



TRABAJO FIN DE MASTER DEL

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN:
DOBLE MÁSTER EN DERECHO PÚBLICO Y ABOGACÍA
ESPECIALIDAD *(en caso de Doble Máster):***

DERECHO PÚBLICO

TÍTULO:

**EL DISCURSO DE ODIOS EN INTERNET: UN EXAMEN DE LA
JURISPRUDENCIA DEL TEDH**

AUTOR:

Francisco Placín Vergillo

TUTOR/A:

D. Daniel Ignacio García San José

CURSO: 2021/2022

Vº Bº del tutor/a	Sello de la Secretaría del Centro
Fdo.	

RESUMEN

El discurso de odio hace referencia a factores de identidad reales, supuestos o imputados de un individuo o grupo en un sentido amplio; es decir, puede referirse a su religión, etnia, nacionalidad, raza, color, ascendencia o el género, pero también a cualquier característica que transmita identidad como el idioma, el origen económico o social o el estado de salud, entre muchas otras.

El auge de odio en Internet plantea retos sin precedentes para las sociedades del Siglo XXI. La incitación al odio *online* puede producirse y distribuirse fácilmente sin esfuerzo e incluso de forma anónima, con posibilidad de llegar a una audiencia global y diversa en tiempo real. Por no hablar de que los contenidos *online* permanecen en la red y pueden resurgir y ganar popularidad con el paso del tiempo. Ello ha provocado que algunos Estados responsabilicen a las empresas que gestionan el flujo de informaciones y opiniones desde Internet de la moderación y la eliminación de los contenidos que consideran que infringen su normativa, lo que suscita la preocupación por la limitación de la libertad de expresión frente a la protección de los derechos de terceros.

Por ello, la comprensión y el análisis que esté haciendo sobre esta cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH) es fundamental para dar forma a una respuesta efectiva, armonizada y viable para todos los Estados Miembros del Consejo de Europa.

Palabras clave: discurso de odio, incitación al odio, libertad de expresión *online*, regulación de Internet, TEDH.

ABSTRACT

Hate speech refers to actual, perceived or imputed identity factors of an individual or group in a broad sense; that is, it can refer to their religion, ethnicity, nationality, race, colour, descent or gender, but also to any identity-conveying characteristic such as language, economic or social origin or health status, among many others.

The rise of hate on the Internet poses unprecedented challenges for 21st Century societies. Online hate speech can easily be produced and distributed effortlessly and even anonymously, with the potential to reach a global and diverse audience in real time. Not to mention that online content remains online and can resurface and gain popularity over time. This has led some states to make companies that manage the flow of information and opinions from the Internet responsible for moderating and removing content that they

consider to infringe their regulations, raising concerns about the limitation of freedom of expression versus the protection of third party rights.

Therefore, the ongoing understanding and analysis of this issue by the European Court of Human Rights (hereinafter the ECtHR) is essential to shape an effective, harmonized and workable response for all Council of Europe Member States.

Key words: hate speech, incitement to hatred, online, Internet, ECtHR.

ÍNDICE

Lista de abreviaturas.....	5
Introducción.....	6
I. Conceptualización histórica desde una perspectiva comparada.....	6
II. Justificación.....	7
III. Objetivos y metodología	9
1. Capítulo I: Libertad de expresión y discurso de odio en el SEDH	12
1.1. El artículo 10 CEDH: contenido y alcance	12
1.2. Sujetos protegidos frente al abuso de la libertad de expresión: el artículo 8 CEDH.....	17
1.3. TEDH: margen de apreciación versus alcance del control europeo	24
1.4. El discurso de odio	30
1.4.1. Conceptualización doctrinal y jurisprudencial	30
1.4.2. Clasificación de los distintos tipos de discurso de odio.....	36
2. Capítulo II: Internet como factor primordial.....	50
2.1. Trascendencia de Internet para la adecuada protección de la libertad de expresión	50
2.2. Sujetos protegidos frente al abuso de la libertad de expresión: las particularidades en Internet	53
2.3. Margen de apreciación versus control europeo en Internet	55
2.4. El discurso de odio <i>online</i>	58
3. Conclusiones.....	75
4. Bibliografía.....	78
4.1. Legislación, textos normativos e institucionales.....	78
4.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	79
4.2.1. Base de datos y guías jurisprudenciales	79
4.2.2. Asuntos	80
4.3. Referencias doctrinales.....	85

Lista de abreviaturas

Art./arts. – Artículo/artículos

C. - Contra

CADH – Convención Americana sobre Derechos Humanos

CDFUE – Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CEDH – Convenio Europeo de Derechos Humanos

CIEDR – Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Dec. - Decisión

ECtHR – European Court of Human Rights

ECRI – Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

ETA - Euskadi Ta Askatasuna (País Vasco y Libertad)

FRA – Agencia Europea de los Derechos Fundamentales

GS – Gran Sala

LGTB – Lesbianas, gays, transexuales y bisexuales

Núm./núms. – Número/números

Op.cit. – Obra citada

P./PP. – Página/páginas

Párr./párrs. – Párrafo/párrafos

PIDCP – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

E.TFM – Epígrafe de este Trabajo de Fin de Máster

SEDH – Sistema Europeo de Derechos Humanos

Ss. – Siguietes

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS – Tribunal Supremo

UE – Unión Europea

Introducción

I. Conceptualización histórica desde una perspectiva comparada

Con independencia de lo que se desarrollará más adelante, en el punto 1.4.1 de este trabajo, con esta breve aproximación histórica al discurso de odio en perspectiva comparada, quiere destacarse que los discursos de odio y la consecuente generación de delitos de odio, no es algo reciente, de hecho se han ido cometiendo a lo largo de la Historia. Un ejemplo de ello es que el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP) de 1966 ya recogía en su art.20 lo siguiente:

- “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.”¹

Y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (en adelante la CIEDR), ya en 1965, pedía a los Estados condenar toda propaganda y organizaciones inspiradas en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de grupos de personas de un determinado color u origen étnico que pretendieran justificar o promover el odio y la discriminación racial y exhortaba la punibilidad de “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, cualquiera que sea su forma”².

A diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH), donde se enunciaron estas directrices previamente recogidas en el PIDCP, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante el CEDH) concedió un especial valor al derecho a la libertad de expresión. Y mientras que la CADH recogió los límites a la libertad de expresión, el texto europeo limitó de otra forma la misma (art.10 CEDH), considerando parte de la doctrina que se debe a la vaguedad del legislador, que protegiendo la libertad de expresión y en especial la de los medios de comunicación, dejó sin recoger en el CEDH las pautas marcadas por las convenciones expuestas³. De hecho, esta vaguedad legislativa se pone también de manifiesto en la Carta de Derechos

¹ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, 103, de 30 de abril de 1977. PP.9337-9343.

² Resolución 2016 A (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de diciembre de 1965. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, artículo 4. Recuperada el 6 de septiembre de 2022 de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>

³ Martín Herrera, D. (2014). Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio. *Estudios de Deusto*, 62 (2). PP.8-9.

Fundamentales de la Unión Europea (en adelante la CDFUE), donde el legislador ni siquiera dejó en manos de una ley especial la limitación de los discursos extremos⁴.

Ahora bien, es cierto que primero con la descolonización y, más tarde, con la globalización este tipo de discursos han sufrido un crecimiento exponencial⁵. La situación actual en el viejo continente pone de manifiesto el conflicto latente entre el auge de los discursos de odio y la libertad de expresión, por lo que el estudio de sus límites, ante una Europa en crisis (véanse los procedimientos sancionadores a Hungría y Polonia en virtud del art.7 TUE), partiendo de los estándares fijados por el propio TEDH resulta cuanto menos pertinente y más en la sociedad tecnológica en la que vivimos, donde los discursos de odio en y desde Internet y a través las redes sociales adquieren un alcance y una difusión nunca antes vistos.

Los extremismos políticos, los nacionalismos y la xenofobia están viviendo un auge a pesar de que con la globalización y la integración europea parecieran desterrados y ese rechazo a lo diferente genera una ansiedad constante en una sociedad cambiante, donde parece tener cabida el discurso de odio que zarandea y juega con los límites de la libertad de expresión.

En Europa parecen coexistir dos posturas al respecto: de un lado la que defiende que la libertad de expresión es un pilar fundamental de la democracia, siendo un bien necesario para el debate político y la representación de la sociedad civil y que por lo tanto los Estados no deben penalizar los discursos de odio puesto que coarta la libertad de expresión y la de prensa. De otro lado, la que defiende que la libertad de expresión debe tener ciertos límites, sobre todo, cuando se atenta contra la integridad de una comunidad/minoría o la dignidad de un individuo. Más aún, incluso en la situación en la que nos encontramos, limitar la libertad de expresión es ya una cuestión de seguridad nacional, con el fin de garantizar la estabilidad social y poner límites a los que fomentan el odio⁶.

II. Justificación

Es un hecho que gracias a Internet y, en particular, a las redes sociales, el discurso de odio está viviendo un crecimiento exponencial nunca antes conocido.

⁴ Ídem.

⁵ Martín Herrera, D. (2014). Op.cit. P.21.

⁶ García Santos, M. (2017). El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Comillas Journal of International Relations*, 101027-046. PP.28-29.

El único instrumento internacional sobre el mismo que contempla las expresiones de odio en Internet es el *Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos*, de 28 de enero de 2003, que tiene como objetivo armonizar la legislación penal sustantiva relativa a la lucha contra la propaganda racista y xenófoba⁷.

El Protocolo ha sido utilizado, solo en una ocasión hasta el presente, por el TEDH como Derecho europeo e internacional relevante⁸. Pese a ello, el TEDH se ha pronunciado respecto a diversos casos en los que se han producido discursos de odio a través de Internet, análisis que es objeto del presente trabajo.

Por otro lado, la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (en adelante la FRA) a través de su Informe sobre los derechos fundamentales de 2021, denuncia que los organismos internacionales de supervisión revelaron lagunas jurídicas en los códigos penales de varios Estados miembros en lo que respecta a la incitación del odio o la tipificación penal de la motivación racial o xenófoba como circunstancia agravante⁹. Por ello, el TEDH y los altos tribunales nacionales han establecido límites al uso de la libertad de expresión para combatir el discurso de odio y la incitación al odio.

La propia FRA señala también que el racismo y la ideología de extrema derecha siguen planteando serios desafíos en toda la Unión Europea (en adelante la UE); de hecho recuerda que varias personas fueron asesinadas como blanco de delitos de odio y de posiciones ideológicas extremistas, siguiendo la tendencia al alza de los años previos¹⁰. Asimismo, destaca como que los organismos internacionales y nacionales de derechos humanos vienen expresando su preocupación por el crecimiento del discurso de odio en Internet, siendo en ocasiones motivado por medios de comunicación o figuras políticas, contra personas migrantes y minorías étnicas¹¹.

Las conclusiones de las encuestas llevadas a cabo por la FRA mostraron que las minorías étnicas y migrantes, sufren cada día una mayor discriminación en diferentes

⁷ Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. *Boletín Oficial del Estado*, 26, de 30 de enero de 2015. PP.7214-7224. Véase: Rollnert Liern, G. (2020). Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 31. P.3.

⁸ Rollnert Liern, G. (2020). Op.cit. P.9.

⁹ Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (2021). *Informe sobre los derechos fundamentales 2021*. Viena, 10/06/2021. P.10. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-report-2021-opinions_es.pdf

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

esferas de la vida, y persisten percepciones y estereotipos discriminatorios entre la población en general, viéndose esas tendencias intensificadas con el brote de la Covid-19¹².

Por otro lado, la FRA ha señalado que existe una tasa de infradenuncia de en torno al 80 y 90 por ciento, por lo que en su informe “*Fomentar la denuncia de los delitos de odio: el papel de las fuerzas del orden y otras autoridades*”, expresa la necesidad de aflorar este problema para intentar reducir dicha cifra¹³.

Nos encontramos ante un fenómeno mucho más amplio de lo que podemos llegar a pensar y con el hecho de que con la pandemia se hayan acrecentado estos discursos. Siendo además conscientes de que casi toda Europa ha sufrido como mínimo un confinamiento, no podemos llegar a obviar el papel fundamental que desempeñan en el discurso de odio las redes sociales e Internet.

Es una problemática tan actual que el propio Consejo de Europa ha presentado una serie de directrices dirigidas a sus cuarenta y siete Estados miembros¹⁴ para prevenir y combatir el discurso de odio dentro y fuera de Internet a través de su *Recomendación CM/Rec(2022)16* adoptada el 20 de mayo de 2022¹⁵. La propia secretaria general de esta Organización, Marija Pejcinovic Buric, ha declarado que “*el discurso de odio está aumentando en Europa, especialmente en Internet, donde a menudo adopta la forma de racismo, antisemitismo o incitación a la violencia. Los gobiernos europeos deben unir fuerzas para hacer frente a esta compleja amenaza para nuestras sociedades mediante medidas eficaces y proporcionales*”¹⁶.

III. Objetivos y metodología

El objetivo principal de este trabajo de fin de máster es estudiar cómo la jurisprudencia del TEDH ha tratado el discurso de odio cuando se produce en Internet, es

¹² Ídem.

¹³ Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (2021). Encouraging hate crime reporting – The role of law enforcement and other authorities. FRA, 07/07/2021. Recuperado el 19 de septiembre de 2022 de: <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/hate-crime-reporting>. Sobre este tema puede verse: López Gutiérrez, J.; Fernández Villazala, et al. (2021). *Informe de la encuesta sobre delitos de odio*. Gobierno de España. Ministerio de Interior. P.63.

¹⁴ Se tiene en cuenta a Rusia porque su retirada del SEDH, a raíz de la invasión de Ucrania, será efectiva el 1 de enero de 2023.

¹⁵ Comité de Ministros (2022). *Recomendación CM/REC(2022)16 del Comité de Ministros de los Estados Miembros para combatir el discurso de odio*. Portal del Consejo de Europa. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a67955

¹⁶ Consejo de Europa (2022). *El Consejo de Europa presenta un marco jurídico y político integral para combatir el discurso de odio*. Portal del Consejo de Europa. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: <https://www.coe.int/es/web/portal/-/council-of-europe-proposes-a-comprehensive-legal-and-policy-framework-to-combat-hate-speech>

decir, si ha aplicado los mismos criterios de control de la compatibilidad con los límites de la libertad de expresión frente a los derechos de terceros que cuando no se produce en un contexto diferente, como es la prensa escrita o en una entrevista por radio, por ejemplo; o si ha añadido nuevos criterios por tratarse de Internet, y de ser así, cuáles son éstos.

Podremos responder, de este modo, a la cuestión de en qué medida el contexto de Internet incide en el TEDH, ampliando o restringiendo su labor de control con respecto del cumplimiento de las obligaciones¹⁷ de los Estados Partes en el CEDH con respecto al art.10 de este instrumento internacional, cuando esta libertad se materializa *online*.

Más allá de este objetivo específico, con el presente trabajo de fin de máster se pretende acreditar que se poseen unos conocimientos, habilidades, aptitudes y actitudes durante el Máster en Derecho Público, la navegación en cada una de las herramientas que ofrece el TEDH y la formación en valores y respuestas ante problemas sociales que están sufriendo un auge en la actualidad.

Por su parte, la metodología seguida en la elaboración de este trabajo ha sido un positivismo sociológico, en virtud del cual he analizado los distintos textos normativos y la jurisprudencia relevante en su contexto histórico y desde una aproximación multidisciplinar que combina, como herramientas metodológicas, tanto técnicas inductivas como deductivas, para alcanzar unas conclusiones defendibles tras un desarrollo empírico-inductivo y lógico-deductivo de la hipótesis de partida que asumimos: si el CEDH es un instrumento vivo que debe de ser aplicado a la luz de las condiciones de vida actuales, Internet necesariamente influye en el alcance del contenido y límites del art.10 CEDH y, por ende, en el margen de control que el TEDH aplica sobre el mismo.

La primera parte del trabajo aplica una técnica metodológica empírico-inductiva, de una serie de casos se obtienen unos principios generales; mientras que la segunda parte aplica una herramienta metodológica lógico-deductiva, según la cual se validan esos principios generales obtenidos a través de su puesta en práctica con los casos referidos al discurso de odio en Internet. Otras herramientas metodológicas empleadas ha sido el análisis de datos cuantitativos en el estudio de casos y además diacrónicos, con una dimensión cronológica descriptiva extraídos de determinadas fuentes.

¹⁷ Los Estados Partes tienen obligaciones positivas a la hora de proteger el ejercicio del derecho recogido en el art.10 CEDH de por sí, como es la obligación de establecer un mecanismo eficaz de protección para los autores y periodistas de opiniones y noticias. Véase: García San José, D.I. (2022). *Libertad de expresión 4.0 en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch. P.29.

En la elaboración de este trabajo de fin de máster he trabajado no solo con fuentes primarias (textos normativos y sobre todo, jurisprudencia del TEDH). Además, he analizado fuentes secundarias, en particular, las principales aportaciones doctrinales que he considerado relevantes para el objeto de estudio.

En una primera fase, de aproximación al discurso de odio, estudié documentos de diferentes instituciones como la FRA o la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante la ECRI) , así como las guías del TEDH sobre el art.10 CEDH (siendo la más reciente de 30 de abril de 2021), el art.8 CEDH (siendo la más reciente de 31 de agosto de 2021) y sobre *hate speech* (siendo la más reciente de junio de 2022). A lo que se sumaba toda la doctrina reciente sobre discurso de odio y la relación entre el art.8 y 10 CEDH.

Con ello, pude crear un marco teórico sobre la materia, finalizando así la primera etapa de mi investigación, para aplicarla luego al análisis de la jurisprudencia sobre discurso de odio y alcanzar así una serie de conclusiones que expongo al final de este trabajo.

En la segunda fase, empecé con la búsqueda de jurisprudencia en la base de datos HUDOC con respecto al discurso de odio en Internet¹⁸, siendo en este punto de gran ayuda las actuales guías del TEDH a las que acabo de referirme.

Esta segunda fase supuso además el análisis de todas y cada una de las sentencias que serían relevantes para este trabajo y así poder plasmarlas y exponerlas en el mismo.

Con ese marco teórico y jurisprudencial, desarrollé las conclusiones que fueron fruto de consideraciones, reflexiones y opiniones propias a las que fui llegando conforme concluía cada parte de este trabajo de fin de máster gracias a este marco.

La bibliografía, por su parte, la expongo ordenada alfabéticamente en lo que concierne a la doctrina y cronológicamente de más reciente a menos en lo que respecta a la legislación y la jurisprudencia.

¹⁸ Búsqueda realiza hasta el 30 de septiembre de 2022.

1. Capítulo I: Libertad de expresión y discurso de odio en el SEDH

1.1. El artículo 10 CEDH: contenido y alcance

En este apartado, expondré el contenido y alcance del art.10 CEDH, para lo que hablaré sobre la libertad de expresión en sí, la protección que tiene, cómo varía su alcance en función de unos criterios marcados por el TEDH y finalizaré con sus límites al no tratarse de un derecho de protección absoluta¹⁹.

La libertad de expresión es la piedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos protegidos en el CEDH²⁰. La misma está reconocida en el art.10 CEDH, presentando unos rasgos propios que la configuran por el lugar que esta ocupa en una sociedad democrática²¹.

En el propio art.10 CEDH bajo el concepto de libertad de expresión se garantizan otros derechos como el de difundir información, el de expresar ideas y opiniones y el de recibir información²². El TEDH incluso ha determinado que la libertad de expresión se extiende también a la publicación de fotografías²³.

Ahora bien, todos estos derechos requieren una protección estricta, por lo que la restricción de los mismos debe ser convincentemente justificada²⁴. Y no todos por estar recogidos en el art.10.1 CEDH se benefician de una idéntica protección, siendo ella más fuerte conforme al grado de función social que el derecho cumple en una sociedad democrática²⁵.

Por esta razón, resulta primordial diferenciar entre libertad de expresión en la que entra un interés público en lo que respecta a las informaciones, ideas, opiniones, etc. y en la que no se da dicho interés. Evidentemente, la primera tendrá una protección mayor que la segunda²⁶. Esto se debe a que no se pretende desmotivar a los ciudadanos a expresar

¹⁹ Los derechos absolutos del CEDH son aquellos que no pueden ser derogados en ningún caso, forman el núcleo duro de derechos humanos y como tal, ni en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación pueden ser derogados al estar protegidos por normas imperativas que dan testimonio de la existencia de un orden público europeo en materia de derechos humanos. La derogación se recoge en el art.15 CEDH. Véase: Carrillo Salcedo, J.A. (2004). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tecnos. PP.30-32.

²⁰ García San José, D.I. (2001). La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico. *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, 57. P.13.

²¹ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.14.

²² *Von Hannover c. Alemania*, núms.59320/00, TEDH 2004. Párr.59.

²³ Ídem.

²⁴ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.14 y 15.

²⁵ Ídem.

²⁶ Ídem.

sus opiniones sobre cuestiones de interés público por miedo a sanciones penales o de cualquier otro carácter²⁷.

Ahora bien, el TEDH también ha expresado que una pena en el ámbito de un debate sobre una cuestión de interés público puede llegar a ser compatible con la libertad de expresión garantizada en el art.10 CEDH en circunstancias excepcionales (como la incitación al odio o la violencia) cuando otros derechos fundamentales se hayan visto gravemente perjudicados²⁸.

Ese interés general, por ejemplo, lo encontramos cuando se realizan manifestaciones a la prensa, puesto que el interés general abarcaría el permitir un debate público sobre una determinada cuestión, por lo que en este supuesto la libertad de expresión tendría una protección mayor²⁹. En todo caso, la libertad de expresión no llega a permitir la expresión ofensiva para terceros³⁰.

Por otro lado, el TEDH ha señalado que el ejercicio de este derecho conlleva deberes y responsabilidades frente a terceros, cuyo alcance varía en función de diferentes factores como la situación personal (en razón de su cargo o posición una persona tiene unos deberes y responsabilidades específicos), de si, como he señalado anteriormente, hay un interés público en las informaciones o ideas expresadas, de la situación y de los medios que técnicos que se empleen para ejercer este derecho (en este sentido, el TEDH recuerda que la libertad de expresión en medios como la prensa es fundamental en una sociedad democrática, pero que el ejercicio de la misma no puede sobrepasar los límites fijados con el fin de proteger la reputación y los derechos de los demás, así como que hay que ser consciente de que hay medios que tienen unos efectos más inmediatos y poderosos que otros) y el no usar este derecho para difamar (cuestión complicada si nos encontramos en un debate público de interés general o en un contexto político)³¹.

Lo que está claro es que la manifestación pública de hechos que no se respaldan en ninguna evidencia no está cubierta por dicha protección, solo lo estará por ejemplo cuando la misma contribuya a un debate público con interés general por el fin perseguido³². La clave es encontrar un equilibrio entre el fin perseguido, que es informar sobre una cuestión de interés general, y los derechos a la imagen, la reputación o vida

²⁷ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.16.

²⁸ *Otegi Mondragón y otros c. España*, núms.4184/15 y otros cuatro, TEDH 2018. Párr.59-60.

²⁹ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.16 y 17

³⁰ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.17.

³¹ García San José, D.I. (2001). Op.cit. PP.18-20.

³² García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.21.

privada de instituciones o personas³³. Por otro lado, el TEDH ha señalado que a pesar de ello, un lenguaje excesivo no estaría justificado cuando los términos son desmesurados respecto al legítimo objeto de la crítica perseguida, que no tengan fundamentos las acusaciones difamatorias o se formulen de mala fe³⁴.

Ahora bien, los límites al ejercicio de la libertad de expresión también son estudiados por el propio TEDH, así como las consecuencias establecidas por los Estados ante un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión.

El TEDH ha establecido una serie de requisitos para determinar cuándo debe limitarse la libertad de expresión, art.10 CEDH, para proteger los derechos de los demás, art.8 CEDH. Los primeros se encuentran en el propio art.10 CEDH, es decir, que esté prevista por ley³⁵ dicha limitación, que tenga un objetivo legítimo y por último que sea necesaria en una sociedad democrática (conforme a las nociones de igualdad, pluralismo y tolerancia³⁶). Y dentro de este último requisito ha establecido una serie de principios generales³⁷ aplicados a cada caso concreto.

El primero es que la “necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión debe establecerse de forma convincente, correspondiendo a las autoridades nacionales evaluar si existe dicha necesidad que justifique la injerencia, para lo que disponen del margen de apreciación”³⁸. Y ello va unido a un control europeo por parte del TEDH, tanto de la ley como de las decisiones que la aplican³⁹. Por lo que el TEDH tiene la última palabra sobre si una “restricción” es compatible con la libertad de expresión. Recuerda así que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar o incluso impedir toda forma de expresión que propague, fomente, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia (de cualquier tipo), si se procura que las “formalidades”, “condiciones”, “restricciones” o “sanciones” que se impongan sean proporcionales a la finalidad legítima que se persigue⁴⁰.

El TEDH señala que, en el ejercicio de su competencia de control, debe examinar la injerencia a la luz del conjunto del asunto, incluidos el contenido de las declaraciones

³³ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.22.

³⁴ Ídem.

³⁵ El TEDH no valora únicamente esa ley en sí, sino que también la misma cumpla con los requisitos de publicidad, accesibilidad y previsibilidad. García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.132.

³⁶ Ídem.

³⁷ *Delfi AS c. Estonia* (GS), núm.64569/09, TEDH 2013. Párrs.131-139.

³⁸ *Bonnet c. Francia* (Dec.), núm.35364/19, TEDH 2022. Párr.36.

³⁹ *Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega* (GS), núm.21980/93, TEDH 1999. Párr.58.

⁴⁰ *Erkizia Almandoz c. España*, núm.5869/17, TEDH 2021. Párr.38.

controvertidas y el contexto en el que fueron emitidas⁴¹. Al TEDH le corresponde asimismo evaluar si la medida denunciada era “proporcionada a los objetivos legítimos perseguidos” y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla parecen “pertinentes y suficientes”⁴².

También señala como principio general el examen de la naturaleza de los actos y de las declaraciones esgrimidas, para ver si pertenecen a una categoría que requiere una protección reforzada o reducida conforme al art.10 CEDH⁴³. Así recuerda que, en principio, las declaraciones relativas a asuntos de interés general público requieren una fuerte protección, a diferencia de las declaraciones que defienden o justifican la violencia, el odio, la xenofobia u otras formas de intolerancia, que normalmente no están protegidas, sino que entran en el ámbito de aplicación del art.17 CEDH⁴⁴. Así, el art.17 CEDH funciona como un límite a la libertad de expresión, prohíbe el abuso del derecho, es decir, que a través del ejercicio de un derecho del CEDH se pueda vulnerar el propio CEDH⁴⁵.

El TEDH ha entendido en diferentes ocasiones que son conductas abusivas aquellas contrarias al texto y espíritu del CEDH, incompatibles con la democracia y/o valores fundamentales del CEDH o que infringen los derechos y libertades reconocidos y tienden a la destrucción o limitación excesiva de los mismos⁴⁶.

Hay que decir que para el TEDH es de la máxima importancia combatir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones⁴⁷ y se muestra especialmente sensible a las declaraciones categóricas que atacan o denigran a grupos enteros, ya sean étnicos, religiosos o de otro tipo⁴⁸. De igual manera que no se puede decir que la libertad de expresión en el ámbito de la política sea ilimitada⁴⁹.

El TEDH señala que la protección conferida por el art.10 CEDH se aplica también a la sátira, que es una forma de expresión artística y de comentario social que, por su exageración y distorsión de la realidad, tiene intención de provocar y agitar y que por esa

⁴¹ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.37.

⁴² *Chauvy y otros c. Francia*, núm.64915/01, TEDH 2004. Párr.70.

⁴³ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.38.

⁴⁴ *Perinçek c. Suiza* (GS), núm.27510/08, TEDH 2015. Párrs.229 y 230.

⁴⁵ *Delfi AS c. Estonia*. Op.cit. Párr.137.

⁴⁶ Petit de Gabriel, E.W. (2022). *El abuso del derecho ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿cuestión procesal o sustantiva?*. La Ley. P.11.

⁴⁷ *Jersild c. Dinamarca* (GS), núm.15890/89, TEDH 1994. Párr.30.

⁴⁸ *Perinçek c. Suiza*. Op.cit. Párr.206.

⁴⁹ *Erkizia Almandoz c. España*. Op.cit. Párr.38.

razón, cualquier injerencia en el derecho de una persona a expresarse de esta manera debe examinarse con especial cuidado⁵⁰.

Estas formas de expresión no pueden ser evaluadas o censuradas únicamente en función de las reacciones negativas o de indignación que puedan generar, pero no están exentas de los límites establecidos en el art.10.2 CEDH, de igual manera que el derecho al humor no es omnipresente⁵¹, pues todo aquel que hace uso de la libertad de expresión asume derechos y responsabilidades.

Y respecto a las penas establecidas por los Estados, relacionadas con el ejercicio del art.10 CEDH, también ha establecido unos principios generales, señalando por ejemplo que una pena de prisión impuesta por un delito cometido en el marco de un debate político solo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales y que el elemento esencial que debe tomarse en consideración es si el discurso exhorta al uso de la violencia o constituye en sí un discurso de odio⁵². En sí, el TEDH ha reiterado que la naturaleza y cuantía de las mismas son factores que deben tenerse en cuenta para apreciar la proporcionalidad de la injerencia⁵³.

Con respecto a las penas impuestas, el TEDH concede mucha importancia al carácter penal o “efecto desmotivador” de una pena, exigiendo moderación en el uso de los procedimientos penales cuando la libertad de expresión entra en el terreno de juego⁵⁴. Para el TEDH, el procedimiento penal es la ultima ratio, es decir, no se debería responder frente a un uso excesivo de la libertad de expresión mediante el mismo, salvo en aquellos casos que se utilice esta libertad para camuflar ataques contra la integridad física y mental de otras personas⁵⁵.

Y por supuesto, valora la proporcionalidad de la pena y no solo de forma general, sino en cada caso específico, llegando a adentrarse en el estudio de la situación individual del responsable y, si procede, su capacidad para pagar la multa que se haya impuesto⁵⁶.

Ahora bien, en la mayoría de ocasiones se suele establecer una pena de multa, para lo que el TEDH se ha pronunciado diciendo que una pena de 12 días de multa a 290

⁵⁰ *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, núm.68354/01, TEDH 2007. Párr.33.; o *Eon c. Francia*, núm.26118/10, TEDH 2013. Párr.60. Véase: García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.61

⁵¹ *Z.B. c. Francia*, núm.46883/15, TEDH 2021. Párr.57.

⁵² *Erkizia Almandoz c. España*. Op.cit. Párr.39. Los requisitos específicos que deben darse para que el TEDH considere que se encuentra ante un discurso de odio se expondrán en su apartado correspondiente (E.TFM 1.4.1).

⁵³ *Sürek y Özdemir c. Turquía* (GS), núm.26682/95, TEDH 1999. Párr.64.; y *Soulas y otros c. Francia*, núm.15948/03, TEDH 2008. Párrs.45-46.

⁵⁴ García San José, D.I. (2022). Op.cit. PP.164-165.

⁵⁵ *Asociación Accept y otros c. Rumanía*, núm.19237/16, TEDH 2021. Párr.120.

⁵⁶ García San José, D.I. (2022). Op.cit. PP.198-199.

euros es “relativamente leve” y que una pena de 120 días de multa a cuatro euros era “moderada”⁵⁷. Una pena “grave” sería una pena privativa de libertad⁵⁸, de manera que hay ocasiones en las que las cantidades pueden parecer elevadas para las circunstancias del caso, pero que serían aceptables para cuando los sujetos podrían haber sido condenados a penas de prisión⁵⁹.

Así, por ejemplo en el *Asunto Fuentes Bobo contra España*, de 29 de febrero del 2000, el TEDH, teniendo en cuenta todas las circunstancias mencionadas anteriormente, consideró que la sanción aplicada no era proporcional a lo acontecido a pesar de reconocer que se había producido un exceso en el ejercicio a la libertad de expresión por parte del demandante⁶⁰.

Por lo tanto, la libertad de expresión reconocida en el art.10 CEDH no es un derecho absoluto aunque haya una tendencia por parte del TEDH a no declarar compatible con el CEDH una injerencia en el ejercicio de esta libertad cuando el contenido de las informaciones, opiniones o ideas se conectan a un debate público sobre cuestiones de interés general⁶¹. Además, para su ejercicio hay que mantener un justo equilibrio entre los intereses en juego como la protección de minorías a no ser objetos de proclamas por ejemplo racistas y al honor de terceros (de hecho recuerda el *Asunto Barfod contra Dinamarca*, de 20 de noviembre de 1990, en el que el TEDH no vio injerencia a la libertad de expresión al haber publicado el demandante un artículo que cuestionaba la imparcialidad de unos jueces que dictaron una sentencia en su contra, a lo que el Tribunal sostuvo que la injerencia que realizó el Estado sancionándolo fue correcta al haber atacado el individuo el honor de esos jueces y no la composición del tribunal que los juzgó como tal. El TEDH es muy minucioso a la hora de valorar el honor de terceros)⁶².

1.2. Sujetos protegidos frente al abuso de la libertad de expresión: el artículo 8 CEDH

En este apartado haré una introducción sobre el art.8 CEDH para poder tratar luego la relación que mantiene con el art.10 CEDH y los criterios utilizados para ponderar

⁵⁷ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.57.

⁵⁸ *Perinçek c. Suiza*. Op.cit. Párr.273.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ García San José, D.I. (2001). Op.cit. PP.25-27.

⁶¹ García San José, D.I. (2003). Significado y alcance jurídico del derecho a la intimidad en el sistema europeo de protección de derechos humanos. *Revista del Poder Judicial*, 70. P.33.

⁶² García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.30

la misma entre ambos, sin dejar atrás la necesidad de concretar quiénes son los sujetos protegidos frente al abuso de la libertad de expresión.

El art.10 CEDH suele entrar en numerosas ocasiones en conflicto con el derecho reconocido en el art.8 CEDH, el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Por ello, es necesario conocer dónde están los límites y/o criterios que establece el TEDH para considerar que se ha producido un abuso de la libertad de expresión de un individuo frente al respeto a la vida privada y familiar de otro.

La cuestión relevante aquí es conocer cómo se pondera el cumplimiento de ambas disposiciones. Se podría pensar que encontramos la respuesta para dicha ponderación en la clasificación que se suele hacer de los derechos protegidos en el CEDH (derechos inderogables y derechos no absolutos⁶³). Ahora bien, el grupo de artículos 8 a 11 pertenece al grupo de los no absolutos, por lo que ambos derechos merecen el mismo respeto⁶⁴. En definitiva, debemos acudir a la doctrina y a la jurisprudencia del TEDH para buscar una respuesta.

El art.8.1 CEDH parece establecer una lista exhaustiva al recoger que “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”. Sin embargo, el Tribunal reitera que el concepto de "vida privada" es un término amplio que no es susceptible de una definición exhaustiva y que abarca por ejemplo también la integridad física y psicológica de una persona⁶⁵. Elementos como el nombre, la imagen, la orientación sexual y la vida sexual de una persona entran en la esfera personal protegida por el art.8 CEDH⁶⁶. Aunque en determinados ámbitos de la vida privada (como las cuestiones medioambientales y el derecho a la reputación), para que entre en juego el art.8 CEDH, el Tribunal considera que la supuesta violación debe alcanzar un cierto nivel de gravedad y cometerse de manera que cause un perjuicio al disfrute personal del derecho al respeto de la vida privada⁶⁷.

El TEDH ha determinado que, por ejemplo, ante un peligro ambiental se alcanza ese nivel de gravedad cuando se produce un deterioro significativo de la capacidad del

⁶³ Los derechos absolutos del CEDH son aquellos que no pueden ser derogados en ningún caso, forman el núcleo duro de derechos humanos y como tal, ni en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación pueden ser derogados al estar protegidos por normas imperativas que dan testimonio de la existencia de un orden público europeo en materia de derechos humanos. La derogación se recoge en el art.15 CEDH. Véase: Carrillo Salcedo, J.A. (2004). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tecnos. PP.30-32.

⁶⁴ *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia* (GS), núm.40454/07, TEDH 2015. Párr.91.

⁶⁵ *Flinkkilä y otros c. Finlandia*, núm.25576/04, TEDH 2010. Párr.75.; y *Beizaras y Levickas c. Lituania*, núm.41288/15, TEDH 2020. Párr.109.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ *Denisov c. Ucrania* (GS), núm.76639/11, TEDH 2018. Párr.114.

solicitante para disfrutar de su hogar o de su vida privada o familiar⁶⁸. Establece así que la evaluación de este nivel es relativo y depende de todas las circunstancias del caso, como la intensidad y la duración de las molestias y sus efectos físicos o mentales en la salud o la calidad de vida del individuo⁶⁹.

Ante un ataque a la reputación de una persona debe alcanzar un cierto nivel de gravedad y realizarse de manera que cause un perjuicio al disfrute personal del derecho al respeto de la vida privada⁷⁰. Este requisito abarca la reputación social en general, así como la reputación profesional en particular⁷¹.

Aquí hay que detenerse en mencionar que la reputación abarca también la identificación del individuo con un grupo, el TEDH determinó que cualquier estereotipo negativo de un grupo, cuando alcanza un determinado nivel, puede afectar a la identidad del mismo y en los sentimientos de autoestima y confianza de sus miembros (viéndose así afectado el derecho al respeto a su vida privada recogido en el art.8.1 CEDH)⁷².

Sin embargo, el TEDH considera que la protección de la reputación debe limitarse, en principio, a las personas vivas y no debe ser invocada con respecto de las personas fallecidas, excepto en determinadas circunstancias limitadas y claramente definidas⁷³. Esto es así porque determina que en ocasiones los ataques a la reputación del difunto pueden ser de tal naturaleza e intensidad que invadan el derecho al respeto de la vida privada de sus familiares o incluso suponer la violación de ese derecho⁷⁴.

Los demandantes están obligados a identificar y explicar las repercusiones concretas en su vida privada y la naturaleza y el alcance de su sufrimiento, así como a fundamentar dichas alegaciones de forma adecuada desde que se presenta el litigio ante las autoridades nacionales⁷⁵.

Por todo ello, el TEDH se ve obligado a verificar si las autoridades nacionales han logrado un justo equilibrio entre los dos valores del CEDH, la libertad de expresión protegida en el art.10 y el derecho al respeto a la vida privada en el art.8⁷⁶.

⁶⁸ *Denisov c. Ucrania*. Op.cit. Párr.111.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ *Bédat c. Suiza* (GS), núm.56925/08, TEDH 2016. Párr.72.

⁷¹ *Denisov c. Ucrania*. Op.cit. Párr.112.

⁷² *Aksu c. Turquía* (GS), núm.4149/04 y 41029/04, TEDH 2012. Párr.58.

⁷³ *Dzhugashvili c. Rusia*, núm.41123/10, TEDH 2014. Párr.27.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ *Denisov c. Ucrania*. Op.cit. Párr.114.

⁷⁶ *Medzlis Islamske Zajednice Breko y otros c. Bosnia y Herzegovina* (GS), núm.17224/11, TEDH 2017. Párr.77.

Los criterios definidos por la jurisprudencia son: la contribución a un debate de interés público, el grado de notoriedad de la persona afectada, el objeto de la noticia, la conducta previa del interesado, el contenido, la forma y las consecuencias de la publicación y, en su caso, las circunstancias en las que se tomaron las fotografías⁷⁷. Y además, en el contexto de una demanda presentada en virtud del art.10 CEDH, el TEDH examina el modo en que se obtuvo la información y su veracidad, así como la gravedad de la sanción impuesta⁷⁸.

Estos criterios no son exhaustivos, pueden variar según el contexto y aplicarse otros tal y como señale el TEDH⁷⁹. Ejemplo de ello es que en el *Asunto Axel Springer SE y RTL Television GmbH c. Alemania*, de 7 de febrero de 2012, relativo a un juicio por asesinato y a la prohibición de publicar imágenes en las que se pudiera identificar a un acusado, el TEDH añadió como criterio a tener en cuenta “la influencia en el proceso penal”⁸⁰.

Sobre el criterio de interés público, el TEDH ha expresado que es aquel que se refiere ordinariamente a asuntos que afectan al público hasta tal punto que puede tomar legítimamente que el propio público pueda interesarse por los mismos, que atraen su atención o que le conciernen de manera significativa, especialmente porque afectan al bienestar de los ciudadanos o a la vida de la comunidad y a aquellos asuntos que puedan generar una controversia considerable, como una cuestión social importante o impliquen un problema que tenga interés por parte del público en ser informado⁸¹.

Ahora bien, el TEDH ha reiterado que el interés público no puede reducirse a la sed de información del público sobre la vida privada de otras personas, ni al deseo del individuo por obtener información sensacionalista⁸².

Con respecto al perfil público de una persona, el TEDH ha determinado que ello influye en la protección que se le puede otorgar a su vida privada, particularmente cuando se trata de políticos⁸³. Aunque la aplicación de este razonamiento no afecta solo a los políticos, sino a cualquier persona que pueda ser considerada una figura pública, es decir, a todas las personas que por sus actos o por su posición han entrado en escena pública⁸⁴.

⁷⁷ *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia*. Op.cit. Párrs.90-93.

⁷⁸ *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy c. Finlandia* (GS), núm.931/13, TEDH 2017. Párr.165.

⁷⁹ *Medzlis Islamske Zajednice Brcko y otros c. Bosnia y Herzegovina*. Op.cit. Párr.88.

⁸⁰ *Axel Springer SE y RTL Television GmbH c. Alemania* (GS), núm.39954/08, TEDH 2012. Párr.42.

⁸¹ *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia c. Finlandia*. Op.cit. Párr.171.

⁸² *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia*. Op.cit. Párr.101.

⁸³ *Von Hannover c. Alemania*. Op.cit. Párr.64.

⁸⁴ *Kapsis y Danikas c. Grecia*, núm.52137/12, TEDH 2017. Párr.35.

Sin embargo, la protección que otorga a esa información el art.10 CEDH, cede ante las exigencias del art.8 CEDH cuando la información en cuestión es de carácter íntimo y no existe un interés público en su difusión⁸⁵.

Aun así, el TEDH hace una diferenciación y señala que el derecho de los personajes públicos a mantener su vida privada en secreto es, en principio, más amplio cuando no ejerce ninguna función oficial y es más restringido cuando sí ejercen dicha función⁸⁶. El hecho de ejercer una función pública o de aspirar a un cargo político expone necesariamente a una persona a la atención de sus conciudadanos, abarcando incluso ámbitos que forman parte de su vida privada⁸⁷.

En lo que respecta a la conducta previa del interesado, el TEDH se refiere a que si la información relacionada con su vida privada ya se había dado a conocer por sí misma, debilita el grado de protección de la misma al que tenía derecho, por lo que no se puede tener una “expectativa legítima” de que su vida privada esté efectivamente protegida como antes⁸⁸.

Otro de los criterios es determinar si la publicación interfiere o no con el derecho de la persona al respeto de su vida privada, para lo que se valora la forma en la que la información o las fotografías se obtuvieron. El TEDH subraya la importancia de obtener el consentimiento de las personas afectadas al considerar que, en mayor o menor medida, la publicación de una fotografía es una fuerte intromisión⁸⁹.

Incluso el TEDH expresa que la alteración o el uso abusivo de una foto para la que una persona ha dado su autorización para un fin específico podría considerarse una razón relevante para restringir el derecho a la libertad de expresión⁹⁰.

Recalca así la importancia del lugar donde fueron tomadas fotografías y videos de una persona aun siendo un personaje público, puesto que no es lo mismo la imagen captada en un espacio público que en uno privado, donde la misma persona podía tener legítimamente una expectativa de privacidad⁹¹.

Por otro lado, con respecto al contenido, forma y las consecuencias del artículo impugnado hay que decir que el TEDH ha considerado siempre que el art.10 no solo

⁸⁵ *Von Hannover c. Alemania* (GS), núm.40660/08 y 60641/08, TEDH 2012. Párr.110.

⁸⁶ *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia*. Op.cit. Párr.119.

⁸⁷ *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia*. Op.cit. Párr.120.

⁸⁸ *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia*. Op.cit. Párrs.52-53.

⁸⁹ *Von Hannover c. Alemania*. Op.cit. Párr.59.

⁹⁰ *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia*. Op.cit. Párr.46.

⁹¹ *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia c. Grecia*, núm.72562/10, TEDH 2018. Párr.64-65.

protege las ideas y la información expresadas, sino también la forma en que se transmiten⁹².

Y en lo que concierne a la veracidad, hay que decir que el TEDH ha diferenciado entre si se encontraba con afirmaciones de hecho o con juicios de valor. La existencia de los hechos puede demostrarse, pero la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba⁹³. La exigencia de probar la verdad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la propia libertad de opinión, protegida también por el art.10 CEDH⁹⁴. Así, el TEDH ve necesario hacer esa diferenciación, puesto que exigir la verdad de un juicio de valor es incompatible con el CEDH. Y señala que para distinguir entre un hecho y un juicio de valor es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso y el tono general de las observaciones⁹⁵. En todo caso, la información que se ofrezca está sujeta a la condición de buena fe, a tener una base fáctica exacta y que proporcione una información fiable y precisa⁹⁶.

Por ello, la libertad de prensa también se ve afectada en esa relación entre el art.8 y 10 CEDH. El TEDH considera que, siempre que se trate de una información que ponga en juego la vida privada de otra persona, los periodistas están obligados a tener en cuenta, en la medida de lo posible, el impacto de la información y de las imágenes que se van a publicar antes de su difusión⁹⁷.

Y esa difusión hay que tenerla en cuenta, pues el TEDH evalúa también el grado de difusión de las declaraciones o imágenes, puesto que no es lo mismo la difusión que se otorga en un periódico local que en uno nacional, el que haya o no una difusión amplia o limitada⁹⁸. De ahí que el impacto potencial del medio no sea el mismo en los medios audiovisuales que en los impresos⁹⁹, destacando Internet como medio con mayor riesgo para el respeto de la vida privada por lo que supone en sí mismo¹⁰⁰.

El TEDH ha tratado así cuestiones relacionadas con ambos derechos, como las fotografías. El Tribunal de Estrasburgo señala que la imagen de una persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad al revelar las características de una

⁹² *Jersild c. Dinamarca*. Op.cit. Párr.31.

⁹³ *Lingens c. Austria* (Pleno), núm.9815/82, TEDH 1986. Párr.46.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ *Brasilier c. Francia*, núm.71343/01, TEDH 2006. Párr.37.

⁹⁶ *Bergens Tidende y otros c. Noruega*, núm.26132/95, TEDH 2000. Párr.53.

⁹⁷ *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia*. Op.cit. Párr.140.

⁹⁸ *Karhuvaara e Iltalehti c. Finlandia*, núm.53678/00, TEDH 2004. Párr.47.

⁹⁹ *Jersild c. Dinamarca*. Op.cit. Párr.31.

¹⁰⁰ *M.L. y W.W. c. Alemania*, núm.65599/10, TEDH 2018. Párr.91.

persona y distinguirla de las demás¹⁰¹. Por ello, aunque la libertad de expresión incluya la publicación de fotografías, el TEDH señala que la protección de los derechos y la reputación de los demás adquiere especial importancia, ya que las fotografías pueden contener información muy personal o incluso íntima sobre un individuo o su familia¹⁰². Incluso una fotografía neutra que acompañe a una noticia que retrate a un individuo de forma negativa constituye una grave intromisión en la vida privada de una persona que no busca publicidad¹⁰³.

En todo caso, el TEDH otorga un margen especialmente amplio a la parodia y al humor en el contexto de la libertad de expresión aun cuando puede verse afectado el art.8 CEDH¹⁰⁴.

Por otro lado, el TEDH se ha pronunciado con respecto al derecho a la libertad de expresión en el marco de la correspondencia, que también está protegido por el art.8 CEDH. Así, ha determinado que un preso puede enviar material para su publicación¹⁰⁵. Aunque como siempre, no se trata de un derecho ilimitado, sino que hay que tener en cuenta las declaraciones que se hagan en la misma porque pueden afectar a la protección de los derechos del personal penitenciario¹⁰⁶ o intervenir en el desarrollo de un proceso penal en curso¹⁰⁷. Y al igual que la correspondencia, otras de las comunicaciones que pueden estar estrechamente vinculadas a una cuestión comprendida en el art.10 CEDH son las vigilancias y las escuchas telefónicas. Por ejemplo si se llega a determinar que merece la misma protección que una fuente periodística¹⁰⁸.

Con todo ello, se comprueba cómo la relación entre el art.8 y 10 CEDH no es siempre la misma, sino que fluctúa conforme a la ponderación que se haga entre ambos para buscar un equilibrio acorde a los criterios expresados y las circunstancias del caso en cuestión.

¹⁰¹ *López Ribalda y otros c. España* (GS), núms.1874/13 y 8567/13, TEDH 2019. Párr.89.

¹⁰² *Von Hannover c. Alemania* (GS). Op.cit. Párr.103.

¹⁰³ *Rodina c. Letonia*, núms.48534/10 y 19532/15, TEDH 2020. Párr.131.

¹⁰⁴ *Sousa Goucha c. Portugal*, núm.70434/12, TEDH 2016. Párr.50.

¹⁰⁵ *Silver y otros c. Reino Unido*, núms.5947/72 y otros seis, TEDH 1983. Párr.99.

¹⁰⁶ *Jöcks c. Alemania* (Dec.), núm.23560/02, TEDH 2016.

¹⁰⁷ *W. c. Reino Unido* (Pleno), núm.9749/82, TEDH 1987. Párrs.52-57.

¹⁰⁸ Véase en este sentido el *Asunto Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. y otros c. Países Bajos*, núm.39315/06, TEDH 2012.

1.3. TEDH: margen de apreciación versus alcance del control europeo

En este apartado expondré el trato que le ha dado el TEDH al margen de apreciación otorgado a los Estados, junto a sus factores, frente al control que realiza el Tribunal sobre las injerencias realizadas por las autoridades nacionales.

La jurisprudencia del TEDH dota al proceso de interpretación de las disposiciones del CEDH de un dinamismo adecuado para asegurar la plena garantía de los derechos reconocidos. De manera que el TEDH puede haber configurado una jurisprudencia audaz e integradora a través de la afirmación del carácter fundamental de algunas disposiciones del CEDH para la construcción de una sociedad verdaderamente democrática¹⁰⁹.

Teniendo en cuenta la heterogeneidad de los Estados que forman parte del Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante el SEDH), es normal que los órganos de control estén preocupados por mantener un equilibrio entre la afirmación de un control europeo y la voluntad de respetar la soberanía de los Estados Partes al interpretar las disposiciones del CEDH¹¹⁰.

El TEDH debe ser minucioso al enfrentarse a los Estados Partes en el CEDH por medio de una interpretación demasiado atrevida que fuerce el sentido del texto convencional, puesto que corre el riesgo de que se la considere una intromisión intolerable a la soberanía de los Estados Partes¹¹¹. Por ello, dicha interpretación debe contar con el máximo consenso entre los Estados Partes, sin ser restrictiva, debe de ser prudente¹¹².

Así, cabe afirmar que hay una tendencia de activismo-autolimitación judicial en la jurisprudencia del TEDH, respondiendo al objeto y al fin del CEDH, puesto que el sistema depende de la confianza de los Estados Partes en la actuación del TEDH¹¹³. El mismo debe en ocasiones autolimitarse, moderando su interpretación a través de la técnica de avanzar a través de pasos muy pequeños¹¹⁴. Este activismo judicial que interpreta el CEDH de una manera evolutiva adaptándolo a los tiempos actuales y la autolimitación judicial serían las dos caras de una misma moneda¹¹⁵.

Con respecto a la interpretación del art.10 CEDH, se manifiesta una clara autolimitación judicial en el control europeo de las injerencias en la libertad de expresión

¹⁰⁹ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.23.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² García San José, D.I. (2001). Op.cit. PP.23 y 24.

¹¹³ Mahoney, P. (1990). Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin. *Human Rights Law Journal*, vol.11, 1-2. PP.57 y ss.

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ídem.

que no esté conectada al proceso democrático (teniendo una función armonizadora) y cuando dicha libertad sí lo está (función uniformadora), la presencia del interés general del público en el ejercicio de este derecho sigue siendo central¹¹⁶.

Se ha sostenido de manera reiterada que el párrafo segundo del art.10 CEDH deja un escaso margen de apreciación a los Estados Partes para restringir el discurso, debate político o discusión sobre asuntos de interés público¹¹⁷. De hecho, que las declaraciones impugnadas contribuyan a un debate de interés general es el primer criterio para valorar si una injerencia en la libertad de expresión es proporcionada¹¹⁸.

El TEDH en su labor de control de la necesidad de la injerencia en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el TEDH, reconoce a las Altas Partes Contratantes un margen de apreciación, cuya extensión dependerá de una serie de factores (primarios y secundarios) y de la importancia que estos tengan para el TEDH en un caso concreto¹¹⁹.

Dentro de los factores primarios encontramos la naturaleza positiva o negativa de la obligación para los Estados, el justo equilibrio entre los hechos del caso y los intereses en juego, las características específicas de los Estados, el fin legítimo perseguido con la injerencia (teniendo el mismo carácter de *numerus clausus* para los arts.8 a 11 CEDH) y el contexto del caso¹²⁰.

Y en lo que concierne a los factores secundarios, ha de señalarse que encontramos en primer lugar si existe un consenso europeo en la materia, la interpretación finalista del CEDH, la naturaleza del derecho en juego y su importancia para el particular y el modelo de sociedad democrática en el CEDH¹²¹.

De todos los factores de control del margen de apreciación nacional, para esta materia destacan los conceptos de proporcionalidad y justo equilibrio¹²².

La proporcionalidad desempeña así una doble función en el sistema del CEDH, estando la primera de ellas presente a la hora de aplicar restricciones y limitaciones por parte de las autoridades públicas a los artículos 8 a 11 del CEDH, puesto que la misma es el segundo elemento del control europeo respecto del cumplimiento del requisito de que

¹¹⁶ García San José, D.I. (2001). Op.cit. PP.24 y 25.

¹¹⁷ García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.11

¹¹⁸ García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.43

¹¹⁹ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.108.

¹²⁰ García San José, D.I. (2001). Op.cit. PP.109-117.

¹²¹ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.117.

¹²² García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.27.

se trate de una injerencia necesaria en una sociedad democrática¹²³. Y por otra parte, en los artículos donde no se contempla la posibilidad de injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio de los derechos reconocidos, el principio de proporcionalidad actúa como elemento de calificación de compatibilidad con el CEDH de la medida impugnada ante el TEDH¹²⁴.

En todos los casos, el test de proporcionalidad va a suponer la comprobación de si se cumple el deber de mantener un justo equilibrio entre los intereses en juego y la exigencia de no imponer restricciones más allá de lo estrictamente necesario¹²⁵.

Por lo tanto, esta actividad judicial que lleva a cabo el TEDH, se puede definir como una opción de política judicial en el contexto de que nos encontramos en un sistema formado por cuarenta y siete Estados Partes¹²⁶, con tradiciones y sistemas jurídicos muy diferentes, con el consecuente riesgo de heterogeneidad y fragmentación de los valores representados por el Consejo de Europa¹²⁷. Una excesiva interpretación del derecho a la libertad de expresión además no siempre es reflejo de un verdadero pluralismo ideológico y más teniendo en cuenta el mundo globalizado y tecnológico-informativo en el que nos encontramos, aunque es cierto que el TEDH, autolimitándose en esta labor interpretativa, probablemente no llegue a tiempo teniendo en cuenta la velocidad a la que evolucionan los medios de información y cómo se ve afectado el ejercicio de la libertad de expresión¹²⁸.

Ya dijimos anteriormente, el TEDH ha reconocido que la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática, aunque no debe sobrepasar ciertos límites, en particular respecto de la reputación y los derechos de otros, siendo su deber la de difundir ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público, convirtiéndose esto en un principio general relativo a los límites a la libertad de expresión en una sociedad democrática¹²⁹.

De igual manera, el Tribunal ha reconocido un grado de crítica mayor cuando nos encontramos ante una persona pública, es cierto que por ejemplo un político también tiene derecho a la protección de su reputación incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero

¹²³ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.28.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Se tiene en cuenta a Rusia porque su retirada del SEDH, a raíz de la invasión de Ucrania, será efectiva el 1 de enero de 2023.

¹²⁷ García San José, D.I. (2001). Op.cit. P.30.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ García San José, D.I. (2003). Op.cit. PP.25 y 26.

esa protección tiene que ser contrapesada con los intereses de la libre discusión sobre cuestiones políticas (que tienen un evidente interés general)¹³⁰. De hecho, en el *Asunto Oberslick contra Austria*, de 23 de mayo de 1991, el TEDH consideró que hubo violación del art.10 CEDH al haberse sancionado a un periodista que había comunicado de una forma un tanto parcial la querrela criminal que se había planteado contra un político pudiendo inducir a creer que el político había sido condenado o que había una acción pública¹³¹. La vida pública es determinante para el grado de protección que una persona merece frente a la libertad de la prensa informando sobre cuestiones de interés general. Incluso le reconoce a la prensa la posibilidad de recurrir a un tono de exageración y provocación en sentencias como la del *Asunto Perna contra Italia*, de 25 de julio de 2011¹³².

El TEDH no se ha pronunciado solamente sobre que una persona con carácter público tiene una menor protección, sino que también ha diferenciado entre cargos como funcionario público y político para tratar el grado de protección que les corresponde, otorgándole unos mayores márgenes de crítica a la figura del político que al del funcionario público¹³³. Lo que nos permite comprobar como el TEDH es muy minucioso a la hora de estudiar y valorar las circunstancias de cada caso que rodean al ejercicio de la libertad de expresión y al margen de apreciación del que disponen los Estados Partes.

Ahora bien, sí que ha limitado en ocasiones la libertad de expresión de los medios de comunicación cuando incluso la información difundida era de interés general, puesto que considera que hay supuestos en los que la publicación de asuntos que son ciertos y describen hechos reales puede estar prohibidos ante la obligación de respetar la privacidad de otros o el deber de respetar la confidencialidad de ciertas informaciones comerciales¹³⁴.

Además también ha recogido en su jurisprudencia, con respecto a los medios de comunicación, que no permite difundir información que se puede considerar de interés general y que no esté contrastada su veracidad, de manera que incluso tratándose de una persona pública, se estaría perjudicando su reputación y honor, por lo que una injerencia estatal estaría justificada, como ocurrió en el *Asunto McVicar contra Reino Unido*, de 7 de mayo de 2002¹³⁵.

¹³⁰ García San José, D.I. (2022). Op.cit. PP.94-95.

¹³¹ García San José, D.I. (2003). Op.cit. PP.27, 28 y 35.

¹³² García San José, D.I. (2003). Op.cit. P.27.

¹³³ García Santos, M. (2017). Op.cit. P.37.

¹³⁴ García San José, D.I. (2003). Op.cit. P.34.

¹³⁵ García San José, D.I. (2003). Op.cit. P.39.

En lo que concierne la obligación de respetar la privacidad de los demás, el TEDH ha identificado que para hacer esa ponderación entre los art.8 y 10 CEDH, los Estados Partes, para determinar la amplitud de su margen de apreciación, deben estudiar la naturaleza de los hechos en cuestión, incluida la gravedad de la injerencia en la vida privada; la existencia o ausencia de un consenso en los Estados que forman parte del Consejo de Europa, ya sea en cuanto a la importancia relativa del interés en juego o en cuanto a los mejores medios para protegerlo; y el justo equilibrio entre los derechos e intereses en conflicto que surgen de los art.8 y 10 CEDH¹³⁶.

Además, hay que tener en cuenta que el TEDH, como he señalado anteriormente, ha considerado en contextos periodísticos que el Estado tiene un menor margen de apreciación para restringir la libertad de expresión. Esto ocurre también en el ámbito político, debiendo mencionar por ejemplo el *Asunto Otegi Mondragón contra España*, de 15 de septiembre de 2011, en el que el TEDH expresó que la libertad de expresión en el ámbito de un discurso político o en asuntos de interés público, debe tener una mayor protección, el representante electo del pueblo tiene el poder delegado por el pueblo y por lo tanto debe defender sus intereses¹³⁷. Lo que ocasionó que el TEDH defendiera que la injerencia en su libertad de expresión hubiera requerido un examen más estrecho que en un caso normal¹³⁸.

De hecho, la libertad de expresión política llega a gozar del máximo nivel de protección, por lo que la interferencia sobre su ejercicio es considerada bajo una presunción de ilegitimidad que solo puede levantarse por la existencia de una “necesidad social especialmente imperiosa”¹³⁹. Esto lo recalca el TEDH al expresar desde el *Asunto Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986, que “la libertad de debate pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio”¹⁴⁰, siendo el margen de apreciación del Estado más limitado.

Por último, hay que decir que el TEDH ha sostenido en diferentes ocasiones que, al apreciar si una injerencia sobre el art.10 CEDH era necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al objetivo legítimo perseguido, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación, pero que dado que el margen de apreciación del

¹³⁶ *Mosley c. Reino Unido*, núm.48009/08, TEDH 2011. Párrs.108-111.

¹³⁷ García San José, D.I. (2003). Op.cit. P.36.

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Presno Linera, M. (2020). La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61. P.69.

¹⁴⁰ *Lingens c. Austria*. Op.cit. Párr.42.

Estado va de la mano de la supervisión europea, el mismo está facultado para pronunciarse en última instancia sobre si una injerencia es compatible con el art.10 CEDH¹⁴¹. El requisito de la "supervisión europea" no significa que, al determinar si una medida impugnada logra un equilibrio justo entre los intereses pertinentes, sea necesariamente tarea del Tribunal realizar de nuevo una evaluación de proporcionalidad.

Por el contrario, en los casos del art.10 CEDH, el TEDH ha entendido, generalmente, que el margen de apreciación significa que, cuando los tribunales nacionales independientes e imparciales han examinado cuidadosamente los hechos, aplicando de forma coherente el CEDH y su jurisprudencia, y han sopesado adecuadamente los intereses personales del solicitante frente al interés público más general del caso, no le corresponde sustituir la valoración de las autoridades nacionales competentes por su propia valoración del fondo¹⁴². La única excepción es cuando se demuestre que hay razones de peso para hacerlo¹⁴³.

Y esas razones las ha establecido el TEDH desde hace años, para así determinar en qué supuestos un Estado puede limitar el derecho a la libertad de expresión, expresando así supuestos de riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, ya sea como apoyo moral a la actividad (enaltecimiento de la propia actividad) o como apoyo moral a la ideología a través de quienes desarrollan esa actividad (enaltecimiento de sus autores)¹⁴⁴.

Ahora bien, esas razones no son directamente concluyentes, sino que hay que valorar la concurrencia de esos riesgos y hay que tener en cuenta el mayor o menor impacto de difusión pública según la naturaleza de la conducta desarrollada, las circunstancias personales de quien realiza la conducta, que la misma coincidiera en el tiempo con actos terroristas, o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia o el contenido de las concretas manifestaciones proferidas, debiendo destacar que la valoración debe ser muy cautelosa (incluso cuando se trate de tonos hostiles o de la defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no debiendo ser consideradas actitudes violentas en la consecución de esos objetivos)¹⁴⁵.

¹⁴¹ *Lilliendahl c. Islandia* (Dec.), núm.29297/18, TEDH 2020. Párr.30.

¹⁴² *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.31.

¹⁴³ *Von Hannover c. Alemania* (GS). Op.cit. Párr.107.

¹⁴⁴ *Leroy c. Francia*, núm.36109/03, TEDH 2008. Párr.43.

¹⁴⁵ Presno Linera, M. (2020). Op.cit. P.73.

Como se puede comprobar con todo lo anteriormente expuesto, la relación entre el margen de apreciación de los Estados Partes y el control europeo que ejerce el TEDH, cuando se trata del derecho a la libertad de expresión, es muy compleja. De ahí, la necesidad de estudiar todos los criterios asentados para determinar el carácter de las injerencias llevadas a cabo por las autoridades nacionales.

1.4. El discurso de odio

1.4.1. Conceptualización doctrinal y jurisprudencial

En este apartado abarcaré ya lo que es uno de los pilares del trabajo, el discurso de odio. Dentro del mismo expondré la falta de un concepto del mismo aceptado por toda la comunidad internacional, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, en especial por parte del TEDH, para lo que iré presentando casos concretos que han llegado al mismo, y los criterios utilizados por este Tribunal para detectar cuándo se encuentra ante un discurso de odio.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existe una definición universal del discurso de odio, ya que el concepto sigue siendo muy discutido cuando tiene relación con la libertad de opinión y expresión, la no discriminación y la igualdad¹⁴⁶. Pero la *Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas* define el discurso de odio como “cualquier tipo de comunicación, oral, escrita o de comportamiento que ataque o utilicen un lenguaje peyorativo o discriminatorio con referencia a una persona o a un grupo sobre la base de lo que son, es decir, sobre la base de su religión, etnia, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad”¹⁴⁷. Sin embargo, esta definición no tiene carácter jurídico y es más amplia que la noción de “incitación a la discriminación, hostilidad o violencia”, prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴⁸.

El discurso de odio o *hate speech* recoge la deliberada intención de provocar una afeción en la dignidad de una persona o un grupo de personas a través de “expresiones

¹⁴⁶ United Nations (2022). *What is hate speech?*. United Nations. Recuperado el 27 de julio de 2022 de: <https://www.un.org/en/hate-speech/understanding-hate-speech/what-is-hate-speech#:~:text=In%20common%20language%2C%20%E2%80%9Chate%20speech,that%20may%20threaten%20social%20peace.>

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Ídem.

hirientes”¹⁴⁹. Normalmente, estas expresiones tienen carácter racista, xenófobo, discriminatorio, machista u homófobo¹⁵⁰.

La Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, señala como “odio” a aquel basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico¹⁵¹. Aunque como es evidente, las formas y manifestaciones desde aquella decisión se han incrementado.

Algunos autores como Bertoni han expresado la opinión de que:

*“los discursos de odio pueden definirse tanto por su intención como por su objetivo. Con respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o a la violencia [...] Históricamente, los discursos de odio no han tenido límites temporales o espaciales. Fueron utilizados por los oficiales nazis en Alemania y por el Ku Klux Klan en Estados Unidos, así como por una amplia gama de actores en Bosnia durante los años noventa y en el genocidio en Ruanda en 1994.”*¹⁵²

Al respecto, algunos instrumentos internacionales han permitido ir blindando a los Estados las expresiones peligrosas y antidemocráticas, como por ejemplo el art.V de la Convención de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948), el art.20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y el art.4º del Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965) entre otros¹⁵³.

En el siglo XXI, las expresiones de odio presentan, en su mayoría, una capa superficial de un conflicto más profundo (diferencias religiosas, políticas o étnicas), de manera que autores como Sierra González señalan que “el odio obtiene una cierta

¹⁴⁹ Esquivel Alonso, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 35. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5972275&orden=0&info=link>

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. *Boletín Oficial del Estado*, 328, de 6 de diciembre de 2008. PP.55-58.

¹⁵² Bertoni, E. A. (2007). *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*. Buenos Aires, Editores del Puerto. P.179.

¹⁵³ Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. *Boletín Oficial del Estado*, 34, de 8 de febrero de 1969. PP.1944-1945.

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Op.cit. Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia). *Boletín Oficial del Estado*, 118, de 17 de mayo de 1969. PP.7462-7466.

Véase: Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

comprensión, cuando no una abierta tolerancia. Podría decirse que odiar se ha convertido en un ejercicio honorable relacionado con la coherencia cultural, histórica o religiosa, por la importancia que han cobrado los fanatismos religiosos y políticos”¹⁵⁴.

El discurso de odio puede silenciar o subordinar a ciertos grupos sociales minoritarios o vulnerables, lo que provoca una deconstrucción de la libertad de expresión, al dar lugar a una afectación emocional intensa, personal o colectiva, que genera dolor, humillación y violencia; viéndose así dañada la dignidad de las personas contra las que se profiere este tipo de manifestaciones¹⁵⁵.

El *hate speech* suele ir acompañado de acciones derivadas basadas en la destrucción del otro, por lo que es común que el mismo esté desprovisto de todo orden y reglas, provocando una respuesta hostil de sus interlocutores¹⁵⁶.

Por ello, el peligro que provoca también el discurso de odio es el acrecimiento de la violencia, de manera que el peligro real e inminente y su intención serán elementos básicos a considerar en el análisis de las expresiones controvertidas¹⁵⁷.

El Consejo de Europa ha definido el discurso de odio como:

*“(...) todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen 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 negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración.”*¹⁵⁸.

El dilema aquí se encuentra en limitar o no la libertad de expresión de quienes profieren este tipo de expresiones. Por un lado, esto implica evaluar la afectación de las susceptibilidades de un determinado grupo o causa de las expresiones subversivas manifestadas, mientras que la posición contraria apoyaría la expulsión de las ideas más arriesgadas o peligrosas del debate público¹⁵⁹. Hay que definir los márgenes de lo inaceptable y de lo intolerable en una sociedad democrática.

Por su parte, Ferreres Comella ha señalado que “si se concibe al Estado, ante todo, como un enemigo potencial de la libertad, la Constitución se centrará en regular las

¹⁵⁴ Sierra González, Á. (2007). Los discursos del odio. *Cuadernos del Ateneo*, 24. P.5.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ Comité de Ministros (1997). *Recomendación núm.20 del Comité de Ministros sobre el “Discurso de Odio”*. Portal del Consejo de Europa. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp

¹⁵⁹ Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

relaciones entre los individuos y el Estado. Si se pone el acento, en cambio, en su papel como protector de la libertad frente a los ataques de terceros, se acoge más fácilmente la idea de que la Constitución debe regular las relaciones entre los particulares”¹⁶⁰. Este autor considera que es deseable que el Estado asuma la responsabilidad en la delimitación del derecho de la libertad de expresión.

Por su parte, García Roca recuerda que Europa ya se ha tenido que enfrentar a este tipo de cuestiones ante expresiones que buscaban subvertir el orden democrático, para lo que ha establecido una prohibición al abuso de los derechos (el art.17 CEDH), señalando que “surge en el contexto de la Segunda Guerra Mundial y asume la idea de defensa de la democracia, buscando una protección activa del orden constitucional frente a sus enemigos, dada la muy real amenaza de los diversos totalitarismos y de sus dolorosos efectos ya experimentados en Europa”¹⁶¹.

Cuando se habla de expresiones subversivas, Bustos Gisbert dice que nos referimos a declaraciones racistas, nazis, incitadores de la violencia, etc., al ser en ellas con las que el TEDH ha tenido menos tolerancia evaluando el contexto, la necesidad y proporcionalidad de la medida que ha limitado la libertad de expresión en dichos casos¹⁶².

Para plantearse cuándo nos encontramos ante un discurso de odio, el TEDH empezó a usar como criterio la incitación directa a la violencia por motivos raciales o religiosos, así como el contexto en el que se profiere la expresión¹⁶³. De hecho, el TEDH ha sostenido sistemáticamente que cuando las opiniones expresadas no constituyen una incitación al odio o a la violencia, los Estados no pueden restringir el derecho de los profesionales de los medios de comunicación ni siquiera en relación con los objetivos establecidos en el art.10.2 CEDH, como la protección de la integridad territorial o la seguridad nacional o la prevención de desórdenes o delitos¹⁶⁴.

Así, el TEDH ha diferenciado dos tipos de expresiones, el primero de ellos para aquellas manifestaciones genuinas y seriamente incitadoras o extremistas, y, por otro

¹⁶⁰ Ferreres Comella, V. (2008). *La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Madrid, Congreso de los Diputados. P.1175.

¹⁶¹ García Roca, J. (2009). *Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17 CEDH). La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Madrid, CEPC. P.737.

¹⁶² Bustos Gisbert, R. (2005). *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art.10 CEDH). La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Madrid, CEPC. P.555.

¹⁶³ Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

¹⁶⁴ *Dareskizb Ltd c. Armenia*, núm.61737/08, TEDH 2021. Párr.76.

lado, las expresiones emitidas como derecho de expresión individual, opiniones que pueden llegar a ser ofensivas o provocadoras¹⁶⁵.

Por ello, cabe hablar sobre la “incitación al odio” en el sentido de la jurisprudencia del TEDH. En sí, la “incitación al odio” no implica necesariamente la violencia u otros actos delictivos, sino que los atentados contra las personas cometidos al insultar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra los discursos de odio frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable¹⁶⁶.

Además, la “incitación al odio” en lo que concierne al discurso de odio ha sido dividida por el Tribunal de Estrasburgo en dos categorías¹⁶⁷.

La primera categoría que diferencia la jurisprudencia del TEDH sobre la “incitación al odio” es aquella que está formada por las formas más graves de “incitación al odio”, que el TEDH ha considerado incluidas en el art.17 CEDH y que por tanto quedan excluidas por completo de la protección del art.10 CEDH¹⁶⁸.

Y la segunda categoría comprende formas “menos graves” de “discurso de odio” que el Tribunal no ha considerado que queden totalmente fuera de la protección del art.10 CEDH, pero que es permisible que los Estados Contratantes lo restrinjan en ocasiones¹⁶⁹.

En esta segunda categoría, el Tribunal no sólo ha incluido, a través de su jurisprudencia en varios casos, el discurso que llama explícitamente a la violencia u otros actos delictivos, sino que ha sostenido que los ataques a las personas cometidos mediante el insulto, la ridiculización o la calumnia de grupos específicos de la población pueden ser suficientes para permitir que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso perjudicial en el contexto de las restricciones permitidas a la libertad de expresión¹⁷⁰.

En los casos relativos a discursos que no llaman a la violencia ni a otros actos delictivos, pero que el Tribunal ha considerado, no obstante, que constituyen “discursos de odio”, esta conclusión se ha basado en una evaluación del contenido de la expresión y de la forma en que se ha emitido¹⁷¹.

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ *Asociación Accept y otros c. Rumanía*. Op.cit. Párr.119.

¹⁶⁷ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.33.

¹⁶⁸ Véase en este sentido asuntos tan antiguos como *Féret c. Bélgica*, núm.15615/07, TEDH 2009. Párrs.54-92.; hasta asuntos más recientes como *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.34.

¹⁶⁹ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.35.

¹⁷⁰ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.36.

¹⁷¹ Ídem.

Se puede afirmar así, que la identificación de expresiones de odio es una tarea compleja. Actualmente, hay Estados que han recogido en sus ordenamientos jurídicos que toda manifestación que promueva el racismo, la xenofobia, el antisemitismo, el nacionalismo agresivo y la discriminación contra las minorías y los inmigrantes, no goza de amparo bajo la libertad de expresión¹⁷². Mientras que otros, dejan en manos jurisprudenciales los criterios para determinar si ante un caso nos encontramos ante un *hate speech*¹⁷³.

Es verdad que la libertad de expresión permite robustecer el debate, generar opinión pública e incentivar la pluralidad de las mismas. Ahora bien, el abuso de esa libertad genera serios conflictos con otros derechos¹⁷⁴.

Los esfuerzos por prevenir los peligros que generan los discursos de odio han provocado un refinamiento de los límites de la libertad de expresión. Incluso, varios países de Europa han manifestado que la misma no ampara ningún discurso de odio, en congruencia con diversos instrumentos supranacionales que apoyan la intervención del derecho penal en dichos asuntos¹⁷⁵.

Al igual que los Estados han ido estableciendo pautas para determinar cuándo se encuentran ante discursos de odio, el TEDH, como hizo para determinar cuándo está justificada la injerencia en la libertad de expresión, ha establecido unos principios generales para detectar el discurso de odio.

Así, establece como factores a tener en cuenta si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso (de manera que una injerencia en dichas circunstancias estaría justificada); si las palabras (interpretadas y valoradas en su contexto inmediato o más amplio) pueden considerarse una llamada directa o indirecta a la violencia o suponen una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia (siendo especialmente sensible el TEDH cuando las declaraciones atacan o denigran a grupos étnicos, religiosos o de cualquier tipo); y la forma en la que se hicieron las declaraciones y su capacidad (directa o indirecta) para causar daño¹⁷⁶.

¹⁷² Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

¹⁷³ Ídem.

¹⁷⁴ Revenga Sánchez, M. (2008). *La libertad de expresión y sus límites*. Estudios, Grijley, Perú. P.24.

¹⁷⁵ Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

¹⁷⁶ *Erkizia Almandoz c. España*. Op.cit. Párr.40.

De hecho, con respecto a la forma en la que se difunden no llega valorarse únicamente observando el medio usado y el alcance obtenido, sino también su lenguaje, si es uno más metafórico o literal¹⁷⁷.

Estos principios son muy parecidos a los establecidos por la ECRI en la *Recomendación de Política General núm.15 sobre la lucha contra el discurso de odio*, que dice que a la hora de determinar si una expresión constituye una incitación al odio hay que tener en cuenta el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión; la capacidad de la persona que utiliza el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás; la naturaleza y la fuerza del lenguaje utilizado; el contexto de los comentarios específicos; el medio utilizado; y la naturaleza de la audiencia¹⁷⁸.

1.4.2. Clasificación de los distintos tipos de discurso de odio

Si acudimos a la clasificación del discurso de odio, la doctrina suele establecer una en razón al motivo que lo origina, diferenciándose así el discurso de odio por motivos étnicos y raciales; el discurso de odio por motivos religiosos; la apología del delito, violencia y la hostilidad; y el discurso negacionista¹⁷⁹.

El discurso de odio por motivos raciales y étnicos tiene profundas raíces en la memoria histórica y en la actualidad. La intolerancia a la diferencia ha provocado discriminación, segregación e incluso masacres. De esta manera, el TEDH ha llegado a pronunciarse sobre manifestaciones de intolerancia en forma de nacionalismo agresivo contra ciertas minorías¹⁸⁰ o inmigrantes, siendo uno de los primeros el *Asunto Kühnen contra Alemania*, de 12 de mayo de 1988, cuyo objeto fue la condena impuesta por Alemania a un partido político nazi que transgredía el orden democrático, lo que provocó que un periodista afín al mismo argumentara la violación del art.9 y 10 CEDH. El

¹⁷⁷ García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.75.

¹⁷⁸ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2015). *Recomendación núm.15 de Política General sobre la lucha contra el discurso de odio*. Portal del Consejo de Europa. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/recommendation-no.15>

¹⁷⁹ Parte de la doctrina diferencia el discurso negacionista como otro tipo de discurso de odio. Véase: Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.; o Alcácer Guirao, R. (2013). Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97. P.338.

¹⁸⁰ El TEDH ha diferenciado discursos de odio sobre el extremismo, el degradar la identidad nacional, la agitación contra un grupo nacional o étnico, la visualización de un símbolo asociado con un movimiento político o etnia y la incitación al odio nacional. Véase la guía del TEDH sobre discurso de odio de junio de 2022: https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf

Tribunal concluyó que el intento de reimplantar el nacionalsocialismo se opone a los valores básicos del Convenio y al régimen político verdaderamente democrático¹⁸¹.

En el *Asunto Pavel Ivanov contra Rusia*, de 20 de febrero de 2007, se consideró acorde al CEDH la condena impuesta por el Estado a un periodista que señalaba que los judíos eran una fuente del mal para Rusia, atribuyéndole al grupo étnico de conspiraciones contra el pueblo ruso y de ideología fascista¹⁸².

Y en el *Asunto Féret contra Bélgica*, de 16 de julio de 2009, se razonó que las expresiones empleadas por un presidente de un partido político a través de la difusión de diversos panfletos que promovían la expulsión de los inmigrantes irregulares, a pesar de haber sido proferidas en campaña electoral y que el debate político constituya el núcleo del contenido de la libertad de expresión, la condena era acorde al CEDH, puesto que las manifestaciones incitaban claramente a la discriminación y el odio racial¹⁸³.

Por lo que los mensajes racistas o xenófobos no merecen la protección del CEDH, enfatizando que la dignidad humana limita el espacio del ejercicio a la libertad de expresión.

Acudiendo a los últimos pronunciamientos sobre este tema del TEDH, nos encontramos con los *Asuntos Perinçek contra Suiza*, de 15 de octubre de 2015 y *Simunic contra Croacia*, de 22 de enero de 2019.

En el primero de ellos, se condenó a un político turco por expresar públicamente su opinión respecto a las deportaciones masivas y las masacres sufridas por el pueblo armenio en el Imperio Otomano en 1915 y en los años siguientes, sustentando que no constituían un genocidio. Se le condenó por motivos racistas y nacionalistas al considerar incluso los tribunales suizos que sus declaraciones no contribuían al debate histórico. Por ello, acudió al TEDH, el cual partió de la idea de que la dignidad de las víctimas y de la identidad de los armenios estaban protegidos actualmente por el art.8 CEDH, de manera que debía encontrar un equilibrio entre dicho artículo y el art.10 CEDH. Y concluyó que una condena penal respecto a dichas declaraciones no resultaba necesaria para proteger los derechos de la comunidad armenia en Suiza, gracias a la valoración de las circunstancias específicas, como que se trataba de un discurso de interés público, la

¹⁸¹ Ídem.

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ Ídem.

proporcionalidad de los medios utilizados y el objetivo que se pretendía alcanzar¹⁸⁴. Para el TEDH no suponía en sí un discurso que incitase al odio o a la violencia.

Y por otro lado, el *Asunto Simunic contra Croacia*, de 22 de enero de 2019, trataba el supuesto de un futbolista que fue condenado a una multa tras la expresión de diferentes mensajes a los espectadores de un partido de fútbol que incitaban al odio por motivos de raza, nacionalidad y fe¹⁸⁵. El TEDH declaró la demanda inadmisibile, declarando no violado el art.10 CEDH y señalando incluso que la multa impuesta era relativamente modesta¹⁸⁶. Para el Tribunal, las autoridades croatas habían logrado un justo equilibrio entre la libertad de expresión del individuo y el interés de la sociedad en promover la tolerancia y el respeto mutuo en los eventos deportivos, así como la lucha contra la discriminación a través del deporte¹⁸⁷. Y recordó que el futbolista al ser una persona con notoriedad pública y un modelo a seguir para muchos aficionados al fútbol, debería haber sido consciente del impacto negativo de los cánticos provocadores en el comportamiento de sus espectadores y haberse abstenido de dicha conducta¹⁸⁸.

De la incitación al odio étnico también se ha pronunciado el TEDH, destacando el reciente *Asunto Atamanchuk contra Rusia*, de 11 de febrero de 2020. En este caso, el Tribunal no observó violación del art.10 CEDH como alegaba el periodista, puesto que la condena impuesta (una multa y la prohibición de publicar en prensa), por publicar un artículo contra la población local de etnia no rusa, estaba justificada en el contexto del asunto, de hecho recuerda que las restricciones a las actividades de los periodistas exigen el más cuidadoso escrutinio y que solo se justifican en circunstancias excepcionales¹⁸⁹.

El TEDH señaló que los comentarios generalizados del demandante no habían contribuido a ningún debate público y se mostró de acuerdo entonces con la apreciación de los tribunales nacionales, puesto que con ella se pretendía proteger “los derechos de los demás”, concretamente la dignidad de las personas de una etnia no rusa¹⁹⁰. A lo que recuerda el Tribunal que los Estados partes están obligados, por el art.8 CEDH, a regular el ejercicio de la libertad de expresión con el fin de garantizar una protección jurídica

¹⁸⁴ *Perinçek c. Suiza*. Op.cit. Párrs.274-280.

¹⁸⁵ *Simunic c. Croacia* (Dec.), núm.20373/17, TEDH 2019. Párr.40.

¹⁸⁶ *Simunic c. Croacia*. Op.cit. Párrs.48-49.

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ *Simunic c. Croacia*. Op.cit. Párr.45.

¹⁸⁹ *Atamanchuk c. Rusia*, núm.4493/11, TEDH 2020. Párr.67.

¹⁹⁰ *Atamanchuk c. Rusia*. Op.cit. Párr.42.

adecuada cuando los derechos fundamentales de los demás se vean gravemente afectados¹⁹¹.

En otro sentido, el discurso de odio por motivos religiosos, a pesar de haber existido siempre, se ha redimensionado en los últimos tiempos. Las manifestaciones públicas que incitan al odio basadas en prejuicios religiosos evidencian un peligro para la paz social y la estabilidad política de los Estados¹⁹².

Atienza Rodríguez ubica el lugar de la libertad de expresión frente a la libertad religiosa, señalando que para la doctrina la religión es un rasgo de la identidad de algunos grupos sociales, prevaleciendo la libertad de expresión sobre la autonomía de individuos aislados¹⁹³. Planteando una conciliación entre ambas, señala este autor que ante un eventual conflicto entre la libertad religiosa y la de expresión hay que evaluar las circunstancias de cada caso y poder así realizar una ponderación ajustada a la realidad¹⁹⁴.

El TEDH se ha decantado por una ponderación de los derechos, ejemplo de ello es el *Asunto Partido de la Prosperidad (Refah Partisi) contra Turquía*, de 31 de julio de 2001, a través del cual ratificó la disolución del partido como una medida necesaria en una sociedad democrática; y el *Asunto Norwood contra Reino Unido, de 16 de noviembre de 2004*, donde condenó la expresión de un partido político británico por ser excesivamente hostil contra un grupo religioso, al cual además se le achacaba el carácter de terrorista¹⁹⁵.

Entre los casos más recientes por discurso de odio de carácter religioso, nos encontramos con el *Asunto Belkacem c. Bélgica*, de 27 de junio de 2017, que fue declarado inadmisibile. El caso trataba las expresiones realizadas por un líder y portavoz de la organización Sharia4Belgium que incitaban a la discriminación, al odio y a la violencia a través de Youtube, por lo que fue condenado. El demandante acudió por ello al TEDH y el Tribunal se pronunció sosteniendo que sus comentarios habían llamado a los espectadores a vencer o subyugar a los no musulmanes, darles una lección y luchar contra ellos, lo que dejaba claro un contenido de odio, discriminación y violencia que resultaba incompatible con los valores de tolerancia, paz social y no discriminación del CEDH¹⁹⁶. Además, el TEDH recuerda sobre la *Sharía*, que cada Estado Parte puede

¹⁹¹ *Atamancuh c. Rusia*. Op.cit. Párr.70.

¹⁹² Atienza Ramírez, M. (2007). Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 3. P.65.

¹⁹³ Atienza Ramírez, M. (2007). Op.cit. P.66.

¹⁹⁴ Atienza Ramírez, M. (2007). Op.cit. P.67.

¹⁹⁵ Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

¹⁹⁶ *Belkacem c. Bélgica* (Dec.), núm.34367/14, TEDH 2017.

incluso oponerse a la misma, al ser un movimiento político basado en el fundamentalismo religioso¹⁹⁷.

También nos encontramos con discursos de odio hacia la intolerancia religiosa, siendo el más reciente el *Asunto Tagiyev y Huseynov contra Azerbaiyán*, de 5 de diciembre de 2019. En este caso, el TEDH consideró violado el art.10 CEDH al no constatar la necesidad de la condena impuesta a los demandantes por publicar un artículo en el que comparaban los valores occidentales con los orientales, contribuyendo a un debate de interés público como es el papel de la religión en la sociedad. Los tribunales nacionales simplemente determinaron que los comentarios habían incitado al odio y a la hostilidad religiosa, ni siquiera que los demandantes fueran a transmitir su posición sobre la religión o sus creencias, de manera que el TEDH consideró violado el derecho a la libertad de expresión por el Estado de Azerbaiyán¹⁹⁸.

Otro tipo de discurso de odio es aquel que hace apología del delito, violencia y hostilidad. Hay que decir que la identificación de las manifestaciones de hostilidad o violencia no llegan a resultar fáciles de detectar, aunque el TEDH ha ido estableciendo una serie de criterios jurisprudenciales a través del estudio de la prohibición de este discurso en cada caso, las circunstancias de tiempo y lugar en el que se produjeron y el efecto generado de las expresiones¹⁹⁹.

Se trae así a colación los *Asuntos Özgür Gündem contra Turquía*, de 16 de marzo de 2000, y *Medva FM Reha Radvo ve İletişim Hizmetleri A. S. contra Turquía*, de 14 de noviembre de 2006, en los cuales, respectivamente, el TEDH estudió la publicación de una serie de artículos en un diario que enfatizaban la necesidad de intensificar la lucha armada e incitaban a pelear hasta el final y la suspensión de un medio de comunicación por la difusión de expresiones contrarias a los principios nacionales y de unidad territorial incitando a la violencia, el odio y la discriminación racial. En los dos, el TEDH no confirmó la protección que otorga la libertad de expresión²⁰⁰.

Pero esto no siempre ha sido así; en el *Asunto Gündüz contra Turquía*, de 13 de diciembre de 2003, el TEDH consideró que unas declaraciones realizadas por un miembro de una secta islamista durante la transmisión de un debate criticando las instituciones

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ *Tagiyev y Huseynov c. Azerbaiyán*, núm.13274/08, TEDH 2019. Párrs.47-50.

¹⁹⁹ Eguiguren Praeli, F. (2012). *Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo. El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona, Civitas-Thompson Reuters. P.192.

²⁰⁰ Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

seculares del sistema turco y la petición de la introducción de la ley *Sharia*, no suponían un discurso de odio basado en la intolerancia religiosa, ni un llamado a la violencia²⁰¹. Lo que puede resultar un tanto criticable teniendo en cuenta lo que supone la ley *Sharia* y su introducción en un sistema democrático.

En el *Asunto Faruk Temel contra Turquía*, de 10 de febrero de 2011, conoció la declaración del presidente de un partido político que criticaba la intervención de los Estados Unidos de América en Irak, así como el confinamiento de un líder terrorista y la desaparición de personas bajo custodia policial, considerando que la condena impuesta al mismo por difundir propaganda a favor del uso de la violencia y métodos terroristas, suponían una violación del art.10 CEDH²⁰². Se fundamentaba en que como actor político, presentaba puntos de su posición ideológica sobre asuntos de actualidad y de interés general, de manera que no incitaba realmente a la violencia²⁰³.

Si nos adentramos en la jurisprudencia reciente sobre este tipo de discurso de odio, nos encontraremos con el *Asunto Roi TV A/S contra Dinamarca*, de 17 de abril de 2018. El origen de este caso se encuentra en el hecho de que la empresa demandante fue condenada por delitos de terrorismo al promover el Partido de los Trabajadores del Kurdistan a través de programas de televisión entre 2006 y 2010, partido que fue declarado organización terrorista²⁰⁴. Por lo que el apoyo que mostró la televisión provocó que se le impusiera una multa y se le retirara las licencias. Ante ello, el TEDH declaró el asunto inadmisibile al considerar que el art.10 CEDH no se había visto violado, puesto que se había usado el derecho a la libertad de expresión con fines contrarios a los valores del CEDH, de igual manera que se constató la incitación a la violencia y el apoyo a la actividad terrorista que se producía, siendo ello contrario al propio art.17 CEDH²⁰⁵.

En este sentido, uno de los últimos casos sobre incitación a la violencia y a la hostilidad, es el *Asunto Atlintas contra Turquía*, de 10 de marzo de 2020. El supuesto que trató fue la condena impuesta al demandante por un artículo donde describía los sucesos de Kizildere, publicado en una revista local del lugar de los hechos, como ídolos de la juventud (estos sucesos hacen referencia al secuestro y ejecución de tres trabajadores de la OTAN en 1972). Al demandante se le condenó por glorificar a los insurgentes implicados en los hechos y consideró violado su derecho a la libertad de expresión. Ante

²⁰¹ Ídem.

²⁰² Ídem.

²⁰³ Ídem.

²⁰⁴ *Roi TV A/S c. Dinamarca* (Dec.), núm.24683/14, TEDH 2018.

²⁰⁵ *Roi TV A/S c. Dinamarca*. Op.cit.

ello, el TEDH se ha pronunciado diciendo que la condena impuesta no ha sido desproporcionada y que las expresiones podían considerarse como una exaltación o justificación de la violencia teniendo en cuenta la sensibilidad de la población turca, donde se publicó la revista, que habitaba en una zona muy próxima al lugar que narra el artículo, de manera que nos encontrábamos ante un contexto social tenso²⁰⁶. El TEDH se preocupa también por el riesgo de que el artículo pudiera alentar o impulsar a determinados jóvenes a cometer actos violentos similares con el fin de convertirse en los nuevos ídolos de la juventud, puesto que por la forma del escrito, llegaba a justificarse la violencia para conseguir determinados fines políticos²⁰⁷. No hubo así violación del art.10 CEDH.

En este tipo de discurso de odio, se encaja el subtipo²⁰⁸ de condena al terrorismo, donde destaca el reciente *Asunto Erkizia Almandoz contra España*, de 22 de junio de 2021. El caso se refería a la participación de un político independentista vasco en un acto de homenaje a un antiguo miembro de la organización terrorista ETA, por lo que fue condenado a una pena de prisión de un año y siete años de inhabilitación²⁰⁹. Ante ello, acudió al TEDH por ver vulnerado su derecho a la libertad de expresión y el Tribunal sentenció que la injerencia del Estado español no podía considerarse necesaria en una sociedad democrática tras el análisis de las declaraciones²¹⁰.

El TEDH establece que aunque el demandante había hecho sus declaraciones durante un acto en memoria de un antiguo miembro de Euskadi Ta Askatasuna (en adelante ETA) en un contexto político y social tenso, el contenido y la formulación de los comentarios del demandante indicaban que no había tenido el propósito de incitar a la violencia ni el de hacer apología del terrorismo y señala que no se ha demostrado la existencia de esa incitación directa o indirecta a la violencia terrorista, así como que el discurso del demandante abogaba por la búsqueda de un medio democrático para alcanzar los fines políticos de los abertzales, por lo que España había violado el art.10 CEDH²¹¹.

Así, el TEDH establece la necesidad de demostrar no solo la propia existencia de un contexto social o político delicado, de una situación de seguridad tensa o de un

²⁰⁶ *Atlintas c. Turquía*, núm.50495/08, TEDH 2020. Párrs.27 y 32-36.

²⁰⁷ *Atlintas c. Turquía*. Op.cit. Párr.34.

²⁰⁸ El TEDH al tratar el discurso de odio en materia terrorista ha diferenciado diferentes subtipos dentro de lo que abarca el terrorismo: como la publicación de declaraciones de una organización terrorista, la propaganda para una organización terrorista alabando sus crímenes o criminales. Véase la guía del TEDH sobre discurso de odio de junio de 2022: https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf

²⁰⁹ *Erkizia Almandoz c. España*, núm.5869/17, TEDH 2021. Párrs.45-49 y 51.

²¹⁰ Ídem.

²¹¹ Ídem.

ambiente de hostilidad y odio o de alguna circunstancia en particular en la que ello pudiera provocar acciones ilegales inminentes y exponer a determinadas personas a un riesgo real o incluso remoto de violencia²¹². El Tribunal de Estrasburgo señala que la contención de un mero peligro especulativo, como medida preventiva para la protección de la democracia, no puede considerarse que persiga una “necesidad social apremiante”²¹³.

Y por último, nos encontramos con el discurso negacionista. El TEDH ha tratado dos tipos de negacionismo; por un lado el del Holocausto y por otro, lo que conocemos como revisionismo histórico.

Para tratar este tipo de temas, cabe hacer mención al art.17 CEDH, el cual contempla una cláusula contra el abuso de los derechos. Dicho precepto tiene como finalidad ser instrumento para combatir a los liberticidas de la democracia, defender el respeto a los derechos humanos y la propia vigencia del CEDH²¹⁴. Como dijimos anteriormente, el propio art.17 CEDH actúa como un límite a la libertad de expresión (E.TFM 1.1.).

El profesor Alcácer Guirao señala que “sin lugar a dudas, fue la tragedia del Holocausto lo que situó a la dignidad humana en el núcleo de las democracias de las posguerras y lo que conformó la regulación sobre el discurso del odio, no solo en Europa sino también en los tratados internacionales”²¹⁵.

El TEDH, tratando este tipo de asuntos, ha identificado si se incurre en abuso del derecho (art.17 CEDH) y si se acoge al criterio de ponderación de los valores y derechos involucrados (art.10.2 CEDH).

Por su parte, el profesor García Roca, respecto al abuso del derecho, dice que “al contrario de las dictaduras, las democracias pueden tolerar las controversias más vivas, la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales de las sociedades democráticas. Pero el Convenio fue precisamente elaborado para aportar una respuesta a los regímenes totalitarios después de la Segunda Guerra Mundial, y el art.17 refleja la necesidad de proteger a las sociedades democráticas y a sus instituciones”²¹⁶.

²¹² *Vajnai c. Hungría*, núm.33629/06, TEDH 2008. Párr.55.; y *Yefimov y Youth Human Rights Group c. Rusia*, núm.12385/15 y 51619/15, TEDH 2021. Párr.46.

²¹³ Ídem.

²¹⁴ Ídem.

²¹⁵ Alcácer Guirao, R. (2013). Op.cit. P.312.

²¹⁶ García Roca, J. (2009). Op.cit. P.748.

Por ello, el TEDH comenzó usando el argumento de la necesidad de reforzar ciertas medidas que son pertinentes en una sociedad democrática²¹⁷. Se suele destacar la sentencia del *Asunto Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996, donde el Tribunal apreció el delito de negación del Holocausto judío ante un trabajo científico que pretendía demostrar que la técnica utilizada por los nazis en las cámaras de gas de un campo de concentración determinado no pudieron provocar los efectos devastadores que se le atribuyen²¹⁸.

El criterio de la ponderación de valores y derechos es un recurso que es cada vez más utilizado por el TEDH, gracias al cual se ha contribuido a delimitar el alcance de las expresiones dirigidas a cuestionar la propia existencia del Holocausto.

Se suele hacer hincapié en el *Asunto Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998, donde el TEDH consideró violado el art.10 CEDH ante la condena al autor de una publicación en la que se reprochaba la corta memoria de los franceses en relación a las acciones realizadas por el mariscal Pétain, simpatizante nazi, y pedía la revisión de la condena junto a la rehabilitación militar del mismo, pero no constituía en sí una negación del Holocausto²¹⁹. La sentencia se centra en señalar que la publicación tiene como núcleo un debate permanente entre los historiadores (el papel de Pétain), por lo que no pertenece a la categoría de hechos históricos claramente probados y que en tal caso sí quedaría sustraída esta cuestión a la protección del art.10 CEDH por el art.17 CEDH²²⁰.

La cláusula del abuso del derecho se aplica con más frecuencia sobre la libertad de expresión que el juicio de proporcionalidad, lo que “contrasta con el tratamiento dado por el Tribunal a otros supuestos de discurso de odio, incluso más graves en términos de lesividad social, en los que la proporcionalidad de la sanción entra a formar parte del juicio sobre la vulneración de la libertad de expresión”²²¹.

Parte de la doctrina critica que el TEDH aplique casi de forma automática el art.17 CEDH para los casos en los que se manifiesta la negación del Holocausto al considerarlo una amenaza para la democracia y no lo haga así para otros casos igualmente nocivos y

²¹⁷ Véase al respecto: *Asunto B. H., M. W., H. P. y G.K. contra Austria*, de 12 de octubre de 1989; *Asunto Walter Oschensberger contra Austria*, de 2 de septiembre de 1994; *Asunto Udo Walendy contra Alemania*, de 11 de enero de 1995; *Asunto Otto E. F. A. Remer contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1995; *Asunto Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996; o *Asunto Herwing Nachtman contra Austria*, de 9 de septiembre de 1998.

²¹⁸ Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

²¹⁹ Ídem.

²²⁰ *Lehideux e Isorni c. Francia*, núm.24662/94, TEDH 1998. Párrs.45-47.

²²¹ Alcácer Guirao, R. (2013). Op.cit. PP.324 y 325.

dañinos, como el discurso de carácter racista, xenófobo y terrorista, en los cuales se parten de otras premisas²²².

Por su parte, el discurso de odio basado en el revisionismo histórico tiene su primera manifestación en el *Asunto De Becker contra Bélgica*, de 27 de marzo de 1962, a través del cual el TEDH conoció la imposición de una condena de muerte a un periodista que había contribuido a hacer propaganda a favor de las autoridades nazis en la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, no llegó a entrar en el fondo del asunto puesto que tras la modificación del precepto penal en Bélgica para el supuesto, el actor desistió de su pretensión ante el Tribunal²²³.

En el *Asunto Walendy contra Alemania*, de 11 de enero de 1995 y en el *Asunto Honsik contra Austria*, de 18 de octubre de 1995, en los cuales se ponía en duda las técnicas empleadas por los nazis en los campos de concentración, la Comisión determinó que la libertad de expresión no ampara el presente abuso de derecho del art.10 CEDH al suponer un perjuicio para terceros, colisionando frontalmente con los valores del CEDH²²⁴.

Alcácer Guirao, respecto a la evaluación de la doctrina del TEDH sobre las expresiones negacionistas, señala que “aun cuando el daño simbólico a la sociedad democrática se sostenga sobre la dignidad y honor de los ciudadanos, la pregunta acerca de por qué la negación del genocidio sale peor parada que otras formas de discurso del odio sigue siendo pertinente”, criticando así que el Holocausto es el genocidio que goza de mayor protección respecto a los demás, cosa incomprensible, debiendo estar todos al mismo nivel²²⁵.

Acudiendo a la jurisprudencia más reciente sobre el negacionismo, nos encontramos con el *Asunto Pastörs contra Alemania*, de 3 de octubre de 2019, que fue declarado inadmisibile bajo el fundamento de violación del art.10 CEDH al ser condenado un diputado tras difamar a los judíos durante su discurso en una cámara regional, negando además el Holocausto. El TEDH señaló que ese tipo de discursos no está amparado bajo la libertad de expresión del Convenio y mucho menos entra dentro de los valores del mismo, de manera que la condena impuesta por los tribunales alemanes fue proporcionada y necesaria en una sociedad democrática²²⁶. Algo que considera importante el Tribunal

²²² Esquivel Alonso, Y. (2016). Op.cit.

²²³ Ídem.

²²⁴ Ídem.

²²⁵ Alcácer Guirao, R. (2013). Op.cit. P.338.

²²⁶ *Pastörs c. Alemania*, núm.55225/14, TEDH 2019. Párr.48.

es que el discurso que expresó estaba trabajado, no fueron unas declaraciones espontáneas, sino que el político era consciente de lo que estaba haciendo y de su pertinencia²²⁷.

Todo apunta a que el TEDH intenta acabar con cualquier expresión negacionista, evitando que se concrete en una amenaza real, entendiendo así que este tipo de discursos supone un peligro para la sociedad democrática. La línea jurisprudencial de Estrasburgo en relación a la verdad histórica del Holocausto es un hecho claramente establecido, adquiriendo una protección absoluta, independientemente de los efectos que puedan tener las manifestaciones negacionistas para la paz social o el abuso del derecho²²⁸.

Hasta aquí, la clasificación que ha establecido la doctrina sobre los diferentes tipos de discurso de odio, aunque el TEDH en su informe sobre el mismo ha añadido el discurso de odio contra organismos oficiales del Estado. Aunque hay que decir que el Tribunal de Estrasburgo rechaza las interpretaciones extensivas de las figuras que, en principio pensadas para proteger a las personas y a los colectivos más vulnerables, han acabado siendo empleadas para justificar el castigo a personas que vierten críticas contra instituciones²²⁹. Los límites de la crítica a una institución, como una universidad, son más amplios incluso si esta crítica tiene un impacto negativo en su reputación²³⁰.

Así nos encontramos por ejemplo con el *Asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España*, de 13 de marzo de 2018, donde se declaró la violación del art.10 CEDH por la condena de dos personas que prendieron fuego a una fotografía de la pareja real en una manifestación durante la visita oficial del Rey a Girona en septiembre de 2007. El TEDH señaló que los hechos respondían a una crítica política, más que personal, de la monarquía como institución²³¹ y que fue un acto de provocación para transmitir un mensaje crítico y atraer a los medios de comunicación, lo que no generaba en sí una incitación al odio o la violencia²³². No constituía un discurso de odio como señalaban las autoridades nacionales. Y además sentenció que la condena impuesta no fue proporcional al objetivo legítimo que perseguía y que no era necesaria en una sociedad democrática²³³.

²²⁷ *Pastörs c. Alemania*. Op.cit. Párrs.46-49.

²²⁸ Alcácer Guirao, R. (2013). Op.cit. P.320.

²²⁹ Presno Linera, M. (2020). Op.cit. P.70.

²³⁰ García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.97.

²³¹ El TEDH ha diferenciado también el discurso de odio contra los órganos del Estado. Véase la guía del TEDH sobre discurso de odio de junio de 2022: https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf

²³² *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, núms.51168/15 y 51186/15, TEDH 2018. Párr.38.

²³³ *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. Op.cit. Párr.42.

En este caso añadió que “una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH, (...) probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática”²³⁴.

Si bien, el TEDH ha añadido una nueva categoría en su clasificación que, aunque no cuente con muchos casos al respecto, está viendo su actividad intensificada y es la referida a la humillación pública, la difamación, la denigración o amenaza a un grupo de personas por ciertas características (incluyendo su orientación sexual o identidad de género). Al respecto, muchos de los casos que nos encontramos en esta categoría se han producido a través de Internet, de manera que serán tratados en el correspondiente apartado.

Sin embargo, nos encontramos con los recientes *Asuntos Asociación ACCEPT y otros contra Rumanía*, de 1 de junio de 2021; y *Kaboglu y Oran contra Turquía*, de 30 de octubre de 2018.

El primero de ellos cuenta cómo un grupo de 50 personas entraron en el cine para interrumpir la proyección de una película que representaba a una familia del mismo sexo, organizada por la asociación y a la que asistieron los demás demandantes, gritando comentarios homofóbicos, insultando y amenazando a los participantes e incluso mostraron carteles fascistas y xenófobos²³⁵. La investigación sobre la denuncia penal de los demandantes (por incitación a la discriminación, abuso de poder por restricción de derechos y uso de símbolos fascistas, racistas o xenófobos en público) fue suspendida por el fiscal al considerar que los hechos denunciados no eran constitutivos de delitos y sus impugnaciones fueron infructuosas²³⁶.

El Tribunal consideró que se había producido una violación del art.14 (prohibición de discriminación) en relación con el art.8 (derecho al respeto de la vida privada) del CEDH, en lo que respecta a los demandantes individuales, al considerar que las autoridades rumanas tenían la obligación de investigar de manera efectiva si los abusos verbales dirigidos a los demandantes constituían un delito penal motivado por la homofobia. Al hacerlo, las autoridades habían mostrado su propia parcialidad hacia los miembros de la comunidad LGBT²³⁷.

²³⁴ *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. Op.cit. Párr.41.

²³⁵ *Asociación Accept y otros c. Rumanía*. Op.cit. Párrs.8 y 9.

²³⁶ *Asociación Accept y otros c. Rumanía*. Op.cit. Párrs.24-34.

²³⁷ *Asociación Accept y otros c. Rumanía*. Op.cit. Párr.112.

El Tribunal reiteró, en particular, que si bien se cuidó de no sostener que todas y cada una de las expresiones de odio de odio debe ser objeto de persecución penal y de sanciones penales, los comentarios que constituyen una incitación al odio y a la violencia y que, por lo tanto, son claramente ilícitas, podrían requerir, en principio, que los Estados adoptaran determinadas medidas positivas²³⁸. Asimismo, la incitación al odio no equivale necesariamente a un llamamiento a un acto de violencia u otros actos delictivos²³⁹. Los ataques a las personas cometidos mediante el insulto, la ridiculización o calumnia a determinados grupos de población puede ser motivo suficiente para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso racista en forma de libertad de expresión ejercida de forma irresponsable²⁴⁰. Aquí hay que recordar que el TEDH ha establecido que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la que se sustenta en la raza, el origen o el color²⁴¹.

El Tribunal también subrayó la necesidad de llevar a cabo una investigación significativa sobre la posibilidad de que los motivos discriminatorios hubieran estado detrás del abuso era absoluta, dada la hostilidad contra la comunidad LGBT en el Estado demandado y a la luz de las pruebas de que los intrusos habían proferido insultos homófobos durante el incidente²⁴². Las autoridades nacionales se refirieron en todo momento a los mismos como meras “discusiones” o un “intercambio de opiniones” entre “simpatizantes” de organizaciones de extrema derecha y las víctimas como “seguidores” de las relaciones entre personas del mismo sexo, lo que puede sugerir que las autoridades hicieran la vista gorda a los matices homofóbicos de las proclamas²⁴³.

En ausencia de dicha investigación los delitos motivados por prejuicios se tratarían inevitablemente en pie de igualdad con los casos de los casos que no tienen tales connotaciones, y la indiferencia resultante equivaldría a la aquiescencia oficial, o incluso a la connivencia. oficial, o incluso la connivencia con los delitos de odio²⁴⁴.

Y el *Asunto Kaboglu y Oran contra Turquía*, de 30 de octubre de 2018, se refería a varios artículos de prensa que contenían amenazas y discursos de odio contra dos profesores universitarios por las ideas que habían presentado en un informe dirigido al Gobierno sobre cuestiones relativas a los derechos de las minorías y de la cultura. Ante

²³⁸ *Asociación Accept y otros c. Rumanía*. Op.cit. Párr.119.

²³⁹ Ídem.

²⁴⁰ Ídem.

²⁴¹ *Smith y Grady contra Reino Unido*, núms.33985/96 y 33986/96. TEDH 1999. Párr.97.

²⁴² *Asociación Accept y otros c. Rumanía*. Op.cit. Párr.123.

²⁴³ *Asociación Accept y otros c. Rumanía*. Op.cit. Párr.121.

²⁴⁴ *Asociación Accept y otros c. Rumanía*. Op.cit. Párr.124.

ello, los demandantes perdieron sus pretensiones en los tribunales nacionales, al considerar los mismos que los artículos ofensivos entraban en sí dentro de la legislación que protege la libertad de expresión²⁴⁵.

El TEDH consideró, sin embargo, que se había violado el art.8 CEDH respecto a los demandantes, al considerar que los tribunales nacionales no hicieron un equilibrio justo entre el derecho al respeto a la vida privada y la libertad de prensa²⁴⁶. Consideró que los ataques verbales y amenazas contra los demandantes buscaban en sí socavar su personalidad intelectual, puesto que les provocaban sentimientos de miedo, ansiedad y vulnerabilidad con el fin de humillarlos y quebrar su voluntad de defender sus ideas²⁴⁷. De manera que el TEDH afirma que los tribunales nacionales no dieron una respuesta satisfactoria a la cuestión, que era si la libertad de prensa podía justificar, en las presentes circunstancias, el daño causado al derecho de los demandados al respeto de su vida privada, puesto que los artículos los exponían al desprecio público²⁴⁸.

Con todo lo anterior, queda evidenciada la gran diversidad de discursos de odio que llegan a tener lugar y el gran papel que desempeña el TEDH para ponerles freno. De igual manera, se comprueba cómo no nos encontramos ante un fenómeno actual, sino que lleva el mismo produciéndose desde hace décadas, aunque sí que está sufriendo un crecimiento exponencial y una ampliación en las formas de manifestarse como se puede observar tras el análisis de los casos expuestos.

²⁴⁵ *Kaboglu y Oran c. Turquía*, núms.1759/08 y otros dos, TEDH 2018. Párr.8.

²⁴⁶ *Kaboglu y Oran c. Turquía*. Op.cit. Párr.70.

²⁴⁷ *Kaboglu y Oran c. Turquía*. Op.cit. Párr.90.

²⁴⁸ *Kaboglu y Oran c. Turquía*. Op.cit. Párrs.88 y 89.

2. Capítulo II: Internet como factor primordial

2.1. Trascendencia de Internet para la adecuada protección de la libertad de expresión

En este apartado trataré la libertad de expresión cuando se ejerce en Internet, cómo la ha tratado el TEDH incluyendo algunas consideraciones específicas al respecto y en qué medida este hecho ha resultado determinante en el control de legalidad con el CEDH de las eventuales injerencias, por parte de las autoridades nacionales, en el ejercicio de la libertad de expresión consagrada en el art.10 de este instrumentos internacional de protección de derechos humanos.

Hoy en día, los usuarios de Internet pueden expresar de forma rápida y sencilla sus opiniones respecto a un tema particular, compartir información de manera gratuita con posibilidad de acceso de todos los interesados. Solo basta con el registro en una red social, usar un motor de búsqueda, comentar en los foros o blogs de los medios tradicionales disponibles en la red, para que nuestras opiniones sean vistas por cualquier usuario en cualquier lugar del mundo²⁴⁹. Por lo que ahora, los usuarios pueden ser suministradores de cualquier tipo de contenidos, lo que genera que el derecho a la libertad de expresión vea cómo surge una nueva modalidad para su ejercicio, con sus ventajas e inconvenientes. Internet se ha convertido en una herramienta vital para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión para prevenir abusos²⁵⁰.

El TEDH se ha preocupado en los últimos tiempos por la relación entre el ejercicio de la libertad de expresión y las nuevas tecnologías. En sus propias palabras: “la posibilidad de que las personas se expresen en Internet constituye un instrumento sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión”²⁵¹. Y añade que “teniendo en cuenta su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Internet juega un papel fundamental a la hora de mejorar el acceso del gran público a las noticias y en facilitar la difusión de información en general”²⁵².

En este sentido, el TEDH constata que Internet constituye un instrumento sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión y añade que “el material claramente ilegal, incluido el material difamatorio, odioso o que incite a la violencia,

²⁴⁹ Bernal Ramírez, E. J. (2016). La libertad de expresión en la Internet. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 10. P.173.

²⁵⁰ García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.87.

²⁵¹ *Delfi AS c. Estonia*. Op.cit. Párr.110.

²⁵² *Delfi AS c. Estonia*. Op.cit. Párr.133.

puede ser difundido en todo el mundo en segundos como nunca antes y a veces puede permanecer en línea durante mucho tiempo”²⁵³.

En lo que respecta al alcance del art.10 CEDH en Internet, el TEDH ha destacado que el derecho a la libertad de expresión incluye el mantenimiento de archivos de Internet, la publicación de fotografías en un sitio online de forma gratuita o previo pago, y el acceso a determinados sitios web que permiten compartir información²⁵⁴.

De hecho, a partir de que Internet se convirtiera en uno de los protagonistas en el ejercicio de este derecho, ha recogido dentro de sus principios generales (E.TFM 2.1.), dos consideraciones específicas a tener en cuenta.

En primer lugar, señala que hay que valorar que los sitios web son instrumentos de información y comunicación especialmente distintos de los medios de comunicación impresos, sobre todo en cuanto a su capacidad de almacenar y difundir información²⁵⁵, y que las comunicaciones en línea y su contenido son mucho más susceptibles que los medios de comunicación impresos de vulnerar el ejercicio y el disfrute de los derechos y libertades fundamentales, en particular el derecho a la vida privada²⁵⁶. En segundo lugar, que la condena del propietario de un sitio de Internet por difundir declaraciones xenófobas responde a una necesidad social imperiosa de proteger los derechos de la comunidad afectada²⁵⁷. No solo hay que tener en cuenta los requisitos y principios generales cuando el discurso de odio se da a través de Internet, sino también esas consideraciones específicas.

El TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la libertad de expresión en Internet, señalando en sí ideas que ya se encontraban en la jurisprudencia sobre este derecho, tales como que la misma ampara no solo las ideas favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población, todo ello conforme a las ideas de pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática²⁵⁸. Así, las autoridades nacionales deberán establecer de forma convincente la necesidad de cualquier restricción al respecto.

²⁵³ Presno Linera, M. (2020). Op.cit. P.68.

²⁵⁴ 69.

²⁵⁵ *Société Éditrice de Mediapart y otros c. Francia*, núm.281/15, TEDH 2021. Párr.15.

²⁵⁶ *M.L. y W.W. c. Alemania*. Op.cit. Párr.91.

²⁵⁷ *Féret c. Bélgica*. Op.cit. Párr.78.

²⁵⁸ *Handyside c. Reino Unido* (Pleno), núm.5493/72, TEDH 1976. Párr.49.

Ahora bien, ha añadido otras consideraciones específicas, tales como, por ejemplo, en el *Asunto Tierbefreier E.V. contra Alemania*, de 16 de enero de 2014, que la publicación en Internet de expresiones que son objetivamente injuriosas y que trascienden de los límites propios de la libertad de expresión no están protegidas por el derecho a la libertad de expresión recogido en el art.10 CEDH²⁵⁹.

Una de esos límites hace referencia a las medidas de bloqueo de acceso a un sitio de Internet, ya que en principio no son compatibles con el CEDH si no se encuentran recogidas en un marco legal que garantice un control estricto del alcance de la prohibición y una eventual revisión por parte de una autoridad judicial independiente²⁶⁰.

Aunque es cierto que en los últimos tiempos, hay ocasiones en las que en lugar de criminalizar específicamente expresiones vertidas en las redes sociales, se está produciendo una especial persecución de ciertas manifestaciones por la repercusión que tienen a través de esas vías de comunicación²⁶¹.

En el *Asunto Savva Terentyev contra Rusia*, de 28 de agosto de 2018, el TEDH enjuició la condena de un año de cárcel a un joven por haber, supuestamente, incitado al odio a través de comentarios insultantes sobre los agentes de policía, publicados en un blog en el contexto de la actuación de las fuerzas de seguridad durante un proceso electoral. Al respecto, el TEDH señaló que, aunque las expresiones fueran muy gruesas, insultantes y vulgares, se hicieron en un contexto de debate sobre un asunto de interés público, que debe tener mayor grado de tolerancia ante las palabras ofensivas, y que además, las expresiones del demandante no expusieron a los agentes de policía a un riesgo real e inminente de violencia física, por lo que no afectaron a sus derechos fundamentales de forma grave²⁶². Incluso, el uso de frases vulgares no es decisiva para la evaluación de una expresión ofensiva, ya que puede servir para fines únicamente estilísticos, sustentando esta argumentación sobre la base de que el estilo constituye parte de la comunicación como forma de expresión y, como tal, está protegido junto con la sustancia de las ideas y la información expresadas, por lo que solo tras un examen del contexto en el que aparecen ese tipo de expresiones es posible establecer una distinción significativa entre el lenguaje que siendo escandaloso y ofensivo está protegido por el art.10 CEDH y el que pierde su derecho a la tolerancia en una sociedad democrática²⁶³.

²⁵⁹ *Tierbefreier E.V. c. Alemania*, núm.45192/09, TEDH 2014. Párr.56.

²⁶⁰ García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.85.

²⁶¹ Presno Linera, M. (2020). Op.cit. P.70.

²⁶² *Savva Terentyev c. Rusia*, núm.10692/09, TEDH 2018. Párrs.77 y 83.

²⁶³ *Savva Terentyev c. Rusia*. Op.cit. Párrs.68 y 69.

De esta forma, el TEDH sostiene que el lenguaje en las redes sociales, en ocasiones, pertenece a un registro de bajo estilo frecuente en la comunicación en numerosos portales de Internet, lo que reduce el impacto que se le puede atribuir a este tipo de manifestaciones²⁶⁴.

La libertad de expresión y las redes sociales están sujetas a límites dirigidos a garantizar, por lo tanto, derechos fundamentales, como el honor o la intimidad, lo que puede exigir que se tengan en cuenta las especificidades de los medios a los que hay que referirse a la hora de valorar la lesión causada, que se puede agravar mediante el llamado “efecto amplificador” de las redes sociales²⁶⁵. En todo caso, el TEDH señala que no se puede presumir ese efecto, puesto que hay espacios relativamente “privados” en Internet, donde ese impacto no se produce, por lo que la expresión injuriosa tendrá una afección menor²⁶⁶.

Internet llega a suponer así un factor primordial a tener en cuenta cuando está presente en las circunstancias de un caso. El propio TEDH llega a entender que se trata de un contexto diferente al de los medios tradicionales con unas particularidades propias. No se puede omitir esta realidad ni asemejarla en determinados aspectos a situaciones en las que la red no está presente.

2.2. Sujetos protegidos frente al abuso de la libertad de expresión: las particularidades en Internet

Tras lo desarrollado anteriormente en lo que respecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y sus particularidades y límites en Internet, este apartado ocupará una menor extensión al centrarse en algunas cuestiones sobre la protección al respeto del derecho a la vida privada tras los comentarios realizados por el TEDH en un caso reciente.

Lo primero que hay que decir es que el TEDH ha señalado que el riesgo de daño que suponen los contenidos y las comunicaciones en Internet al ejercicio y goce los derechos humanos y libertades fundamentales es mayor que el que plantea la prensa teniendo en cuenta el papel que tienen los motores de búsqueda en la red global²⁶⁷.

Las normas que rigen Internet deben ajustarse de acuerdo con las características específicas de la tecnología para garantizar la protección y promoción de los derechos y

²⁶⁴ *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index Hu ZRT c. Hungría*, núm.22947/13, TEDH 2016. Párr.77.

²⁶⁵ *Cicad c. Suiza*, núm.17676/09, TEDH 2016. Párr.60.

²⁶⁶ *Wrona c. Polonia*, núm.23119/05, TEDH 2010. Párr.21.

²⁶⁷ García San José, D.I. (2022). Op.cit. PP.126-127.

libertades de terceros²⁶⁸. Las propias medidas de bloqueo de acceso a Internet o páginas webs inciden en los derechos de los particulares afectados, pudiendo llegar a ser contrarias al CEDH²⁶⁹.

El TEDH se ha pronunciado sobre el derecho al respeto de la vida privada protegido por el art.8 CEDH en relación con la libertad de expresión garantizada por el art.10 CEDH con respecto a los prestadores de servicios de la sociedad de la información como *Google Inc.* en el *Asunto Tamiz contra Reino Unido*, de 19 de septiembre de 2017.

En este caso tuvo en cuenta el importante papel que desempeñan los prestadores de servicios en Internet al facilitar el acceso a la información y el debate sobre una amplia gama de temas políticos, sociales y culturales para decir que en estos casos, el margen de apreciación del Estado es más amplio para proteger el derecho de respeto a la vida privada de terceros²⁷⁰. Hay que recordar así que los Estados Partes no solo tienen la obligación de abstenerse de interferir en la vida privada de los ciudadanos, sino que además tienen la obligación positiva de garantizar la protección efectiva al respeto de la reputación de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluso cuando los comentarios que afectan a su derecho al respeto a la vida privada se producen por terceros en un blog²⁷¹.

El *Asunto Tamiz c. Reino Unido*, de 19 de septiembre de 2017, llega a ser un caso clave en lo que se refiere a la protección de los derechos de terceros frente al abuso de la libertad de expresión en Internet. Este caso trata fundamentalmente de la presencia de comentarios difamatorios en un blog, ante lo que el TEDH señaló que el demandante tiene tres opciones para actuar para proteger sus derechos del art.8 CEDH: interponer una demanda por difamación contra los autores de los comentarios (difícil puesto que no es fácil identificar a los autores, siendo necesario presentar una solicitud para pedir la revelación de la identidad de los usuarios a *Google Inc.*); como segunda opción, los demandados podían presentar una demanda contra el autor dueño del blog en sí o, finalmente, como tercera vía de actuación, accionar contra *Google Inc.* directamente como propietario de *Blogger.com*²⁷².

En todo caso, para accionar directamente contra *Google Inc.* es necesario que transcurra un plazo razonable desde que se le notifique el carácter difamatorio de los

²⁶⁸ García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.78.

²⁶⁹ García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.171.

²⁷⁰ *Tamiz c. Reino Unido* (Dec.), núm.3877/14, TEDH 2017. Párr.90.

²⁷¹ *Pihl c. Suecia* (Dec.), núm.74742/14, TEDH 2017. Párr.28.

²⁷² *Tamiz c. Reino Unido*. Op.cit. Párr.82.

comentarios²⁷³. Los proveedores de servicios en Internet no deben ser considerados responsables de terceros, a menos que no hayan actuado con celeridad para eliminar o impedir el acceso a los mismos una vez que tengan conocimiento de su ilegalidad²⁷⁴.

Por otro lado, podríamos pensar que siempre que nuestro derecho al respeto a la vida privada se vea vulnerado podríamos obtener una indemnización por la entidad responsable o el autor de los comentarios ofensivos. Por ello, teniendo en cuenta lo que supone Internet con respecto al respeto a la vida privada, podría generar que entidades como *Google Inc.* u otros prestadores de servicios de la sociedad de la información se vean obligados a indemnizar a una cantidad indeterminada de individuos.

Ahora bien, el TEDH ha señalado que no siempre la negativa de las autoridades nacionales a que la víctima reciba una indemnización por la intromisión producida equivale en sí misma a una violación del art.8 CEDH, sino que hay que examinar la suficiencia del derecho a la reputación del demandante en la red social en la que tuvo lugar la violación²⁷⁵. Los tribunales nacionales tienen un margen de apreciación a la hora de evaluar cómo darle una solución a una intromisión y no siempre esa solución viene acompañada por una indemnización²⁷⁶.

Con ello, se puede observar como el TEDH avanza en ampliar esa protección que gozan los sujetos protegidos frente al abuso de la libertad de expresión, cuando se producen los hechos en la red. Conforme sigan llegando más asuntos de esta índole al TEDH, más particularidades podrá analizar y avanzar así en crear un marco protector para las particularidades de Internet que se complemente a todos los principios y criterios ya establecidos al tratar la libertad de expresión.

2.3. Margen de apreciación versus control europeo en Internet

Al haber tratado anteriormente el margen de apreciación de los Estados Partes en el ejercicio de la libertad de expresión y el control que realiza el TEDH para determinar en qué casos las injerencias de las autoridades nacionales están justificadas en este derecho, cabe detenerse ahora en los supuestos en los que Internet entra en escena. Todo ello con la intención de analizar las particularidades en esta materia cuando el ciberespacio está presente.

²⁷³ *Tamiz c. Reino Unido*. Op.cit. Párr.83.

²⁷⁴ *Tamiz c. Reino Unido*. Op.cit. Párr.84.

²⁷⁵ *Egil Einarsson c. Islandia*, núm.31221/15, TEDH 2018. Párrs.38-39.

²⁷⁶ *Egil Einarsson c. Islandia*. Op.cit. Párr.39.

El TEDH ha tratado la limitación de la libertad de expresión en Internet, estableciendo una serie de “reglas” a propósito de los bloqueos o restricciones impuestos por algunos Estados. Primero consideró que las restricciones previas no son, *a priori*, incompatibles con el CEDH, pero deben inscribirse en un marco legal estricto en cuanto a la delimitación de la prohibición y eficaz con respecto a la revisión judicial contra posibles abusos; no se concibe una revisión judicial de tales medidas sin un marco en el que se establezcan normas detalladas y específicas con respecto a la aplicación de restricciones preventivas sobre la libertad de expresión²⁷⁷. En segundo lugar, señala el TEDH que debe tenerse en cuenta la limitación antes de aprobar un bloqueo completo de una página web (medida que hará inaccesible el acceso a una gran cantidad de información afectando a los derechos de numerosos usuarios y provocando un efecto colateral importante)²⁷⁸. Asimismo, la medida limitativa debe ser previsible y garantizar a los afectados el grado suficiente de protección que exige una sociedad democrática²⁷⁹.

Respecto a esas limitaciones, expresó, por ejemplo, en el *Asunto Cengiz y otros contra Turquía*, de 1 de diciembre de 2015, que las mismas recogen la privación del derecho a recibir información como resultado de la imposibilidad, impuesta por una resolución judicial, de acceder a YouTube, que fue definido como “sitio web de alojamiento de vídeos en el que los usuarios pueden publicar, ver y compartir vídeos, y que, sin duda alguna, constituye un importante medio para ejercer la libertad de recibir y difundir informaciones e ideas”²⁸⁰. En particular, tal como han señalado los demandantes con toda razón, las informaciones políticas, ignoradas por los medios de comunicación tradicionales, son difundidas a menudo a través de YouTube, lo que ha permitido la aparición del periodismo *ciudadano*. Desde esta óptica, el Tribunal admite que esta plataforma era única teniendo en cuenta sus características, su nivel de accesibilidad y sobre todo su impacto potencial y, según los demandantes, sin equivalente parecido²⁸¹. En ese caso, el TEDH concluyó que se había producido una lesión a la libertad de expresión porque las medidas limitativas no tenían amparo legal²⁸². Sin embargo, en este caso no se llegó a valorar si un bloqueo general sería admisible si estuviera previsto en la ley.

²⁷⁷ *Ahmet Yildirim c. Turquía*, núm.3111/10, TEDH 2012. Párrs.64-67.

²⁷⁸ *Ídem*.

²⁷⁹ *Ídem*.

²⁸⁰ *Gengiz y otros c. Turquía*, núms.48226/10 y 14027/11, TEDH 2015. Párr.6.

²⁸¹ *Gengiz y otros c. Turquía*. Op.cit. Párr.52.

²⁸² *Gengiz y otros c. Turquía*. Op.cit. P.65.

No sería hasta el año 2020 cuando el TEDH, gracias a varios asuntos, entraría a enjuiciar diferentes supuestos de bloqueo en el acceso a Internet adoptados por las autoridades rusas²⁸³. En ellos señalaría el Tribunal de Estrasburgo que el bloqueo total del acceso a un sitio web es una medida extrema, comparable a la prohibición de un periódico o una emisora de televisión, puesto que esta medida hace inaccesible grandes cantidades de contenido que no se ha identificado como lícito o ilícito, debiendo hacerse dicha distinción. El bloqueo de todos los sitios de la web amplía el alcance de la orden de bloqueo más allá del contenido ilegal originalmente objeto de la orden, de manera que cualquier bloqueo indiscriminado que interfiera contenido lícito como efecto colateral, equivale a una interferencia arbitraria²⁸⁴.

En estos casos se constató cómo las autoridades rusas no estaban obligadas a justificar la necesidad y la proporcionalidad de la injerencia en la libertad de expresión en línea, ni siquiera a considerar unas medidas menos intrusivas que pudieran conseguir el mismo objetivo²⁸⁵. De igual forma, no se las obligaba a limitar el bloqueo al contenido ilícito, sin ni siquiera prever la comunicación de la solicitud de bloqueo a los propietarios de los sitios web destinatarios de tal medida²⁸⁶.

Por otro lado, ante el caso de un tribunal ruso que produjo efectos arbitrario al señalar que aunque la elusión de filtros no esté prohibida en Rusia, sí que permite a los usuarios acceder a contenidos extremistas en alguna otra web, por lo que esto debería bloquearse; el TEDH sentenció que aunque el uso de cualquier tecnología de la información puede subvertirse para llevar a cabo actividades incompatibles con los principios de una sociedad democrática, las tecnologías de elusión de filtros sirven principalmente a una multitud de propósitos legítimos, por ejemplo permitir enlaces seguros a servidores remotos, canalizar datos a través de servidores más rápidos para reducir el tiempo de carga de la página en conexiones lentas y proporcionar una traducción rápida y gratuita en línea²⁸⁷. Y ninguno de estos usos fue tomado en cuenta por el tribunal ruso para emitir la orden de bloqueo²⁸⁸. De hecho, señala que restringir las tecnologías de acceso a la información por el motivo de que puedan facilitar el acceso a

²⁸³ *OOO Flavus y otros c. Rusia*, núms.12468/15 y otros dos, TEDH 2020.; *Bulgakov c. Rusia*, núm.20159/15, TEDH 2020.; *Engels c. Rusia*, núm.61919/16, TEDH 2020.; *Vladimir Kharitonov c. Rusia*, núm.10795/14, TEDH 2020.

²⁸⁴ *OOO Flavus y otros c. Rusia*. Op.cit. Párrs.37 y 38.

²⁸⁵ *OOO Flavus y otros c. Rusia*. Op.cit. Párrs.41 y 42.

²⁸⁶ Ídem.

²⁸⁷ *Engels c. Rusia*. Op.cit. Párr.29.

²⁸⁸ Ídem.

material extremista de forma incidental, no es diferente de poder restringir el acceso a impresoras y fotocopiadoras porque puedan utilizarse para reproducir ese material, por lo que el bloqueo de la información sobre esas tecnologías interfiere con el acceso a todo el contenido al que se podría acceder sobre las mismas, siendo evidente que nos encontramos ante una decisión arbitraria²⁸⁹.

El Tribunal incluso ha llegado a estudiar un caso en el que varias páginas webs compartían una IP, de manera que el bloqueo de una de ellas, por contenido ilegal, afectaba a las demás, determinado el TEDH que las restantes no tenían por qué soportar dicha medida de bloqueo por tener en común una conexión de infraestructuras²⁹⁰.

Así, la relación entre el margen de apreciación de los Estados Partes y el control que realiza el TEDH, se vuelve más compleja con la presencia de Internet como factor a tener en cuenta en cada caso. Llega a ser obvio que tanto las autoridades nacionales como el TEDH tienen una labor de búsqueda de equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y las injerencias que se lleven a cabo en la red, pero que ante un fenómeno que hasta ahora no había tenido lugar, no siempre se responde adecuadamente. Incluso, a veces, ello ocurre ante el desconocimiento del alcance que pueden llegar a tener las medidas que adopten las autoridades nacionales sin intención de afectar a la libertad de expresión de otras personas.

2.4. El discurso de odio *online*

En este apartado me detendré a exponer las particularidades (como la publicidad que adquiere, la posibilidad del anonimato o el lenguaje usado) que recibe el mismo a la hora de ser analizado por el TEDH al producirse en una red social, página web o plataforma digital. Y ello lo haré trayendo a colación y explicando diferentes asuntos que han llegado al TEDH.

Para comenzar, como dijimos anteriormente, la intencionalidad es uno de los principios centrales que emergen de la jurisprudencia internacional sobre incitación a la discriminación y la violencia. Aunque este principio ha sido relativizado por la ECRI en su *Recomendación de Política General núm.15*, que recomendaba penalizar el discurso de odio no solo cuando exista intención, sino, alternativamente, cuando pueda esperarse

²⁸⁹ *Engels c. Rusia*. Op.cit. Párrs.28-30.

²⁹⁰ *Vladimir Kharitonov c. Rusia*. Op.cit. Párr.42.

razonablemente que incite a actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación²⁹¹.

Lo que queda claro es que se ha producido la generalización de la exigencia de intencionalidad en los instrumentos internacionales sobre discurso de odio y su asunción expresa en el *Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia*²⁹² relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, no deja lugar a dudas de su aplicabilidad al discurso de odio en Internet²⁹³.

La intencionalidad es un requisito subjetivo definitorio del discurso del odio, para parte de la doctrina, incluso, más importante que las características del individuo o grupo destinatario del mensaje y que el propio contenido de la expresión²⁹⁴.

La valoración de esa intención en Internet tiene dos singularidades:

-La intención del sujeto no se limita en el caso de la difusión material, a la propia conducta de distribuirlo, ponerlo en disposición de terceros etc., sino que se extiende a su propia naturaleza incitadora o promocional del odio, la discriminación y la violencia²⁹⁵. El autor debe querer difundir ese material y tener conocimiento efectivo del contenido del mismo, dándose así el propósito de que el efecto de la difusión sea propugnar o incitar al odio, la discriminación o la violencia²⁹⁶. Por lo que debe entenderse que la exigencia expresa de que la conducta sancionable se lleve a cabo intencionadamente y sin derecho, por lo que una conducta justificada por principios o intereses legítimos conforme a la legislación interna de cada Estado²⁹⁷.

-La valoración de la intención debe tener en cuenta las especificidades del medio en el que se produce la conducta, Internet y las redes sociales²⁹⁸. La libertad de las redes y la sensación de anonimato son aspectos significativos para calificar la intención del sujeto. De hecho, hay que darle importancia a los códigos expresivos de las redes sociales que no siempre están claros y son conocidos por los emisores de los mensajes²⁹⁹.

²⁹¹ Rollnert Liern, G. (2020). Op.cit. PP.4-5.

²⁹² Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. Op.cit.

²⁹³ Ídem.

²⁹⁴ Ídem.

²⁹⁵ Teruel Lozano, G.M. (2015). *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. P.93.

²⁹⁶ Ídem.

²⁹⁷ Rollnert Liern, G. (2020). Op.cit. P.5.

²⁹⁸ Díez Bueso, L. (2018). La libertad de expresión en las redes sociales. Implicaciones jurídicas de los usos y comentarios efectuados a través de las redes. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 27. P.10.

²⁹⁹ Ídem.

El anonimato es algo que el TEDH ha tratado muy recientemente, determinando que existen varios grados del mismo³⁰⁰ y aun cuando el CEDH no lo prevea, el anonimato en Internet no es un derecho absoluto³⁰¹. De igual manera, el mismo debe ser defendido por la empresa que lo otorgue para que sea verdaderamente efectivo, puesto que sería difícil que los usuarios pudieran defender su anonimato por sí mismos en caso de que sus identidades fueran reveladas a tribunales civiles³⁰². De hecho, establece que los intereses de los usuarios en la divulgación de sus datos son incluso superiores a los de la empresa en la protección del anonimato³⁰³.

La difusión de un mensaje de odio en redes sociales no siempre implica adhesión al contenido del mismo con intención de incitar o fomentar lo dicho anteriormente, sino que puede buscar únicamente informar sobre dichos mensajes por considerarlos un asunto de interés público, denunciarlos o criticarlos abiertamente o con expresiones o imágenes de carácter irónico o satírico (como los memes)³⁰⁴. Es necesario por lo tanto evaluar el propósito del emisor teniendo en cuenta el conjunto de sus mensajes y no aisladamente³⁰⁵.

Con el *Asunto Magyar Jeti Zrt c. Hungría*, de 4 de diciembre de 2018, el TEDH llega incluso a estudiar la difusión de mensajes a través de hipervínculos, considerando que la finalidad de esta forma de difusión es permitir a los demás usuarios navegar en una red caracterizada por la disponibilidad de una inmensa cantidad de información. Por lo que la técnica de notificación a través de los hipervínculos, son diferentes de los actos tradicionales de publicación, en el sentido de que se limitan a dirigir a los demás el contenido disponible en otras partes de Internet, no presentando el contenido como tal, sino que solo sirven para llamar la atención a los usuarios sobre ese material, concluyendo así, que la persona que comparte esos hipervínculos puede no ejercer control alguno sobre el contenido del sitio o, incluso, que se vea modificado el mismo una vez compartido, por lo que la responsabilidad es menor que si se usaran medios tradicionales de difusión de información³⁰⁶.

En este sentido el TEDH ha establecido como criterios para saber si el emisor conocía el contenido del hipervínculo pautas como si el usuario aprueba el contenido en cuestión, si reprodujo el mismo sin haberlo aprobado, si se limitó a crear un hipervínculo

³⁰⁰ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*, núm.39378/15, TEDH 2021. Párr.77.

³⁰¹ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.75.

³⁰² *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.78.

³⁰³ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.93.

³⁰⁴ Ídem.

³⁰⁵ Ídem.

³⁰⁶ *Magyar Jeti Zrt c. Hungría*, núm.32396/96, TEDH 2001. Párrs.73-75.

al contenido sin haber aprobado o reproducido, si sabía o se suponía razonablemente que conocía que el mismo era difamatorio o ilegal y si actuó de buena fe y con la debida diligencia³⁰⁷.

En este sentido debe añadirse que con el reciente *Asunto Kilin contra Rusia*, de 11 de mayo de 2021, el TEDH ha señalado que cuando habla de “incitación al odio”, se refiere a que puede tener la intención de incitar o que se puede esperar razonablemente que de las expresiones nazca un efecto de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra las personas a las que van dirigidas³⁰⁸. De manera que el elemento de incitación, implica que haya una clara intención de provocar la comisión de dichos actos o un riesgo inminente y recuerda que aunque la incitación al odio puede establecerse cuando hay un llamamiento inequívoco, no en todos los casos es fácil de demostrar, especialmente cuando el Tribunal se encuentra ante mensajes que se refieren a supuestos de hechos o se utiliza un lenguaje codificado³⁰⁹. Asumiendo así lo que establece la ECRI³¹⁰.

Por otro lado, el Protocolo requiere publicidad para definir las conductas punibles (salvos las amenazas), cosa que ha sido objeto de consideración por el informe explicativo del mismo³¹¹, excluyendo las comunicaciones o expresiones privadas del ámbito de aplicación del protocolo y para deslindar aquellas que deben considerarse difusión de material racista y xenófobo penalmente perseguible, identificando de nuevo como criterio principal la intención del emisor. Esta intención puede establecerse a partir de factores objetivos a pesar de que sea algo totalmente subjetivo, como el contenido del mensaje, la tecnología usada, las medidas de seguridad aplicadas y el contexto en el que el mensaje es enviado³¹².

Ahora bien, si hay más de un destinatario simultáneo de un mensaje, el carácter público o privado dependerá del número de receptores y de la naturaleza de la relación entre el emisor y el receptor³¹³. Para el informe, un acceso abierto del material a cualquier persona (ya sea en un chat, un foro, un grupo de noticias, etc.) encaja en la conducta típica

³⁰⁷ *Magyar Jeti Zrt c. Hungría*. Op.cit. Párr.77.

³⁰⁸ *Kilin c. Rusia*, núm.10271/12, TEDH 2021. Párr.73.

³⁰⁹ Ídem.

³¹⁰ *Kilin c. Rusia*. Op.cit. Párr.43.

³¹¹ Council of Europe (2003). *Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalization of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*. Strasburg, 28/01/2003. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: <https://rm.coe.int/16800d37ae>

³¹² Council of Europe (2003). Op.cit. P.6.

³¹³ Rollnert Liern, G. (2020). Op.cit. PP.5 y 6.

de “poner a disposición del público”, incluso aun cuando se requiera contraseña para acceder al material y la misma se le proporcione a cualquiera que cumpla con ciertos criterios³¹⁴. Esto no quiere decir que la naturaleza de la relación entre los participantes en la comunicación no sea importante, sino que la misma debe tenerse en cuenta para determinar si hubo difusión pública o puesta a disposición del público, o si se trató de una comunicación privada penalmente atípica³¹⁵.

La aplicación de este criterio no da problemas cuando nos encontramos ante mensajes accesibles para cualquiera, al tratarse de un ámbito público y tampoco en comunicaciones privadas con destinatario único determinado. La dificultad se encuentra en delimitar lo público y lo privado en mensajes dirigidos a grupos de destinatarios que no pueden considerarse cerrados por el número de sus integrantes y las relaciones que mantienen entre ellos, sería más bien un carácter semipúblico o semiprivado. Por lo que la combinación de los criterios del número de destinatarios y sus relaciones con el emisor será decisiva, aunque pueda resultar conflictiva³¹⁶.

Uno de los aspectos a considerar es si en la valoración de la relevancia penal de la difusión debe atenderse a la publicidad potencial del mensaje en las redes sociales o a la publicidad efectiva, de manera que, no por publicarse un contenido en una red social, deba considerarse público³¹⁷.

Ante ello, algunos autores como Teruel Lozano, proponen tener en cuenta el canal o espacio de difusión (si es un canal o espacio privado o, por el contrario, abierto a un público indeterminado) y la audiencia potencial que haya podido tener el mensaje³¹⁸. De manera que si el mensaje se produce en un canal público lo determinante serán los destinatarios potenciales y en uno privado, lo serán los destinatarios efectivos³¹⁹.

Y si el criterio fundamental para diferenciar las comunicaciones privadas no punibles de la difusión pública penalmente tipificada es, como señala el informe, la intención subjetiva del emisor de limitar el mensaje a un determinado destinatario, la difusión pública solo será sancionable cuando sea intencional y voluntaria. Por lo que si la publicidad no ha sido buscada intencionadamente, porque por ejemplo es el destinatario

³¹⁴ Ídem.

³¹⁵ Ídem.

³¹⁶ Rollnert Liern, G. (2020). Op.cit. P.6.

³¹⁷ Boix Palop, A. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos*, 173. P.58.

³¹⁸ Teruel Lozano, G.M. (2018). Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3. P.25.

³¹⁹ Ídem.

del emisor quien ha provocado la difusión, será este último el responsable penalmente³²⁰. En caso contrario, si no lo ha difundido con esa intención (digamos que lo hace para denunciar o criticar las expresiones del emisor), no podrán ser incriminados ni uno ni otro, por falta de intencionalidad en el destinatario que lo difunde y la intención de darle publicidad en el emisor originario del mensaje³²¹.

Cabe plantearse también la falta de plena conciencia de la publicidad de la conducta como elemento a ponderar para apreciar la intencionalidad, puesto que va a ser determinante para plantear la desconexión entre la emisión del mensaje en un entorno físico privado y su repercusión en la esfera pública virtual en la que se despliegan sus consecuencias³²². Ante ello, Rodríguez-Izquierdo Serrano concluye que al poder hacerlo sin salir físicamente del ámbito privado desde el que escribe, donde tenga su terminal, el receptor-emisor no adquiere una conciencia nítida de estar actuando en un espacio público de comunicación³²³; de la misma forma esa desconexión desvirtúa de alguna manera la percepción clara de los límites a la expresión en Internet y el carácter lesivo de las conductas que se realizan en el ciberespacio³²⁴.

La facilidad de la expresión espontánea en las redes sociales permite de una forma rápida y sencilla comunicar mensajes negativos que, a veces, tienen más que ver con generar una identidad propia, que con provocar en los destinatarios la voluntad de realizar actos de odio, violencia o discriminación³²⁵. Por lo que esa facilidad es un arma de doble filo de la que un tribunal puede deducir la intencionalidad de la conducta del hecho de que no se haya corregido, rectificado o aclarado su intención³²⁶.

A esto hay que añadirle la cuestión de la sensación de anonimato, puesto que la propia percepción del entorno de la red social por los usuarios afecta a la publicidad intencional de la conducta, por lo que cuando se actúa bajo anonimato no se es plenamente consciente de la difusión y trascendencia de los mensajes en el mundo virtual que si la misma acción se ejecutara en la vida real³²⁷. Es un hecho que las redes sociales convierten

³²⁰ Rollnert Liern, G. (2020). Op.cit. P.6.

³²¹ Ídem.

³²² Ídem.

³²³ Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2017). *Hate speech y sociedad de la información: La difusión del odio en Internet y las redes sociales. Sobre la libertad de expresión y el discurso de odio: Textos críticos*. Sevilla: Athenaica. P.140.

³²⁴ Falxa J. (2015). *Redes sociales y discursos de odio: Un enfoque europeo*. Moderno discurso penal y nuevas tecnologías: Memorias (del) III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales. P.3.

³²⁵ Rollnert Liern, G. (2020). Op.cit. P.7.

³²⁶ Ídem.

³²⁷ Ídem.

en públicos, actos y comportamientos individuales antes limitados a ambientes y redes personales, lo que denota de por sí una mayor tolerancia de los mensajes de odio entre los usuarios más jóvenes³²⁸. Aunque es cierto que la falta de conciencia del alcance de esos mensajes genera que, en ocasiones, lo que en un primer momento iba a ser una conducta en un espacio reducido, acabe teniendo un mayor impacto al no conocer la diferencia cualitativa y cuantitativa que se puede dar en la red³²⁹.

La importancia de Internet en el discurso de odio es tan notable que la propia guía jurisprudencial sobre *hate speech* del TEDH de junio de 2022, incorpora una sección dedicada únicamente al discurso de odio producido a través de Internet³³⁰.

El primer caso que se expone es el *Asunto Delfi AS contra Estonia*, de 16 de junio de 2015, que fue el primero en el que el Tribunal tuvo que examinar una denuncia sobre responsabilidad por los comentarios generados por los usuarios en un portal de noticias de Internet. La demandante, la empresa del portal, se quejó de que los tribunales nacionales la considerasen responsable de los comentarios ofensivos publicados por sus lectores, habiendo eliminado la misma dichos comentarios seis semanas después de su publicación³³¹.

A pesar de ello, el TEDH no consideró violado el art.10 CEDH. Lo primero que hizo fue explicar que Internet, a pesar de tener beneficios, es una plataforma sin precedentes que ofrece para la libertad de expresión la posibilidad de que un discurso de odio o que incite a la violencia se difunda por todo el mundo en cuestión de segundos y que, en ocasiones, permanezcan persistentemente en la red³³². Además, señaló que los mensajes de los usuarios eran a primera vista incitantes al odio y la violencia, sosteniendo en este sentido, que los portales de noticias tienen deberes y responsabilidades conforme al art.10.2 CEDH, ya que los comentarios constituían propiamente un discurso ilícito al infringir los derechos de la personalidad de otras personas y constituir propiamente un discurso de odio, encontrándose en los mismos amenazas directas a la integridad física de otras personas³³³. La empresa sostuvo que contaba con mecanismos de filtración de comentarios que no fueron totalmente eficaces, y que actuaron diligentemente, a lo que

³²⁸ Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2017). Op.cit. P.40.

³²⁹ Jubany, O. and Roiha, M. (2015). *Backgrounds, Experiences and Responses to Online Hate Speech: A Comparative Cross-Country Analysis*. PRISM. P.16.

³³⁰ ECtHR (2022). *Hate speech*. European Court of Human Rights. https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf

³³¹ *Delfi AS c. Estonia*. Op.cit. Párr.152.

³³² *Delfi AS c. Estonia*. Op.cit. Párr.110.

³³³ *Delfi AS c. Estonia*. Op.cit. Párr.159.

el TEDH recalcó la importancia que tiene asegurar que dichos mecanismos funcionen correctamente, teniendo en cuenta el importante papel que desempeña Internet para difundir mensajes³³⁴. Por lo que el Estado ha actuado justificada y proporcionalmente condenando al portal, el TEDH sostuvo que hay que adoptar medidas para eliminar sin demora y sin aviso a la presunta víctima, o a terceros, los comentarios claramente ilícitos y no seis semanas después³³⁵.

Otro caso que destaca en esta materia es el *Asunto Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt contra Hungría*, de 2 de febrero de 2016, que tenía como objeto la condena impuesta a un organismo de autorregulación de proveedores de contenidos de Internet y un portal de noticias, por los comentarios ofensivos publicados que criticaban dos sitios webs inmobiliarios a pesar de contener ambas medidas para filtrar ese tipo de comentarios.

En este asunto el TEDH sí declaró la violación del art.10 CEDH, consideró que los tribunales húngaros no habían realizado correctamente el equilibrio entre la libertad de expresión de los demandantes y el respeto de la reputación comercial de los sitios web inmobiliarios, de hecho es que impusieron una responsabilidad objetiva sin valorar la conducta de los demandados ni del demandante, el cual no pidió que se eliminasen los comentarios³³⁶. Y señaló la diferencia con el anterior caso, puesto que en este los comentarios no incitaban al odio como tal, aunque eran ofensivos y vulgares, no constituían un discurso claramente ilegal³³⁷.

En consecuencia, el TEDH ha concluido que cuando se encuentre ante portales de noticias en los que se proporcionen foros para el ejercicio de la libertad de expresión debe evaluarse la injerencia a la luz de los principios aplicables a la prensa, otorgándoles una mayor protección de la habitual³³⁸.

El siguiente caso que encontramos, en desarrollo de esta jurisprudencia, es el *Asunto Pihl contra Suecia*, de 7 de febrero de 2017, en el que el demandante había sido objeto de un comentario difamatorio publicado anónimamente en un blog que era gestionado por una pequeña asociación sin ánimo de lucro. En la vía interna la demanda fue rechazada, por lo que el demandante pedía al TEDH que se declarara a la asociación responsable al no haber protegido su reputación las autoridades nacionales, viéndose así

³³⁴ Ídem.

³³⁵ *Delfi AS c. Estonia*. Op.cit. Párrs.160 y 162.

³³⁶ *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Hungría*. Op.cit. Párr.81, 83 y 85.

³³⁷ *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Hungría*. Op.cit. Párr.91.

³³⁸ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.69.

afectado su derecho al respeto a la vida privada, art.8 CEDH. Sin embargo, el Tribunal declaró inadmisibile el recurso por ser manifiestamente infundado, puesto que a su juicio, el equilibrio entre el derecho al respeto de la vida privada de un individuo y el de la libertad de expresión de otro que se dirige a un portal de Internet se había hecho correctamente por las autoridades nacionales, puesto que el comentario, a pesar de ser ofensivo, no resultaba ser incitador al odio o a la violencia y que además había sido publicado en un pequeño blog, siendo retirado al día siguiente de que la demandante se quejara, estando el comentario publicado solo nueve días³³⁹.

En este sentido, también declaró inadmisibles los *Asuntos Smajic contra Bosnia y Herzegovina*, de 18 de enero de 2018, y *Nix contra Alemania*, de 13 de marzo de 2018.

El primero de ellos se refería a la condena del demandante por incitación al odio nacional, racial y religioso, la discordia o la intolerancia a raíz de una serie de publicaciones en un foro de Internet en los que describía la acción militar que podría llevarse a cabo contra los pueblos serbios de un determinado distrito en caso de guerra. El demandante alegó que se le había condenado por dar su opinión sobre un asunto de interés público, a lo que el TEDH consideró que los tribunales nacionales habían examinado y justificado de manera suficiente la condena teniendo en cuenta las expresiones altamente insultantes hacia el pueblo serbio, tocando una delicada cuestión de relaciones étnicas en la sociedad bosnia después del conflicto y que además, la pena impuesta fue solamente la incautación de un ordenador y un portátil, por lo que no había sido excesiva³⁴⁰. De esta forma, el TEDH expresó que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante se contemplaba en la ley y perseguía un objetivo legítimo como es proteger la reputación y los derechos de los demás³⁴¹.

El caso *Nix contra Alemania* se refería a la condena del demandante por publicar la foto de un líder nazi y una esvástica en un blog. El demandante sostenía que los tribunales nacionales no habían valorado que su blog pretendía ser una protesta contra la discriminación de la escuela y las oficinas de empleo contra los niños de origen inmigrante. Ante ello, el TEDH admite que el demandante no tenía intención de difundir propaganda totalitaria, incitar a la violencia o al odio y que podía pensar que estaba contribuyendo a un debate de interés público, pero que no se podía reprochar a los tribunales nacionales nada por concluir que había utilizado la imagen del antiguo jefe de

³³⁹ *Pihl c. Suecia*. Op.cit. Párr.37.

³⁴⁰ *Smajic c. Bosnia y Herzegovina* (Dec.), núm.48657/16, TEDH 2018.

³⁴¹ Ídem.

las SS Heinrich Himmler con la esvástica como recurso “llamativo”, cosa que penalizaba la ley nacional³⁴². De hecho, la jurisprudencia nacional tenía aceptado que el uso crítico de tales símbolos no exime a alguien de la responsabilidad penal por su uso, requiriendo la misma una oposición clara y evidente a la ideología nazi³⁴³.

El TEDH se sumó a la posición de las autoridades nacionales y declaró que el demandante, a pesar de lo ya enunciado, no había rechazado de forma clara y evidente la ideología nazi en su blog. Así, determinó que la injerencia de los tribunales nacionales en su derecho a la libertad de expresión era proporcional³⁴⁴.

Por otro lado, encontramos dos recientes casos contra la Federación Rusa, el *Asunto Savva Terentyev contra Rusia*, de 28 de agosto de 2018, que comentamos anteriormente (E.TFM 2.1.) y el *Asunto Kilin contra Rusia*, de 11 de mayo de 2021. Mientras que en el primero se declaró la violación del art.10 CEDH, en el segundo no.

En este segundo caso, la cuestión a dilucidar giraba en torno al juicio y condena del demandante por difundir material extremista, concretamente por publicar vídeos y audios supuestamente racistas y que incluso llegaban a implicar a neonazis, epítetos racistas, personas de aparente ascendencia caucásica y llamadas al extremísimo en una popular red social *online*³⁴⁵.

El demandante, con su condena, consideró violado su derecho a la libertad de expresión, sin embargo el TEDH no lo declaró. Conforme a las circunstancias del caso y dado el carácter racista del material y la ausencia de comentarios sobre dicho contenido, consideró que los tribunales habían demostrado de forma convincente que el material impugnado tenía la intención de provocar la comisión de actos de odio o intolerancia³⁴⁶. Y algo llamativo de este caso, es que el TEDH sostiene que a pesar de que no hubiera un contexto social o político delicado, no resulta elemento decisivo en el presente caso para determinar si se trata de un discurso de odio³⁴⁷. Por ello, declaró no violado el art.10 CEDH y proporcionada la pena impuesta (18 meses de prisión en suspenso con un periodo similar a la libertad condicional y otros requisitos)³⁴⁸.

Por otro lado, cabe hablar de los dos casos más recientes en esta materia, el *Asunto Standard Verlagsgesellschaft mbH contra Austria*, de 7 de diciembre de 2021 y el *Asunto*

³⁴² *Nix c. Alemania* (Dec.), núm.35285/16, TEDH 2018.

³⁴³ Ídem.

³⁴⁴ Ídem.

³⁴⁵ *Kilin c. Rusia*. Op.cit. Párrs.14 y 15.

³⁴⁶ *Kilin c. Rusia*. Op.cit. Párrs.73 y 74.

³⁴⁷ *Kilin c. Rusia*. Op.cit. Párrs.92 y 93.

³⁴⁸ *Kilin c. Rusia*, Op.cit. Párr.94.

Sanchez contra Francia, de 2 de septiembre de 2021 (remitido a la Gran Sala desde el 17 de enero de 2022³⁴⁹).

En el primero de ellos el TEDH declaró la violación del derecho a la libertad de expresión. El caso contaba cómo una serie de órdenes judiciales que obligaban a que la empresa de medios de comunicación demandante revelara la información de registro de los usuarios que habían publicado comentarios en su sitio web de un periódico, como consecuencia de que dichos comentarios vinculaban a una serie de políticos con la corrupción o los neonazis. La empresa retiró los comentarios, pero se negó a revelar dichos datos³⁵⁰.

Con este caso, el TEDH determinó que los comentarios del foro iban dirigidos al público y no a un periodista, de manera que no se podía alegar el secreto editorial³⁵¹. Los autores del foro no pueden ser considerados una fuente para un periodista, por lo que no se podía invocar el secreto editorial (lo que no excluye la posibilidad de que se produzca una injerencia del art.10 CEDH de alguna forma distinta a la de ordenar la revelación de una fuente periodística)³⁵².

La obligación de revelar los datos de los autores de los comentarios podría disuadirlos de contribuir al debate y provocar un efecto desmotivador, afectando incluso indirectamente a la libertad de prensa de la empresa³⁵³.

Ante ello, el TEDH determinó que los tribunales nacionales no ponderaron correctamente, ni motivaron suficientemente, la injerencia ocurrida, ya no solo por lo que respecta a los derechos de la empresa, sino también a los de los usuarios, puesto que el anonimato es un medio para evitar represalias o atención indeseada, teniendo un papel importante a la hora de promocionar la libre circulación de opiniones, ideas e información, acentuándose esto cuando nos encontramos ante un discurso político³⁵⁴.

Además, los comentarios no habían sido ni incitadores al odio o a la violencia y se referían a dos políticos y un partido político en el contexto de un debate político,

³⁴⁹ A día de hoy continúa la Gran Sala sin pronunciarse. Última vez comprobado: el 27 de julio de 2022.

³⁵⁰ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.25.

³⁵¹ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.71.

³⁵² Ídem.

³⁵³ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.74. Ese efecto paralizador lo tiene en cuenta el TEDH a la hora de valorar si se produjo una injerencia en el derecho a la libertad de expresión, aunque el mismo no es suficiente para constituir una violación del art.10 CEDH. Véase: García San José, D.I. (2022). Op.cit. P.44

³⁵⁴ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.94.

teniendo por ello interés público. Así declara que las órdenes judiciales no eran necesarias en una sociedad democrática³⁵⁵.

En este caso también se establece que ya sea la empresa editora o proveedora de alojamiento de comentarios, la simple categorización jurídica no da permite de por sí una injerencia en el art.10 CEDH, sino que, como siempre, hay que analizar todas las circunstancias del caso³⁵⁶.

Por último, el *Asunto Sanchez contra Francia*, de 2 de septiembre de 2021, trata la condena penal a un concejal que se presentaba a las elecciones al Parlamento, por incitación al odio o a la violencia contra un grupo de personas o individuo por razón de su pertenencia a una determinada religión, a raíz de no haber actuado de forma temprana para borrar los comentarios publicados por otros en el muro de su cuenta de Facebook³⁵⁷.

En la sentencia de Sala de 2 de septiembre de 2021, el TEDH declaró que no hubo violación del art.10 CEDH, considerando las circunstancias específicas del caso; que las razones expresadas por los tribunales nacionales eran pertinentes y suficientes para consentir la injerencia teniendo en cuenta el margen de apreciación concedido al Estado; asimismo, que los comentarios eran claramente ilícitos y que, de esta manera, podía considerarse necesaria en una sociedad democrática³⁵⁸.

Respecto al contexto electoral, el TEDH recuerda que el debate político no tiene una libertad absoluta y que el mismo se puede someter a restricciones o sanciones por el Estado siempre que sea compatible con el art.10 CEDH³⁵⁹. Así, nos vuelve a recordar que la plataforma donde se vertieron los mensajes eran de libre acceso al público, que al producirse en un contexto electoral iban dirigidos a toda la población, por lo que la accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar enormes cantidades de información da lugar a una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión, con sus beneficios y riesgos cuando nos encontramos ante un discurso de odio, por la facilidad de su difusión³⁶⁰.

Resulta llamativo que al final de la sentencia, el Tribunal recalque que si bien los partidos políticos en contexto electoral tienen una amplia libertad de expresión para convencer a su electorado, cuando expresan un discurso racista o xenófobo, dicho

³⁵⁵ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párrs.95-97.

³⁵⁶ *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*. Op.cit. Párr.74.

³⁵⁷ *Sanchez c. Francia*, núm.45581/15, TEDH 2021. Párr.18.

³⁵⁸ *Sanchez c. Francia*. Op.cit. Párrs.81 y 83.

³⁵⁹ *Sanchez c. Francia*. Op.cit. Párr.84

³⁶⁰ *Sanchez c. Francia*. Op.cit. Párr.86.

contexto puede contribuir a atizar el odio y la intolerancia, puesto que las posiciones de los candidatos electorales suelen volverse más rígidas y se les da más importancia a los eslóganes que a los argumentos razonables, por lo que el impacto de un discurso racista o xenófobo puede ser mayor y más perjudicial, llegando a afectar a la dignidad y seguridad de diferentes grupos o personas³⁶¹. Por ello reitera que los políticos tienen una responsabilidad particular en ese tipo de supuestos.

Nos encontramos también con otro caso contra Francia y el discurso de odio *online* muy reciente, el *Asunto Bonnet contra Francia*, de 25 de enero de 2022, sobre insultos raciales y cuestionamiento de la existencia de crímenes contra la humanidad a través de Internet.

El demandante publicó en su web un artículo (que contenía un dibujo y comentarios de carácter raciales y cuestiones sobre crímenes contra la humanidad) que la comunidad judía denunció ante la fiscalía al considerar que constituían un delito de injuria pública de carácter racial y de provocación al odio racial hacia los judíos³⁶². Finalmente se le condenó a pagar 1000 euros a cada parte civil y a 100 días de multa, teniendo en cuenta su reincidencia³⁶³. Y ordenó la eliminación del dibujo y de los comentarios incriminatorios de la página web bajo una multa de 300 euros por día de retraso³⁶⁴.

El TEDH declaró inadmisibile la pretensión del demandante recordando que ya ha declarado como tal casos relativos a la negación del Holocausto y a las declaraciones sobre crímenes nazis conforme al art.10 y 17 CEDH, apoyando que la injerencia era necesaria³⁶⁵. Así, determina que la condena penal al demandante por abuso racial público y por negación de crímenes contra la humanidad, constituye una injerencia en su derecho a la libertad de expresión que cumplía con los requisitos necesarios de estar prevista por ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática³⁶⁶. Y recuerda que la condena al propietario de un sitio de Internet por difundir declaraciones xenófobas respondía a una necesidad social imperiosa de proteger los de la comunidad³⁶⁷, de manera que la pena impuesta al demandante está más que justificada.

El TEDH llega a concluir que los órganos internos han actuado correctamente, teniendo en cuenta el contexto nacional y el uso de símbolos que se refieren

³⁶¹ *Sanchez c. Francia*. Op.cit. Párr.87.

³⁶² *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párrs.5-15.

³⁶³ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párrs.15 y 20.

³⁶⁴ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.16.

³⁶⁵ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.30.

³⁶⁶ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párrs.31-43.

³⁶⁷ *Féret c. Bélgica*. Op.cit. Párr.78.

innegablemente al exterminio de los judíos europeos durante la Segunda Guerra Mundial, así como la evidente burla a ese hecho histórico y el poner en duda su realidad³⁶⁸.

De hecho, señala que el dibujo en cuestión está comprendido en una categoría de protección reducida en virtud del art.10 CEDH y que el margen de apreciación del Estado, por consiguiente, es mayor³⁶⁹. Así como que el medio utilizado y el contexto (el dibujo parodiaba una portada del periódico Charlie Hebdo y se publicó justo después del atentado suicida de Bruselas del 22 de marzo de 2016³⁷⁰) en el que se difundieron los comentarios impugnados afectaban al orden público y a la cohesión del grupo social³⁷¹. Además, señala que aunque se haya ordenado la retirada del dibujo del sitio web, sigue siendo accesible en línea, por lo que el impacto perjudicial del mensaje transmitido sigue siendo importante³⁷².

Por último, otro de los discursos de odio que más presencia tienen en Internet es aquel contra el colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (en adelante LGTB), para lo que traigo a colación dos casos recientes.

En primer lugar, el *Asunto Beizaras y Levickas c. Lituania*, de 14 de enero de 2019. El mismo trató una discriminación por motivos de orientación sexual a dos jóvenes que mantenían una relación ante la negativa de las autoridades nacionales a iniciar una investigación previa al juicio por los comentarios de odio sufridos en Facebook al publicar una fotografía de ambos besándose, lo que generó cientos de comentarios de odio en línea³⁷³.

Los comentarios se dividían entre aquellos que amenazaban personalmente a los demandantes y otros a la comunidad LGTB. Por ello, los demandantes sostuvieron que habían sido discriminados por su orientación sexual y que la denegación les había dejado sin posibilidad de reparación legal³⁷⁴.

El TEDH se pronunció considerando que se había producido una violación del art.14 CEDH en relación con el art.8 CEDH, declarando que los demandantes habían sufrido discriminación por su orientación sexual y que el Estado lituano no había aportado ninguna justificación que demostrara que la diferencia de trato era compatible con el CEDH, de manera que el Tribunal remarcó que la orientación sexual de los individuos

³⁶⁸ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.48.

³⁶⁹ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.50.

³⁷⁰ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párrs.1 y 53.

³⁷¹ *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.51.

³⁷² *Bonnet c. Francia*. Op.cit. Párr.52.

³⁷³ *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Op.cit. Párrs.16-18.

³⁷⁴ *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Op.cit. Párrs.10 y 84.

influyó en el trato que recibieron de las autoridades nacionales, quedando claro la desaprobación de las mismas por el hecho que los demandantes demostraran públicamente su homosexualidad al negarse a iniciar una investigación previa al juicio³⁷⁵.

Asimismo, el TEDH concluyó que los comentarios de odio y los llamamientos no disimulados a la violencia por parte de usuarios dirigidos contra los demandantes y la comunidad LGTB, fueron instigados por una actitud de intolerancia hacia la comunidad y que dicho estado de ánimo discriminatorio estaba en la base del incumplimiento por parte de las autoridades públicas competentes de su obligación positiva de investigar de manera efectiva si dichos comentarios constituían una incitación al odio y a la violencia, lo que confirmaba que las autoridades, como mínimo, toleraban dichos comentarios³⁷⁶.

En segundo lugar, el *Asunto Lilliendahi contra Islandia*, de 12 de mayo de 2020, cuyos hechos giran en torno a la aprobación de una propuesta municipal para reforzar la educación y el asesoramiento en las escuelas primarias y secundarias sobre cuestiones relativas a quienes se identifican como miembros de la comunidad LGTB³⁷⁷. La decisión apareció en las noticias y dio lugar a un debate público a través de radio³⁷⁸.

Posteriormente, uno de los promotores de la propuesta criticó, a través de un artículo en Internet, el programa de radio al permitir el mismo que las personas pudieran expresar “claros prejuicios y discursos de odio” sin la crítica del presentador del programa y pidió acudir al programa para responder a las críticas³⁷⁹.

El demandante, que fue uno de los participantes en dicho debate público, realizó comentarios con un marcado carácter deshumanizador e insultante hacia los homosexuales en dicho artículo, así como se refirió a la homosexualidad como desviación sexual y adoctrinamiento³⁸⁰. Ante ello, se inició una investigación penal contra el mismo por considerarse conforme a la normativa interna que dichos comentarios eran constitutivos de amenaza pública, burla, difamación y denigración de un grupo de personas por su orientación sexual e identidad de género, siendo condenado a una multa en última instancia por el Tribunal Supremo (en adelante el TS) al sobrepasar los límites de la libertad de expresión y haberlo hecho por un medio público y que el individuo no

³⁷⁵ *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Op.cit. Párr.114.

³⁷⁶ *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Op.cit. Párr.129.

³⁷⁷ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit.. Párr.3.

³⁷⁸ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.4.

³⁷⁹ Ídem.

³⁸⁰ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.5.

había hecho esos comentarios por negligencia o accidente, entendiéndose así el carácter intencionado de la conducta intencionada³⁸¹.

Así, consideró que era necesario restringir la libertad de expresión del demandante, que estaba justificada al responder a una necesidad social acuciante y que había que ser cauteloso a la hora de aceptar cualquier tipo de restricción a ese derecho³⁸². Sin embargo, el TS concluyó que los comentarios hechos por el demandante fueron gravemente hirientes y perjudiciales, innecesarios para expresar su oposición a dicha propuesta educativa, siendo además evidente que al proferirse en el contexto de un debate público que iba directamente a afectar a los niños, era de esperar que los mismos pudieran participar en la discusión y leyera los comentarios del demandante³⁸³. Así, el derecho el TS, en este caso, consideró que los intereses de la vida privada tenían mayor peso que la libertad de expresión del demandante y que la injerencia estaba justificada para contrarrestar el prejuicio, odio y desprecio contra determinados grupos sociales que ese discurso de odio promovía³⁸⁴.

El TEDH consideró que no puede decirse que las declaraciones del demandante alcancen el umbral de aplicabilidad del art.17 CEDH, puesto que los comentarios aunque fueron muy perjudiciales, no está claro que tuvieran por objeto incitar a la violencia y al odio o destruir los derechos y libertades protegidos por el CEDH. De manera, que se pronunció sobre si se ha violado el art.10 CEDH, es decir, si la injerencia en la libertad de expresión estaba prescrita por ley (que sí lo estaba de manera suficientemente clara³⁸⁵), si perseguía uno o varios de los objetivos legítimos del art.10.2 CEDH (que determinó que sí al proteger los derechos de los demás³⁸⁶) y si era “necesaria en una sociedad democrática”³⁸⁷. El TEDH reconoce que el TS hizo bien al considerar que eran comentarios que promovían la intolerancia y la detestación de los homosexuales³⁸⁸ y que la multa no es excesiva dadas las circunstancias³⁸⁹.

Así, se observa cómo los discursos de odio que se producen *online* abarcan diversas temáticas y métodos, llegando desde la publicación de un artículo en la página web de algún medio tradicional hasta la propia existencia de los mismos en foros y redes

³⁸¹ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párrs.8-10 y 15.

³⁸² *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.16.

³⁸³ Ídem.

³⁸⁴ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.17.

³⁸⁵ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.42.

³⁸⁶ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.43.

³⁸⁷ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.32.

³⁸⁸ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.38.

³⁸⁹ *Lilliendahl c. Islandia*. Op.cit. Párr.46.

sociales. Ello genera que el TEDH no analice únicamente el discurso de odio como concepto, sino que también, todos los aspectos que rodean al mismo conforme a los criterios y principios que se mencionaron anteriormente. La actualidad de los casos deja en evidencia que una problemática que cada día cuenta con mayores particularidades y abre nuevos frentes para el TEDH.

3. Conclusiones

La realización de este Trabajo de Fin de Máster me ha permitido conocer los criterios que utiliza el TEDH para declarar que una injerencia en la libertad de expresión está justificada, cuándo nos encontramos ante un discurso de odio y sus particularidades cuando el mismo ocurre en Internet. Así, se pueden alcanzar una serie de conclusiones:

Primera.- Es importante la diferenciación de categorías que realiza el TEDH sobre expresiones o declaraciones que llegan a considerarse ofensivas pero que sin embargo solo cuando cumplen con una serie de requisitos llegan a sobrepasar el umbral para considerarse discurso de odio que debe de ser combatido.

Segunda.- El tratamiento que hace el TEDH a la *Sharia* llega a adquirir un cierto carácter polémico. El TEDH debería revisar hasta qué punto la misma no actúa como semilla de futuros discursos de odio.

El Tribunal de Estrasburgo cuando trata con la misma, o con otros fenómenos semejantes, debería tener en cuenta a qué pueden dar lugar y no dejar en manos de los Estados Partes el trato de la *Sharia* sosteniendo que los mismos son los que pueden oponerse a la misma. Es decir, hasta qué punto es viable no considerar como discurso de odio unas ideas o declaraciones que a corto y largo plazo los propician, atentando gravemente contra los derechos humanos y los sistemas democráticos.

El TEDH, cuando ha tratado el negacionismo nazi, ha rehusado de cualquier tipo de expresión negacionista para evitar que se concrete en una amenaza real. Por lo que con otros tipos de discursos de odio debería aplicar también esa prevención como pilar para poner freno a los mismos.

Tercera.- En el mismo sentido, con respecto al Holocausto, se observa que el TEDH le otorga una mayor protección que a otros genocidios de igual relevancia, lo que puede deberse a cuestiones de cercanía espacio-temporales. Ahora bien, estando de acuerdo con la doctrina, todas las formas de negacionismo genocida deberían tener la misma protección. No cabe duda, que esa es la línea que sigue y seguirá el TEDH observando como el discurso de odio sobre revisionismo histórico está en auge.

Cuarta.- Por otro lado, la actualidad de la materia no permite obviar diferentes acontecimientos que han ocurrido en España y que podemos recordar y compararlos con los diferentes asuntos expuestos a lo largo del trabajo.

Así, cabe traer a colación la campaña electoral del partido político Vox durante las elecciones autonómicas de la comunidad autónoma de Madrid, la cual, para varios

sectores de la sociedad, llegaba a constituir en sí un discurso de odio frente a los menores extranjeros no acompañados. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid determinó que dicha campaña electoral era válida amparándose en que trataba “un evidente problema social y político”.

Si el *Asunto Sanchez c. Francia*, de 2 de septiembre de 2021, hubiera sido anterior a dicha campaña, la Audiencia Provincial no se hubiera pronunciado de aquella manera. En él, el TEDH expresó que aunque los partidos políticos en contexto electoral tienen una amplia libertad de expresión, usar un discurso racista o xenófobo puede contribuir a atizar el odio y la intolerancia, por lo que su impacto puede ser muy perjudicial, llegando a afectar a la dignidad y seguridad de diferentes grupos o personas. Por ello, el Tribunal de Estrasburgo expresó que los políticos tienen una responsabilidad particular en ese tipo de supuestos. Y ello, hay que ponerlo en relación con el *Asunto Pastörs c. Alemania*, de 3 de octubre de 2019, puesto que no fueron unas meras declaraciones espontáneas de carácter político, sino que fue una campaña orquestada, acentuando así su responsabilidad.

Esto deja en evidencia la necesidad de dar una respuesta homogénea para combatir un problema tan actual como es el discurso de odio, evitando así que se debiliten las democracias y se generen mayores conflictos sociales.

Quinta.- Con respecto al papel que ejerce Internet en el discurso de odio, llega a resultar complejo analizar el verdadero alcance que pueden obtener los nuevos métodos de difusión y los nuevos frentes que abre con respecto a la libertad de expresión.

Sexta.- El hecho de que el TEDH reste responsabilidad a la difusión de información a través de hipervínculos por lo que suponen, puede provocar que no se frene en la práctica el auge de estos discursos por ese trato flexible del Tribunal de Estrasburgo. De hecho, es una respuesta a corto plazo teniendo en cuenta, además, que una de las batallas del TEDH es también la desinformación y los bulos o *fake news* que se difunden en Internet, que como estamos viendo juegan un papel esencial en nuestras democracias.

Las personas que suelen difundir un discurso de odio en redes sociales no suelen hacerlo directamente a través de imágenes o textos propios, sino más bien con enlaces a vídeos o páginas web donde se encuentra el contenido en sí del discurso. Por lo que aunque ahora mismo el trato de los hipervínculos esté siendo relativamente débil, parece que la responsabilidad por la difusión de los mismos ascenderá.

Séptima.- Con respecto a las particularidades que ha establecido el TEDH para estudiar los diferentes casos, todo apunta a que avanzan en una línea correcta a pesar de

las dificultades que supone el análisis de los mismos, no ya porque Internet llega a ser un medio prácticamente ilimitado, debiendo hacer en ocasiones una valoración aproximada de su alcance o efectos, sino porque además está en constante desarrollo y evolución.

Octava.- Hay que reforzar la idea de la necesidad de una respuesta efectiva y cada día más necesaria a este tipo de discursos que están en auge gracias a las redes sociales y los medios de difusión *online*. Aunque el TEDH a través de su jurisprudencia esté gestando una respuesta armonizada a través de los principios que va incorporando en el tratamiento de los discursos de odio y sus contextos, no hay que olvidar que la raíz de los mismos se encuentran en la educación de la sociedad.

Novena.- En relación con la anterior, si queremos acabar con los discursos de odio, no debemos obviar el papel que tiene en ello la educación. Y no solo para que los mismos dejen de generarse, sino también para que dejen de difundirse y adquieran un gran alcance. El auge que están viviendo en Internet se debe también a la inexistente educación en materia de redes sociales y medios de comunicación, donde muchos usuarios ante la falta de herramientas para determinar qué es un discurso de odio o ante la creencia de no tener ningún tipo de responsabilidad acaban compartiendo un enlace o contenido, dándole así difusión.

Décima.- Y esa educación no debe plantearse únicamente con respecto a los usuarios de Internet, sino también con respecto a las autoridades nacionales y sus órganos jurisdiccionales. Todo ello con la intención de evitar que los mismos impongan, ante determinadas situaciones, medidas restrictivas en la red sin conocer verdaderamente el alcance y afección que pueden llegar a tener las mismas.

Undécima.- Por último recalcar que no cabe duda alguna de que nos encontramos ante un tema complejo y que es y será uno de los retos jurídico-sociales del siglo XXI.

4. Bibliografía

4.1. Legislación, textos normativos e institucionales

United Nations (2022). *What is hate speech?*. United Nations. Recuperado el 27 de julio de 2022 de: <https://www.un.org/en/hate-speech/understanding-hate-speech/what-is-hate-speech#:~:text=In%20common%20language%2C%20%E2%80%9Chate%20speech,that%20may%20threaten%20social%20peace.>

Consejo de Europa (2022). *El Consejo de Europa presenta un marco jurídico y político integral para combatir el discurso de odio*. Portal del Consejo de Europa. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: <https://www.coe.int/es/web/portal/-/council-of-europe-proposes-a-comprehensive-legal-and-policy-framework-to-combat-hate-speech>

Comité de Ministros (2022). *Recomendación CM/REC(2022)16 del Comité de Ministros de los Estados Miembros para combatir el discurso de odio*. Portal del Consejo de Europa. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a67955

Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (2021). *Encouraging hate crime reporting – The role of law enforcement and other authorities*. FRA, 07/07/2021. Recuperado el 19 de septiembre de 2022 de: <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/hate-crime-reporting>

Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (2021). *Informe sobre los derechos fundamentales 2021*. Viena, 10/06/2021. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-report-2021-opinions_es.pdf

Resolución 2016 A (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de diciembre de 1965. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Recuperada el 6 de septiembre de 2022 de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2015). *Recomendación núm.15 de Política General sobre la lucha contra el discurso de odio*. Portal del Consejo de Europa. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de:

<https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/recommendation-no.15>

Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. *Boletín Oficial del Estado*, 328, de 6 de diciembre de 2008. PP.55-58.

Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. *Boletín Oficial del Estado*, 26, de 30 de enero de 2015. PP.7214-7224.

Council of Europe (2003). *Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalization of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*. Strasburg, 28/01/2003. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: <https://rm.coe.int/16800d37ae>

Comité de Ministros (1997). *Recomendación 20 del Comité de Ministros sobre el “Discurso de Odio”*. Portal del Consejo de Europa. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, 103, de 30 de abril de 1977. PP.9337-9343.

Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia). *Boletín Oficial del Estado*, 118, de 17 de mayo de 1969. PP.7462-7466.

Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. *Boletín Oficial del Estado*, 34, de 8 de febrero de 1969. PP.1944-1945.

4.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

4.2.1. Base de datos y guías jurisprudenciales

HUDOC (2022). *HUDOC European Court of Human Rights* [Base de datos]. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22%22CHAMBER%22%7D>

ECtHR (2022). *Hate speech*. European Court of Human Rights. https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf

ECtHR (2021). *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*. European Court of Human Rights. https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf

ECtHR (2021). *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*. European Court of Human Rights. https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_10_eng.pdf

4.2.2. Asuntos

Bonnet c. Francia (Dec.), núm.35364/19, TEDH 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216050>

Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria, núm.39378/15, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213914>

Yefimov y Youth Human Rights Group c. Rusia, núm.12385/15 y 51619/15, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213913>

Sanchez c. Francia, núm.45581/15, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211777>

Dareskizb Ltd c. Armenia, núm.61737/08, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211813>

Z.B. c. Francia, núm.46883/15, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211600>

Erkizia Almandoz c. España, núm.5869/17, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210492>

Asociación Accept y otros c. Rumanía, núm.19237/16, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210362>

Kilin c. Rusia, núm.10271/12, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209864>

Société Éditrice de Mediapart y otros c. Francia, núm.281/15, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207357>

OOO Flavus y otros c. Rusia, núms.12468/15 y otros dos, TEDH 2020. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203178>

Bulgakov c. Rusia, núm.20159/15, TEDH 2020.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203181>

Engels c. Rusia, núm.61919/16, TEDH 2020.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203180>

Vladimir Kharitonov c. Rusia, núm.10795/14, TEDH 2020.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203177>

Rodina c. Letonia, núms.48534/10 y 19532/15, TEDH 2020.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202437>

Lilliendahl c. Islandia (Dec.), núm.29297/18, TEDH 2020.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203199>

Atlintas c. Turquía, núm.50495/08, TEDH 2020.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201897>

Atamanchuk c. Rusia, núm.4493/11, TEDH 2020.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200839>

Beizaras y Levickas c. Lituania, núm.41288/15, TEDH 2020.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200344>

Tagiyev y Huseynov c. Azerbaiyán, núm.13274/08, TEDH 2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198705>

López Ribalda y otros c. España (GS), núms.1874/13 y 8567/13, TEDH 2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-197098>

Pastörs c. Alemania, núm.55225/14, TEDH 2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196148>

Simunic c. Croacia (Dec.), núm.20373/17, TEDH 2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189769>

Otegi Mondragón y otros c. España, núms.4184/15 y otras 4, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-187510>

Kaboglu y Oran c. Turquía, núms.1759/08 y otros dos, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187565>

Savva Terentyev c. Rusia, núm.10692/09, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-185802>

Denisov c. Ucrania (GS), núm.76639/11, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186216>

Egil Einarsson c. Islandia, núm.31221/15, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184672>

M.L. y W.W. c. Alemania, núm.65599/10, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183947>

Roi TV A/S c. Dinamarca (Dec.), núm.24683/14, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6092430-7852147>

Nix c. Alemania (Dec.), núm.35285/16, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6051305-7779982>

Stern Taulats y Roura Capellera c. España, núms.51168/15 y 51186/15, TEDH 2018. <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-182461>

Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia c. Grecia, núm.72562/10, TEDH 2018. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181295>

Smajic c. Bosnia y Herzegovina (Dec.), núm.48657/16, TEDH 2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5999255-7685303>

Tamiz c. Reino Unido (Dec.), núm.3877/14, TEDH 2017. Párr.90.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178106>

Belkacem c. Bélgica (Dec.), núm.34367/14, TEDH 2017.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5795519-7372789>

Medzlis Islamske Zajednice Brcko y otros c. Bosnia y Herzegovina (GS), núm.17224/11, TEDH 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175180>

Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy c. Finlandia (GS), núm.931/13, TEDH 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175218>

Pihl c. Suecia (Dec.), núm.74742/14, TEDH 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5650866-7156310>

Kapsis y Danikas c. Grecia, núm.52137/12, TEDH 2017.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170368>

Cicad c. Suiza, núm.17676/09, TEDH 2016. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163453>

Bédat c. Suiza (GS), núm.56925/08, TEDH 2016.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161898>

Jöcks c. Alemania (Dec.), núm.23560/02, TEDH 2016.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73073>

Sousa Goucha c. Portugal, núm.70434/12, TEDH 2016.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161527>

Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index Hu ZRT c. Hungría, núm.22947/13, TEDH 2016. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-160314>

Gengiz y otros c. Turquía, núms.48226/10 y 14027/11, TEDH 2015.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158948>

Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia (GS), núm.40454/07, TEDH 2015. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158861>

Perinçek c. Suiza (GS), núm.27510/08, TEDH 2015.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235>

Dzhugashvili c. Rusia, núm.41123/10, TEDH 2014.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150568>

Tierbefreier E.V. c. Alemania, núm.45192/09, TEDH 2014.
<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-140016>

Delfi AS c. Estonia (GS), núm.64569/09, TEDH 2013.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-8960>

Eon c. Francia, núm.26118/10, TEDH 2013.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117137>

Ahmet Yildirim c. Turquía, núm.3111/10, TEDH 2012.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115705>

Aksu c. Turquía (GS), núm.4149/04 y 41029/04, TEDH 2012.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109577>

Axel Springer SE y RTL Television GmbH c. Alemania (GS), núm.39954/08, TEDH 2012. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034>

Von Hannover c. Alemania (GS), núms.40660/08 y 60641/08, TEDH 2012.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029>

Mosley c. Reino Unido, núm.48009/08, TEDH 2011.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104712>

Flinkkilä y otros c. Finlandia, núm.25576/04, TEDH 2010.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98064>

Wrona c. Polonia, núm.23119/05, TEDH 2010.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96433>

Féret c. Bélgica, núm.15615/07, TEDH 2009.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93626>

Leroy c. Francia, núm.36109/03, TEDH 2008.
<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-88657>

Soulas y otros c. Francia, núm.15948/03, TEDH 2008.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87370>

Vajnai c. Hungría, núm.33629/06, TEDH 2008.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87404>

Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, núm.68354/01, TEDH 2007.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79213>

Brasilier c. Francia, núm.71343/01, TEDH 2006.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73200>

Karhuvaara e Iltalehti c. Finlandia, núm.53678/00, TEDH 2004.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67457>

Chauvy y otros c. Francia, núm.64915/01, TEDH 2004.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61861>

Von Hannover c. Alemania, núms.59320/00, TEDH 2004.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61853>

Magyar Jeti Zrt c. Hungría, núm.32396/96, TEDH 2001.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59127>

Bergens Tidende y otros c. Noruega, núm.26132/95, TEDH 2000.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58797>

Smith y Grady contra Reino Unido, núms.33985/96 y 33986/96. TEDH 1999.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58408>

Sürek y Özdemir c. Turquía (GS), núm.26682/95, TEDH 1999.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58278>

Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega (GS), núm.21980/93, TEDH 1999.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63020>

Lehideux e Isorni c. Francia, núm.24662/94, TEDH 1998.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58245>

Jersild c. Dinamarca (GS), núm.15890/89, TEDH 1994.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57891>

W. c. Reino Unido (Pleno), núm.9749/82, TEDH 1987.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57600>

Lingens c. Austria (Pleno), núm.9815/82, TEDH 1986.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523>

Silver y otros c. Reino Unido, núms.5947/72 y otros seis, TEDH 1983.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57577>

Handyside c. Reino Unido (Pleno), núm.5493/72, TEDH 1976.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165143>

4.3. Referencias doctrinales

Alcácer Guirao, R. (2013). Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97. PP.312, 320, 324, 325 y 338.

Atienza Ramírez, M. (2007). Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 3. PP.65-67.

Bernal Ramírez, E. J. (2016). La libertad de expresión en la Internet. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 10. P.173.

Betoni, E. A. (2007). *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*. Buenos Aires, Editores del Puerto. P.179.

Boix Palop, A. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos*, 173. P.58.

Bustos Gisbert, R. (2005). *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art.10 CEDH). La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Madrid, CEPC. P.555.

Carrillo Salcedo, J.A. (2004). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tecnos. PP.30-32.

Díez Bueso, L. (2018). La libertad de expresión en las redes sociales. Implicaciones jurídicas de los usos y comentarios efectuados a través de las redes. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 27. P.10.

Eguiguren Praeli, F. (2012). *Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo. El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona, Civitas-Thompson Reuters. P.192.

Esquivel Alonso, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 35. Recuperado el 6 de septiembre de 2022 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5972275&orden=0&info=link>

Falxa J. (2015). *Redes sociales y discursos de odio: Un enfoque europeo*. Moderno discurso penal y nuevas tecnologías: Memorias (del) III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales. P.3.

Ferreres Comella, V. (2008). *La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Madrid, Congreso de los Diputados. P.1175.

García Roca, J. (2009). *Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17 CEDH). La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Madrid, CEPC. PP.737 y 748.

García San José, D.I. (2022). *Libertad de expresión 4.0 en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch.

García San José, D.I. (2003). Significado y alcance jurídico del derecho a la intimidad en el sistema europeo de protección de derechos humanos. *Revista del Poder Judicial*, 70.

García San José, D.I. (2001). La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico. *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, 57.

García Santos, M. (2017). El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Comillas Journal of International Relations*, 101027-046. PP.28, 29 y 37.

Jubany, O. and Roiha, M. (2015). *Backgrounds, Experiences and Responses to Online Hate Speech: A Comparative Cross-Country Analysis*. PRISM. P.16.

López Gutiérrez, J.; Fernández Villazala, T. et al. (2021). *Informe de la encuesta sobre delitos de odio*. Gobierno de España. Ministerio de Interior. P.63.

Mahoney, P. (1990). Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin. *Human Rights Law Journal*, vol.11, 1-2. PP.57 y ss.

Martín Herrera, D. (2014). Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio. *Estudios de Deusto*, 62 (2). PP.8, 9 y 21.

Petit de Gabriel, E.W. (2022). *El abuso del derecho ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿cuestión procesal o sustantiva?*. La Ley. P.11.

Presno Linera, M. (2020). La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61. PP.68-70 y 73.

Revenga Sánchez, M. (2008). *La libertad de expresión y sus límites*. Estudios, Grijley, Perú. P.24.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2017). *Hate speech y sociedad de la información: La difusión del odio en Internet y las redes sociales. Sobre la libertad de expresión y el discurso de odio: Textos críticos*. Sevilla: Athenaica. PP.40 y 140.

Rollnert Liern, G. (2020). Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 31. PP.3-7 y 9.

Sierra González, Á. (2007). Los discursos del odio. Cuadernos del Ateneo, 24. P.5.

Teruel Lozano, G.M. (2018). Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3. P.25.

Teruel Lozano, G.M. (2015). *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. P.93.