tintes totalitarios e iba en contra de los principios del Convenio. Con esto se logra lo que la doctrina ha denominado como «efecto guillotina»³¹ ya que cercena cualquier tipo de protección a este tipo de discursos.

El objetivo del art. 17 no es otro que el de prevenir que individuos o grupos con fines totalitarios exploten en sus propios intereses los principios enunciados en el Convenio³². Es por ello por lo que según García Roca, es un precepto que debe aplicarse excepcionalmente y que permite introducir limitaciones a ciertas libertades y derechos allí donde el Convenio no autoriza normalmente un límite³³.

Se observa que las decisiones jurídicas se articulan en torno a la posibilidad de aplicar el art. 17 o el 10 del Convenio. La diferencia radica en que con la cláusula de abuso del art. 17 se rechaza frontalmente que el discurso quede amparado por la libertad de expresión; mientras que en la segunda lo que se valora es si la intromisión en la libertad de expresión ha sido legítima o no a tenor del art. 10 CEDH.

La misma técnica del abuso de derecho fue utilizada en el caso *H.P. Y G.K. contra Austria* (1989), al sentenciar que las afirmaciones negacionistas del Holocausto quedaban fuera del ámbito de protección del Convenio. Es en este momento cuando deja de seguirse el razonamiento de la situación de hecho y la consiguiente subsunción *sic et simpliciter* y

³¹ CARUSO, C., «El hate speech en Estrasburgo: el pluralismo militante del sistema convencional» en *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Alonso y Vázquez (dirs.), Athenaica, Sevilla, 2017, p. 113

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1^a). Caso Kasymakhunov y Saybatalov contra Rusia. Sentencia de 14 de marzo de 2013, apartado 103.

³³ GARCÍA ROCA, J., «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca y Santolaya (coords.), CEPC, Madrid, 2005, p. 752.

que ha llevado a establecer un trato distinto del discurso del odio según el particular contenido expresivo.

Así, se ha aplicado el art. 17 en relación al negacionismo del holocausto, pero también frente a ataques contra la comunidad musulmana en *Norwood contra Reino Unido* (2004). El demandante había colocado un póster del Partido Nacionalista Británico en el que se leía «Islam fuera de Gran Bretaña – Protejamos a los británicos» y mostrando una fotografía de las Torres Gemelas en llamas con el símbolo de la luna creciente con una señal de prohibido. El TEDH analizó si esta imagen creaba un vínculo entre un grupo religioso y un acto terrorista, lo que resultaría contrario a los valores proclamados y garantizados por el Convenio, a saber, la tolerancia, la paz social y la no discriminación. Por ello, el demandante no podía beneficiarse de la protección del artículo 10.1 del Convenio.

El problema de estas sentencias es que no dejan claro cuál es el límite entre el negacionismo o la propaganda antisemita e islamófoba contrarias radicalmente a los principios del Convenio, y cuáles no conducen a esa situación. En la Sentencia *Perinçek contra Suiza* (2013), se sostiene que la cláusula del art. 17 sólo puede aplicarse excepcionalmente. En supuestos donde el caso es oscuro de determinar y se solapa con la cuestión de la necesidad de valorar si la restricción a la libertad de expresión es necesaria en una sociedad democrática, la Corte considera que la aplicación del art. 17 debe evaluarse conjuntamente con el art. 10 del Convenio.

En lo que atañe al mecanismo del art. 10 CEDH, partiendo del ya citado caso *Handyside contra el Reino Unido* (1976), el Tribunal entiende que el concepto de información debe de entenderse de forma extensa, desde los hechos hasta los datos no procesados, noticias de interés público, fotografías o programas de medios de comunicación audiovisuales. Esta amplitud conceptual también alcanza a los medios de difusión, incluyendo todos los medios audiovisuales (*Jersild contra Dinamarca*, 1994).

El art. 10 permite las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión siempre que esté prevista normativamente, que se persigan los fines del art. 10.2 y que sea una restricción necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal considera los dos primeros elementos de una manera laxa, dejando bastante margen de apreciación a los Estados.

No obstante, respecto al tercer requisito y siguiendo el caso *Handyside contra el Reino Unido* (1976), las razones deben responder a una necesidad social imperiosa siempre que los medios usados por el Estado sean proporcionales a la finalidad perseguida. Aquí se da una doble vinculación, pues cuanto mayor margen se deje al Estado para valorar esa necesidad social imperiosa, mayor será también su capacidad para intervenir en la limitación de la libertad de expresión.

Cabe puntualizar que en *Féret contra Bélgica* (2009), ante las declaraciones del presidente del partido Frente Nacional, el Tribunal sentenció que no podía emplearse el proceso electoral para camuflar un lenguaje que incitaba claramente a la discriminación y odio racial. En otras palabras, los asuntos políticos no son sinónimos de asuntos de interés público, siendo estos necesarios en una sociedad democrática. Esta concepción se mantuvo en *Jean-Marie Le Pen contra Francia* (2010) donde de nuevo se vincula la condición de político del emisor con el posible interés público del mensaje.

También se ha aplicado la vía del art. 10 en el asunto *Vejdeland contra Suecia* (2012). Aquí el Tribunal acudió a si era adecuada la condena de un grupo de jóvenes que dejaron en los casilleros de los alumnos panfletos en los que se afirmaba que la homosexualidad constituye una desviación sexual que destruye las bases morales de la sociedad o que la difusión del virus del VIH obedece a la promiscuidad de los homosexuales, a quienes se les identificaba como la plaga de la modernidad.

Los demandantes fueron condenados conforme al Código Penal sueco y en criterio del TEDH la condena contra los demandantes no vulneró su derecho a la libertad de expresión: «Insultar, ridiculizar o difamar a un grupo específico de la población puede ser suficiente para que las autoridades estatales adopten medidas para combatir el discurso del odio, como un modo irresponsable de ejercicio de la libertad de expresión [...]. Al respecto, el Tribunal considera que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación por motivos de raza, origen o color»³⁴.

³⁴ El original en inglés: *Moreover, the Court reiterates that inciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner [...]. In this regard, the Court stresses that discrimination based on sexual orientation is as serious as discrimination based on race, origin or colour.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Vejdeland y otros contra Suecia. Sentencia de 9 de febrero de 2012, n. 55.

2. TC: PONDERACIÓN Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

El primer asunto sobre el discurso del odio, más concretamente sobre el negacionismo, al que tuvo que hacer frente el TC fue el famoso caso de Violeta Friedman³⁵. En la sentencia solo se hace mención al lenguaje del odio una vez, sin realizar una clasificación jurídica del término. Lo que el Tribunal hizo fue valorar e identificar los bienes jurídicos lesionados. Así, se radicó el conflicto en la colisión entre la libertad de expresión y el honor, la dignidad y la igualdad³⁶. Esto es así al considerar que los derechos y libertades garantizados por la Constitución lo son en un marco personalista, es decir, no pueden ser entendidos como funcionales de ningún otro valor al servicio del Estado o la sociedad.

Esta forma de análisis difiere del «efecto guillotina» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha venido aplicando la cláusula del abuso de derecho del art. 17 CEDH para excluir radicalmente este tipo de discursos, quedando del ámbito protegido por la libertad de expresión, sin ponderación alguna.

El siguiente asunto relevante fue con la STC 235/2007, de 7 de noviembre, mediante la cual el TC resolvió una cuestión de constitucionalidad presentada sobre el delito de negacionismo. Con esta sentencia el TC consolidó su jurisprudencia anterior, aunque fue más allá y amplió el ámbito de las conductas que iba a considerar excluidas de protección constitucional³⁷.

En este caso, el Tribunal entendió que el conflicto con la libertad de expresión lo era más con la dignidad humana que con el honor y sentenció que la constitucionalidad de la incitación indirecta depende de que se genere el riesgo de lesión del bien jurídico, es decir, tiene que generarse un peligro potencial que devenga en hostilidad y actos discriminatorios o violentos. Asimismo partió del hecho de que en el ordenamiento jurídico español no hay una vía similar a la del art. 17 CEDH y que, «en nuestro sistema

³⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre. Violeta Friedman, judía y prisionera en un campo de concentración en el que fue asesinada la mayoría de su familia, recurrió en amparo al TC la tutela de su derecho al honor en relación con unas declaraciones realizadas en un medio de comunicación por León Degrelle en las que negaba el genocidio nazi.

³⁶ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8.

³⁷ TERUEL LOZANO, G., «Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial», en *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017, pág. 6.

–a diferencia de otros de nuestro entorno– no tiene cabida un modelo de democracia militante»³⁸.

Uno de los últimos asuntos que el TC ha encuadrado dentro del discurso del odio se encuentra en la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre una condena por injurias al Rey. Los hechos son los siguientes: unos independentistas catalanes quemaron en 2007 una foto de gran tamaño de los Reyes durante una protesta antimonárquica en Gerona en vísperas de la visita del Rey Juan Carlos a la ciudad.

El Tribunal trata de dilucidar si dicho comportamiento expresa un pensamiento crítico contra la Monarquía y por tanto merecedor de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE o, por el contrario, se trata de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca.

El razonamiento continúa con que la destrucción de elementos con un valor simbólico puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, «no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menoscabo de las personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio»³⁹.

Esta alusión al lenguaje del odio es importante, pues en los votos particulares, tres magistrados reprochan la interpretación que se hace del discurso del odio, careciendo de sustento fáctico, distorsiona su alcance e incluso supone una «banalización del discurso del odio»⁴⁰.

El asunto llegó al TEDH⁴¹, lo que permite constatar el diferente método seguido por cada tribunal. En la sentencia, el TEDH mantiene la estructura ya mencionada en el apartado anterior, descartando tajantemente en primer lugar, que sea de aplicación la cláusula del art. 17 CEDH y procede a seguir las pautas del art. 10 CEDH. No se discute que esa injerencia en la libertad de expresión estaba prevista por la Ley y que tenía una finalidad

³⁸ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ. 4.

³⁹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio de 2015, FJ. 4.

⁴⁰ *Ibid.* Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España. Sentencia de 13 de marzo de 2018.

legitima, a saber, la protección de la reputación o de los derechos ajenos. La discrepancia versa sobre la cuestión de si la injerencia era «necesaria en una sociedad democrática».

La quema de la imagen es para el TEDH «una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, a saber, la institución de la monarquía», difiriendo de la interpretación del TC. El TEDH recuerda en este contexto que «la libertad de expresión ampara no solo las informaciones o ideas acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo»⁴².

Asimismo, añade que la interpretación que realiza el TC sobre el lenguaje del odio es demasiado amplia, «lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática»⁴³.

Por último, la sentencia concluye con que debido a que la pena de prisión –la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento– ha sido impuesta en el marco de un debate político, ello deviene en que la injerencia en la libertad de expresión no es proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática.

De este modo se puede apreciar la diferente forma de actuación de cada tribunal, destacando que, a pesar de los vaivenes del TEDH, este intenta mantener la jurisprudencia consolidada y siguiendo ese método de razonamiento basado en el juego entre la cláusula del abuso de derecho y los límites permitidos a la libertad de expresión del art. 10 CEDH.

Por el contrario, el TC opta por la identificación de los bienes jurídicos afectados, procediendo a su ponderación con la libertad de expresión, aunque manteniendo una interpretación del lenguaje del odio quizás demasiado amplia como sostiene el propio TEDH y algunos juristas⁴⁴.

V. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL DISCURSO DEL ODIO

El discurso del odio ha encontrado en internet un nuevo medio de difusión. Las peculiaridades de internet y de las redes sociales implican un cambio de perspectiva y,

⁴² *Ibid.* Apartado 39.

⁴³ *Ibid.* Apartado 42.

⁴⁴ GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., «Discurso del odio y libertad de expresión ideológica» en *Cuadernos de Periodistas*, núm. 33, 2017.

por otra parte, de centrar la aproximación al tema en los aspectos del proceso comunicativo relacionados con los canales por los que se difunden.

Las nuevas formas de comunicación que permite Internet hacen que la ciudadanía tenga una gran accesibilidad a la difusión de ideas y opiniones. El problema surge cuando muchas de ellas tienen intención de ofender a determinados grupos sociales o incitan directamente al odio.

1. INTERNET COMO NUEVO PARADIGMA DE CANAL COMUNICATIVO

La dificultad que surge aquí no radica en el uso abusivo de la libertad de expresión, ya que no se da ningún elemento diferenciador con respecto a los medios tradicionales; lo importante es cómo se ve alterado el equilibrio y las formas tradicionales de hacer frente al lenguaje del odio, pues en muchos casos resultan ineficaces debido a las peculiaridades del medio tales como la inmediatez, la gran difusión y el hecho de que el receptor ya no lo es en sentido estricto, y es que los usuarios pueden generar sus propios contenidos. De esta forma, los consumidores de la red son también productores, pudiendo recibir información y difundiéndola. Estas nuevas características de los cauces para ejercer la libertad de expresión dificultan su control por las autoridades y obligan a balances de intereses cada vez más complejos.

Frente a contribuciones positivas como el periodismo ciudadano, han surgido otras negativas al haber demostrado ser estas vías un cauce eficaz de captación y adoctrinamiento de militantes en grupos terroristas, o para infundir conflictos identitarios mediante la incitación a la violencia o el odio, la propaganda de la guerra, la aplicación abusiva de leyes contra la blasfemia o la incoación de procesos judiciales por difamación.

Internet se ha convertido de forma ineluctable en el medio hegemónico de comunicación e intercambio de contenidos. Ello ha traído como consecuencia en primer lugar, el hecho de que ciertas expresiones hayan trascendido del ámbito privado, teniendo gran impacto en la esfera pública.

Una segunda consecuencia es la de que el potencial lesivo de una expresión de odio se ve incrementado, ya que la capacidad de accesibilidad y difusión en internet es mucho mayor, es mucho más fácil llegar a un volumen amplio de receptores, de tal manera que

no solo se ve afectado el individuo concreto o el grupo al que va dirigido el mensaje, sino también otras personas y colectivos afines que también se pueden sentir humillados; y peor aún, que otros grupos se adhieran y envalentonen el ataque.

Es aquí donde se da la cuestión más problemática y que también explica el auge mediático del lenguaje del odio en internet: que estas expresiones trascienden al gran público. Cuantos más individuos se vean involucrados, mayor será la fractura en la convivencia de la sociedad y más en riesgo se ponen los principios democráticos, pues atacan directamente a su base.

Pero habría una tercera razón, las particularidades propias de la difusión implican que hay que actuar de otra manera diferente a la tradicional. Así se puede apreciar cuando la Constitución en su artículo 20 reconoce la libertad de expresión y a la vez prohíbe la censura previa y proscribe el secuestro judicial de publicaciones. La idea es la de que para garantizar la libertad de expresión y de información no basta con prohibir la censura, sino que también hay que asegurar que esas ideas podrán circular y distribuirse.

Aquí resulta importante el hecho de que los medios impresos de prensa han experimentado una desregulación progresiva conforme la libertad de expresión ha ido consolidándose en las sociedades democráticas, siendo a día de hoy un medio prácticamente libre de requisitos de acceso y actividad, y cuyos principales límites están en lo que puedan dictaminar los órganos judiciales a posteriori⁴⁵.

En cambio, los medios de comunicación audiovisual siguen estando sujetos a una regulación importante, tanto en lo relativo al acceso como a su desarrollo y actividad. Ello tiene en su explicación en su antigua concepción como servicio público y a que en todo momento debe protegerse a la audiencia al tratarse de medios más invasivos que los impresos. De hecho el artículo 57.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual contiene una sanción específica frente a las emisiones que incluyan expresiones que fomenten o manifiesten odio o discriminación⁴⁶.

⁴⁵ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «Hate speech y sociedad de la información» en *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Alonso y Vázquez (dirs.), Athenaica, Sevilla, 2017, p. 133.

⁴⁶ «Son infracciones muy graves: La emisión de contenidos que de forma manifiesta fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social».

En lo que atañe a la regulación de internet, es un canal sometido a una normativa específica. Como no podía ser de otra manera, la regulación española deriva de la de la Unión Europea, pues mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI) se traspuso la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior; y la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

La regulación se basa en esa idea del potencial lesivo (art. 8 LSSI). También se establecen medidas de intervención judiciales como la posibilidad de obtener los datos identificativos de los responsables de servicios que hayan cometido algún ilícito en la red. La diferencia fundamental con respecto a los medios audiovisuales es que ante la vulneración de esos principios no se recoge una sanción específica.

2. MODELOS DE COMUNICACIÓN

Siendo así la situación, resulta pertinente establecer las diferencias entre el modelo de comunicación convencional y tradicional frente al nuevo paradigma que supone el modelo digital.

La principal característica del modelo convencional es que la transmisión sigue una estructura vertical en un solo sentido a través de canales de distribución limitada y con lectores y audiencias identificables. Esto se une con la responsabilidad civil patrimonial solidaria y la responsabilidad penal en cascada. Con ello se consigue sancionar esas extralimitaciones en el ejercicio de la libertad de expresión a la par que promueve el control editorial.

Con dicho control se genera que los emisores tengan interés por evitar formas lesivas de discursos y de asegurar la fidelidad de los lectores y audiencias. Al final son las élites intelectuales y profesionales quienes seleccionan los contenidos, tendiendo a los parámetros legales y a lo socialmente aceptable y dejando de lado los discursos de circulación minoritaria. Esto es así también debido a que los receptores tienen la libertad

de elegir por un medio u otro, lo que permite mediante su capacidad crítica decidir los medios que se consumen.

Por el contrario, el modelo de comunicación digital supone una alteración de ese equilibrio que se logra con el modelo convencional. Aquí ya no se sigue una estructura vertical de comunicación, sino que es expansiva, interactiva y reticular. Esto se traduce en que hay una transmisión inmediata e integral de los contenidos a terceras personas.

Esta situación ha alterado tanto el paradigma anterior que incluso los medios tradicionales han acabado adaptando sus dinámicas al nuevo entorno, surgiendo nuevos formatos de difusión de contenidos. Es aquí donde las redes sociales, los foros y las páginas personales juegan un papel relevante, pues ponen al receptor en una nueva posición, y es que en muchos casos los receptores se convierten en emisores expandiendo o modificando ese contenido recibido con anterioridad. Los comentarios en hilos-discursivos o en redes sociales no son apreciados como un espacio público de comunicación.

Asimismo, ya no hay un vínculo entre emisor y soporte, de manera que la profesionalización y la ética profesional quedan en un segundo plano. El nuevo paradigma se fundamenta en el respaldo que consigue el emisor en la comunidad, ya sea por el número de «me gusta», de seguidores o de visualizaciones. Esa dinámica conlleva que el público deja de priorizar la reputación y calidad técnica del emisor, introduciéndose nuevos criterios como la capacidad comunicativa o preferencias simplemente emotivas, y lo que antes no trascendía del ámbito privado o de ámbitos más minoritarios, ahora sí lo hace, teniendo un mayor impacto. Debido a estas características propias del medio, internet resulta un canal de difusión difícilmente controlable.

3. CONTROL DEL DISCURSO DEL ODIO EN INTERNET

Queda patente que no es posible trasladar el modelo de control editorial al ámbito de internet. En EEUU se ha optado por no exigir a los operadores ningún tipo de responsabilidad por los contenidos. En cambio, en la UE la responsabilidad se hace pivotar en la idea del conocimiento efectivo, según el cual, los intermediarios serán responsables cuando tengan conocimiento efectivo de los contenidos ilícitos en páginas

y plataformas sostenidas por sus servicios. Es un mecanismo de protección legal a posteriori (art. 16 LSSI).

Asimismo, esa versatilidad y el carácter universal de internet y las redes sociales plantean un segundo problema: cualquier intención de limitar las posibilidades de comunicación será debatida por diversos grupos (empresas, internautas, operadores) ya que los medios que proporciona internet afectan al mundo de las finanzas, el comercio, la publicidad, la cultura, etc.

Una tercera cuestión es la delimitación jurisdiccional. Esta ausencia de fronteras supone un desafío constante en la cooperación judicial internacional, o el secreto de las comunicaciones y la protección de datos. Se plantean, además, problemas derivados de la propia configuración técnica y la operatividad de Internet (localización de servidores, autentificación de IPs, cuentas robot, diferentes procedimientos de encriptación para ocultar la identidad, etc.) que dificultan la obtención de pruebas o la determinación de responsabilidad. El criterio de la territorialidad por tanto deviene en ineficaz.

Ante estas dificultades ha surgido una alternativa que va muy en la línea de la concepción libre que muchos tienen de internet: la autorregulación por parte de las propias compañías. Las plataformas mayoritarias buscan un prestigio mediático y desvincularse de ser portadores de mensajes que inciten al odio y la discriminación. De hecho, todas las grandes redes sociales obligan a aceptar condiciones de uso que suelen prohibir el discurso del odio en sus plataformas.

En la misma línea, estas plataformas cuentan con sistemas de denuncia que permiten a los usuarios denunciar el contenido que vulnere las normas de uso de las redes para que las compañías valoren su eliminación. No obstante, la tarea de moderación y autorregulación es compleja y delicada para la imagen de las compañías, ya que reciben protestas tanto por no respetar la libertad de expresión y acusaciones de censura, como por ser un espacio de impunidad para el odio⁴⁷.

⁴⁷ Facebook decide revisar su censura (25 de abril de 2018). La voz de Galicia. Recuperado de: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/tecnologia/2018/04/25/facebook-decide-revisar-censura/0003_201804G25P49992.htm#

VI. CONCLUSIONES

La libertad de expresión implica la libertad del individuo para manifestar su pensamiento, es decir, su participación individual en un proceso comunicativo público que permite su difusión en el «mercado de las ideas». Pero estas premisas conllevan una recíproca comprensión entre los interlocutores que permita el desarrollo del debate político y social, generándose un discurso público en el marco democrático.

Esa tensión existente entre el debate orientado al conflicto y al cambio frente aquel que simplemente rechaza los valores del ordenamiento puede implicar la desaparición de cualquier discurso minoritario. Es cierto que existe cierta tendencia por parte de las élites en lograr la moralización del Estado a través de la politización de los ciudadanos. De esta manera, estos adoptan y mantienen determinadas actitudes políticas.

Ante esta situación, el Derecho penal está viendo evolucionar su función, adoptando un rol proactivo de promoción de las minorías. Esto parece incompatible con el principio de intervención mínima del Derecho penal, lo que unido a la difícil regulación de esta materia provocan una indeterminación e inseguridad jurídica cuestionable desde las nociones constitucionales del delito. Los preceptos son en parte indefinidos al remitir a conceptos vagos o controvertidos, de manera que es el juez quien debe completar el precepto. El Derecho penal es la *ultima ratio* del Estado para resolver los conflictos sociales, de manera que debe reservarse para aquellos asuntos verdaderamente graves y que supongan un peligro para la convivencia democrática.

La administrativización del Derecho penal es otro de los mayores riesgos a los que se debe hacer frente para evitar su banalización. Considero que cualquier suspensión de la libertad implica la suspensión de la democracia y solo ante el riesgo del propio sistema democrático de Derecho es cuando debiera intervenirse con un proceso penal garantista.

Esta vía del control asumida por la gran mayoría de los Estados europeos y por el propio TEDH implica mantener un difícil equilibrio entre la libertad y la protección de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Así lo muestra la cláusula del abuso de derecho del art. 17 CEDH que sigue esa idea de que las libertades y derechos nunca

pueden ser invocados para amparar actividades que tiendan a la destrucción del propio sistema de los derechos.

Pero la jurisprudencia del TEDH en relación con el discurso del odio evidencia una cierta fragilidad, pues la aplicación –en principio excepcional– del art. 17 CEDH a algunos tipos de discursos negacionistas o islamófobos sin un criterio clarividente, genera inseguridad jurídica. Asimismo, la vía del test de revisión del art. 10 CEDH es utilizada en ocasiones, especialmente en el ámbito de los sentimientos religiosos, como un elemento de escape en favor del supuesto mejor conocimiento de los Estados de la situación social concreta

En lo que respecta al TC, resulta muy cuestionable la amplia definición de la categoría del discurso del odio a la que recurre, ya que en muchos casos no atiende a la ofensa concreta del discurso, de manera que a mí parecer cualquier lenguaje que «suene odioso» queda en una situación de riesgo en cuanto a su amparo constitucional.

Toda esta problemática, unida a la aparición de Internet como el nuevo modelo hegemónico de comunicación, trae consigo una serie de nuevos retos ante los que hacer frente, siendo conscientes de que lo que se regule hoy puede quedar obsoleto mañana, lo que dificulta todavía más la lucha contra el lenguaje del odio. A esto habría que añadir la dificultad de control del medio y su gran capacidad de difusión, lo que puede suponer una desvirtuación de lo que se considera o no lenguaje del odio.

Y es que para lograr el intrincado equilibrio entre la dignidad de la persona y la libertad expresión resultan muy acertadas las palabras del Juez András Sajó en su opinión disidente al caso Féret contra Bélgica: «es precisamente cuando nos enfrentamos a ideas que provocan nuestro odio o nuestro aborrecimiento cuando nuestro juicio debe ser el más reflexivo, en la medida en que nuestras convicciones personales corren el riesgo de influir en nuestras ideas sobre lo que realmente es peligroso».

VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio de 2015.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno). Caso Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda. Sentencia de 11 de octubre de 1979.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno). Caso Handyside contra Reino Unido. Sentencia de 7 de diciembre de 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1^a). Caso Kasymakhunov y Saybatalov contra Rusia. Sentencia de 14 de marzo de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1^a). Caso Pavel Ivanov contra Rusia. Sentencia de 20 de febrero de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2^a). Caso Féret contra Bélgica. Sentencia de 16 de julio de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3^a). Caso Partido de la Prosperidad contra Turquía. Sentencia de 31 de julio de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3^a). Caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España. Sentencia de 13 de marzo de 2018.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5^a). Caso Vejdeland y otros contra Suecia. Sentencia de 9 de febrero de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5^a). Jean-Marie Le Pen contra Francia. Sentencia de 7 de mayo de 2010.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GARCÍA, M. A., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2015.

ALASTUEY DOBÓN, C., «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos perdidos, Madrid, 2013.

CARUSO, C., «El *hate speech* en Estrasburgo: el pluralismo militante del sistema convencional» en *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Alonso y Vázquez (dirs.), Athenaica, Sevilla, 2017.

DIÈNE, D., *Informe sobre las manifestaciones de difamación de las religiones, y en particular sobre las graves consecuencias de la islamofobia en el disfrute de todos los derechos*, 6º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 21 de agosto de 2007, A/HRC/6/6.

DÍEZ BUESO, L., *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa. Entre la expresión y el discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ESQUIVEL ALONSO, Y., «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Cuestiones constitucionales*, nº 35, 3, 2016.

GARCÍA ROCA, J., «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)» en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca y Santolaya (coords.), CEPC, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., «Discurso del odio y libertad de expresión ideológica» en *Cuadernos de Periodistas*, núm. 33, 2017.

JAVALOY, F., «El nuevo rostro del racismo» en *Anales de psicología*, núm. 1, vol. 10, 1994.

LÓPEZ ARANGUREN, J.L., *Ética y Política*, Orbis, Barcelona, 1985.

MERINO I SANCHO, V. M., «El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección» en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 34. Disponible en:

<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/9400/8871>. Fecha de acceso: 4 de mayo de 2018.

POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Loedel (trad.), Paidós, Barcelona, 2017.

RAWLS, J. *Sobre las libertades*, Vigil Rubio (trad.), Paidós, Barcelona, 1996.

REY, F., «Discurso del odio y racismo líquido» en *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos Núm. 12*, Revenga Sánchez (dir.), Alcalá de Henares, 2015.

RUSSELL, B., *Historia de la filosofía occidental*, Gómez de la Serna y Dorta (trad.), Austral, Barcelona, 2010.

TERUEL LOZANO, G., «Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial» en *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017.

VIVES ANTÓN, T. «Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio» en *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos Núm. 12*, Revenga Sánchez (dir.), Alcalá de Henares, 2015.

WALDRON, J., *The harm in hate speech*, Harvard University Press, 2012.

WEBER, A., *Manual on hate speech*. Council of Europe Publishing, 2009.