



Trabajo de Fin de Grado

GRADO EN DERECHO

**“Límites a la libertad de expresión y el
discurso del odio en la jurisprudencia del
TEDH”**

Presentado por:

Beatriz Palacios Gómez

Tutelado por:

M^a Aranzazu Moretón Toquero

Segovia, 26 de octubre de 2018

“La libertad de opinión y expresión, que es sagrada, sólo puede existir en el contexto y el caldo de cultivo del decoro, la buena educación, el buen gusto y el respeto a la dignidad de las personas”.

Fernando Sánchez Dragó

RESUMEN:

En la actualidad están emergiendo movimientos que predicán la intolerancia mediante mensajes humillantes y discriminadores, que componen el Discurso del odio o “hate speech”, hacia determinados grupos de personas históricamente discriminadas por motivos de raza, etnia, género u orientación sexual. Dichos mensajes constituyen el reverso de la libertad de expresión que impone límites a su ejercicio para la protección de otros bienes jurídicos y derechos como la dignidad. La libertad de expresión constituye el valor supremo de la democracia y, es por ello, que cualquier debate respecto a sus límites debe estar perfectamente justificada. Entorno a los límites a la libertad de expresión y el discurso del odio, no hay consenso y encontramos diferentes posturas a nivel internacional, por ello se va a exponer la jurisprudencia del TEDH en materia del discurso del odio en los últimos diez años, con el objetivo de valorar sus criterios jurisprudenciales.

ABSTRACT:

At present, movements are emerging that preach intolerance through humiliating and discriminatory messages, which make up the hate speech, towards certain groups of people historically discriminated against on the grounds of race, ethnicity, gender or sexual orientation. These messages constitute the reverse of freedom of expression which imposes limits on its exercise for the protection of other legal goods and rights such as dignity. Freedom of expression is the supreme value of democracy, and any discussion of its limits must therefore be perfectly justified. Around the limits of freedom of expression and hate speech, there is no consensus and we find different positions at the international level, so we will expose the jurisprudence of the ECHR on hate speech in the last ten years, with the aim of assessing its jurisprudential criteria.

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión, democracia, discurso del odio, TEDH, dignidad, límites.

KEY WORDS: freedom of expression, democracy, hate speech, ECHR, dignity, limits.

ABREVIATURAS:

Art.: Artículo.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CERD: Comité para la eliminación de la discriminación racial.

CIRD: Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio.

CP: Código Penal.

ECRI: Comisión europea contra el racismo y la intolerancia.

FJ: Fundamento Jurídico.

ICCDR: Pacto internacional de derechos Civiles y políticos.

ICERD: Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

INACH: International Network against Cyberhate.

P.: Página.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

ÍDICE

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 6 |
| 2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN | 8 |
| 2.1) <i>El valor de la libertad de expresión</i> | 8 |
| 2.2) <i>La libertad de expresión desde la óptica de constitucionalismo español</i> | 11 |
| 2.2) La libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos..... | 14 |
| 2.2.1) <i>Límites a la Libertad de expresión.</i> | 17 |
| 2.3.) <i>La libertad de expresión en las democracias Constitucionales. “Democracia militante” v. “democracia tolerante”.</i> | 19 |
| 3. EL DISCURSO DEL ODIO | 22 |
| 3.1) <i>Concepto</i> | 22 |
| 3.2) <i>La lucha contra el odio y la discriminación en los instrumentos internacionales.</i> | 27 |
| 3.3) <i>Breve exposición de las diferencias entre el discurso de odio en Europa y en EEUU</i> | 29 |
| 4. JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DEL DISCURSO DEL ODIO | 31 |
| 4.1) <i>Caso Soulas y otros contra Francia. STEDH de 10 de julio de 2008.</i> | 31 |
| 4.2) <i>Caso Vejdeland y otros contra Suecia. STEDH de 9 de febrero de 2012.</i> | 35 |
| 4.3) <i>Caso Feret contra Bélgica. STEDH de 4 de noviembre de 2008.</i> | 37 |
| 4.4) <i>Caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España. STEDH de 13 de marzo de 2018.</i> .. | 40 |
| 4.5) <i>Caso Balsytė-Lideikiene contra Lituania. STEDH de 4 de noviembre de 2008:</i> | 43 |
| 5. CONCLUSIONES | 47 |
| RECURSOS ELECTRÓNICOS | 50 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 50 |
| JURISPRUDENCIA CONSULTADA | 54 |

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente están emergiendo en nuestra sociedad movimientos que predicán la intolerancia, a través de mensajes humillantes y discriminatorios hacia determinados grupos de personas históricamente discriminadas por motivos de raza, etnia, género, orientación sexual. Es por ello que, uno de los temas más discutidos en relación a los posibles límites y, que representa el reverso de la libertad de expresión que es necesario castigar, se pone de manifiesto cuando está en juego el discurso del odio o “hate speech”.

Podemos afirmar que el sistema de democracia occidental se ha creado sobre las bases de libertad de expresión y de opinión, hasta el punto de que la relación entre ellas (libertad de expresión y democracia) es tan simbiótica que cualquier debate sobre los límites a la libertad de expresión pone en juego los pilares de la democracia, actuando la libertad de expresión como un barómetro para medir la democracia en un país. Es por ello, que las limitaciones a la libertad de expresión, cuando la misma colisiona con otros derechos, suponen excepciones tienen que estar perfectamente justificadas.

Como resultado del discurso del odio, ciertas personas ven mermada su personalidad, lo que les impide actuar desenvueltamente en la vida habitual y participar en la democracia, es por ello que se requieren respuestas sociales, legales y políticas, que no pueden atacarse únicamente desde el Derecho Penal.

La cuestión de que discurso puede o debe estar prohibido sobre la base que incita a otros a odiar, es un tema de gran controversia y debate mundial. Sin embargo, el presente trabajo tiene por objeto valorar el estándar y la postura de protección seguidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando colisionan la libertad de expresión y el igual derecho la dignidad humana ante discursos intolerantes y discriminatorios.

En el trasfondo del discurso del odio, se sitúan diversas concepciones de libertad de expresión, en atención a si los sistemas democráticos optan por una libertad de expresión liberal positiva o negativa.

¿Cuál es el valor y los límites de la libertad de expresión?, ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar para combatir a los enemigos de los valores del sistema?, ¿cómo se identifica el discurso del odio?, ¿cuál sería la sanción justa y proporcional al daño causado?

En primer lugar, se va a exponer el valor de la libertad de expresión y sus límites en las sociedades democráticas desde la óptica del constitucionalismo español y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). En segundo lugar, se mostrarán las diferentes formas de tratamiento que se dan a la libertad de expresión dependiendo de si los sistemas son más militantes o tolerantes, y el valor que se le da a la dignidad frente a la libertad de expresión en cada uno de ellos. En tercer lugar, definiré el concepto de discurso del odio. En cuarto y último lugar, expondré la jurisprudencia de los últimos diez años respecto al discurso del odio, en el contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1) *El valor de la libertad de expresión*

La libertad de expresión es un derecho fundamental de las personas. Está íntimamente relacionada con la libertad de conciencia e ideológica debido a que éstas solo pueden estar garantizadas completamente si cada individuo tiene la posibilidad de manifestar sus convicciones tanto en la esfera pública como en la privada.¹ Tal y como afirma el TEDH, “la libertad de expresión constituye una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona”.

Así, la emblemática Declaración Universal de Derechos Humanos ha establecido que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión y que este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. En definitiva, el derecho a tener una opinión libre y a poder expresarla sin censura alguna. Asimismo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos ha establecido que la libertad de expresión es el camino esencial para “la formación de una opinión pública libre, lo cual es fundamento del pluralismo y de la democracia”.

El valor de la libertad de expresión en un sistema democrático se concibe atendiendo a cuatro premisas básicas derivadas de diversos argumentos:

En primer lugar, “la dignidad humana y la autonomía individual”. La libertad de expresión es considerada fundamental para conseguir la autorrealización a nivel individual y el desarrollo de la personalidad (lo cual es el fin del propio hombre), para ello, el hombre, dispone de reconocida la autonomía de la voluntad. Para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el hombre, tiene a su disposición un sistema de libertades entre las que se incluye la libertad de expresión. Es por lo que negar la libertad de pensamiento u opinión de la persona supone un atentado contra su naturaleza.

¹ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. “Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. CEFD n.21(2010) ISSN: 1138-9877, 2010, p. 91.

En segundo lugar, “la búsqueda de la verdad”. La libertad de expresión es fundamental para el progreso del conocimiento y el encuentro de la verdad y, para alcanzar esta última, se requiere una búsqueda de alternativas y de opiniones diversas con las que poder cotejar el juicio propio. El debate de ideas debe, por tanto, permanecer abierto ya que se ha demostrado en diversas ocasiones que ciertas opiniones que eran consideradas verdaderas, más tarde se han estimado falsas y viceversa. Dicha lógica resulta del mismo modo aplicable tanto a la búsqueda de la verdad personal como colectiva.

El entendimiento de la libertad de expresión como búsqueda de la verdad, recuerda a uno de los mayores defensores de la libertad de expresión como es John Stuart Mill. Nos mostró la idea del “mercado de ideas”, pensamiento que ha sido defendido por los sistemas de democracias militantes y que aparece asimismo forjado en la sentencia norteamericana *Abrams v. United States* por el Juez Holmes. En dicha sentencia Holmes se pronunció diciendo que “La persecución de opiniones me parece perfectamente lógica. Si no tienes dudas sobre tus premisas o sobre tu poder y quieres un cierto resultado con todo tu corazón, naturalmente expresas tus deseos en la ley y eliminas toda oposición... Pero cuando los hombres se dan cuenta de que el tiempo contraría muchas de las creencias por las que lucharon... comienzan a creer que el último bien deseado se alcanza mejor mediante el libre comercio de ideas... y, que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden realizarse de forma segura”.

En tercer lugar, “el autogobierno y la legitimidad de las decisiones mayoritarias”. La libertad de expresión es considerada como fundamento esencial para permitir la participación de todos en la toma de decisiones (especialmente políticas). Así, como señala Emerson, si se acepta el indicio de que el poder de los gobiernos deviene del consentimiento de los gobernados, debe aceptarse también que los gobernados, para dejarse consentir, tienen que disponer del libre ejercicio de libertad de expresión tanto para emitir ideas individuales como colectivas. En todas las democracias modernas, aparecen como fundamentos esenciales tanto la soberanía popular como el libre derecho de cada individuo a participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad, las cuales no son únicamente de carácter político sino que también engloban decisiones de carácter cultural u organizativas.

En definitiva, la libertad de expresión es condición necesaria de la “legitimidad política democrática”, lo que se traduce en que los gobernados para dejarse gobernar por el Estado tienen que disponer tanto de voz como de voto.

En cuarto y último lugar, la libertad de expresión constituye el adecuado mecanismo para conseguir una comunidad más estable en la que oír las diferentes opiniones y llegar a un necesario consenso. Ello es así porque no se puede sustituir la fuerza por la razón mediante la supresión de la discusión. Al mismo tiempo, esto promueve una mayor unión social ya que los individuos estarán preparados para aceptar decisiones que van en su contra.²

Por todo lo anteriormente expuesto, independientemente de los presupuestos teóricos que partamos (ya sea desde la perspectiva liberal que concibe la libertad de expresión como derecho necesario para garantizar la libertad individual, desde la perspectiva epistémica que considera la libertad de expresión como premisa necesaria en la búsqueda de la verdad o desde perspectivas cercanas al republicanismo que sitúan la libertad de expresión como condición de posibilidad de la democracia), la libertad de expresión indudablemente ocupa y seguirá ocupando un lugar central en los fundamentos del Estado y las democracias modernas.

¿Es legítimo establecer límites a la libertad de expresión?

El objetivo del presente trabajo no es ahondar en los fundamentos teóricos de la libertad de expresión directamente, sino más bien considerar los límites que deberían imponerse a la libertad de expresión. Ya sea para evitar riesgos (fruto de su uso ilimitado) o para conseguir otros objetivos socialmente valiosos.

Así Emerson estableció que, para la salvaguarda del derecho de libertad de expresión, se requiere un “fuerte compromiso con el derecho y la base más estrecha posible para el establecimiento de sus límites”³.

Todas las sociedades democráticas pese a su compromiso con la libertad de expresión, consagrándola como derecho fundamental, han reprimido la misma en atención a la aparición de diversos discursos, alegando que los mismos presentan un peligro para la protección de otros bienes jurídicos.

Recientemente se apela a la limitación de la libertad de expresión invocando la idea de justicia y e igualdad o en concreto en atención a la protección de otros derechos o a no

² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, páginas 107-113.

³ *Ibidem*, p. 114.

sufrir atentadas contra su dignidad sobre la base de su raza, religión, orientación sexual o similares⁴. Es por ello, que en los sub-epígrafes siguientes vamos a ver el valor de la libertad de expresión tanto en la CE como en el CEDH, así como los límites que imponen ambos ordenamientos cuando la misma tiene por objeto emitir discursos intolerantes, ya que como bien afirma J.M. BILBAO UBILLOS, “la tolerancia con los intolerantes es una actitud suicida”, por lo que se considera legítima la imposición de ciertos límites a mensajes debido a su contenido.

2.2) La libertad de expresión desde la óptica de constitucionalismo español

La Libertad de expresión se encuadra dentro de una multitud de derechos que fueron reconocidos en el constitucionalismo más prematuro, como consecuencia de las declaraciones revolucionarias surgidas durante el siglo XVIII. Como la mayoría de derechos que se reconocieron en dicho periodo, es un derecho de libertad cuyo cometido era el de definir la libertad de expresión frente al Estado, lo que se traduce en que el Estado tiene un deber de no injerencia en el libre ejercicio del derecho de libertad de expresión.⁵

Asimismo la libertad de expresión es un derecho fundamental que goza de irrefutable posición preferente y su libre ejercicio es considerado como medio básico para el desarrollo del ser humano como tal, y en colectividad.⁶

Se regula en el art 20.1 de la CE que engloba un amplio abanico libertades como son la libertad de “expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones por medio de la palabra, escrito o cualquier medio de reproducción (art. 20.1a)”, “libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica (20.1b)”, “libertad de cátedra (20.1c)”, y “libertad de comunicar información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1d)”.

⁴ *Ibidem*, p.115.

⁵ LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMPES, Pablo; SATRÚSTEGUI, Miguel. “El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos”, Derecho Constitucional Volumen 1, 11ª edición, Tirant lo Blanc, 2018, Valencia, p. 254.

⁶ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio”, p. 322.

En el presente trabajo, no se pretende abordar todo el contenido de la libertad de expresión, sino únicamente lo que el TC ha definido “libertad de expresión en sentido estricto”⁷, “libertad de opinión”⁸ o simplemente “libertad de expresión”⁹. Para ello nos vamos a centrar en las libertades reconocidas en la letra a) del art. 20.1, ya que es el acto de comunicación regulado en esa letra el que pudiera colisionar con otros derechos protegidos por el llamado “discurso del odio”, que veremos más adelante.

En cuanto al objeto de la libertad de expresión, se podría definir como la denominada “comunicación ideológica”, que es el acto por el que se transmiten los pensamientos, ideas y opiniones incluyendo tanto las apreciaciones como los juicios de valor. En esta coyuntura es necesario destacar que lo que aquí se protege no es únicamente la difusión o la posibilidad de comunicar pensamientos, ideas y opiniones favorables, inofensivas o indiferentes, sino que también se salvaguardan “aquellas opiniones que puedan perturbar o molestar al Estado o a una parte de la población”¹⁰. No obstante, no se deberá usar dicha fórmula como herramienta para atentar contra la dignidad u el honor de las personas ya que “en ningún caso pueden estar protegidas por la libertad de expresión las expresiones formal y evidentemente injuriosas y vejatorias que, además, resultan innecesarias para la expresión de la opinión o crítica”.¹¹ Por lo tanto, el TC, a pesar de considerar la libertad de expresión como un derecho “preferente” susceptible de expresar opiniones que no gusten y puedan molestar el Estado o a la población, reconoce que dicha libertad debe ceder cuando estén en juego otros derechos personales como la dignidad el derecho al honor.

La clave, por tanto, subyacerá en diferenciar el discurso procaz y crítico que no atenta contra la dignidad, frente a aquellas expresiones nocivas y vejatorias que conforman el discurso del odio y que atentan contra la dignidad.

Entendemos, por tanto, que su condición de derecho “inatacable” por los demás y especialmente por los poderes públicos, no lo convierte en ilimitado. Es por ello que el art. 20.4 ha establecido que la libertad de expresión tiene sus límites en “los derechos

⁷ STC 51/1989, de 22 de febrero.

⁸ STC 104/1989, de 17 de julio.

⁹ STC 199/1987, de 16 de diciembre.

¹⁰ STC 85/1992 de 8 de junio .FJ4

¹¹ STC n.º 204/2001 de 15/10/2001

reconocidos en este título (título I, de la CE) y las leyes que los desarrollan” y además expresamente en relación a la protección de otros derechos fundamentales y en especial el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Moviéndonos en el campo de las limitaciones taxativas (establecidas en el art. 20.4) a la libertad de expresión, cabe preguntarse: *¿Cómo se limita la libertad de expresión frente a discursos intolerantes constitutivos del discurso del odio?*. Por su naturaleza, dichos discursos no pueden encontrar su restricción únicamente en atención a la protección del derecho al honor¹², ya que dichos discursos entendidos como un abuso de la libertad de expresión, crean situaciones potencialmente indignas que denigran al ser humano.

Por ello el TC, para restringir la libertad de expresión, no interpreta el art. 20.4 de manera absoluta, y aplica el sistema de ponderación seguido por Europa¹³, según el cual se entiende la libertad de expresión como pieza fundamental del sistema democrático, pero se consideran determinadas restricciones en atención a la aparición de otros intereses o bienes jurídicos no recogidos en el art. 20.4, empleando un sistema flexible y casuístico en el que se valoran como criterios concluyentes, tanto la proporcionalidad de la restricción, como el método de ponderación respecto a los intereses del conflicto.¹⁴

Así pues, cabe concluir que el carácter “preferente” que dota al derecho de libertad de expresión nuestra Carta Magna, no implica que el derecho sea absoluto, limitándose su ejercicio en determinados supuestos y cuando se den una serie de condiciones. Es por ello que el TC dejó sentado en la *Sentencia 214/199 (asunto Violeta Friedam)* que “ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones,

¹² El derecho al honor es un derecho fundamental relacionado con la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Se encuadra dentro de la esfera privada de la persona y constituye un bien integrante de los derechos de personalidad del individuo. Véase: <http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/d/derecho-al-honor/derecho-al-honor.htm>

¹³ Así lo destaca también Díez Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª, 2005, 328 y el pleno propio del Tribunal en la STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3, citando la STC 158/2003 de 15 de septiembre, FJ 3: “este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en torno a los casos que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ2)”

¹⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p.272.

expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que tal y como se dispone en el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y, ello es contrario no solo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como la dignidad humana”.

2.2) La libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

La libertad de expresión se regula en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en un contexto histórico de una Europa golpeada por la Segunda Guerra Mundial. Al igual que en nuestro ordenamiento, la libertad de expresión en el CEDH es considerada como un derecho fundamental.

El Convenio ha sido modificado en diversas ocasiones por diferentes protocolos que han incorporado nuevos derechos y garantías al inicial. Además, ha aumentado cada vez más el número de Estados miembros hasta abarcar prácticamente la totalidad del continente europeo. Esto produce que, cuando el TEDH analiza determinados casos, la conformidad con respecto a las valoraciones de los mismos varía profundamente de un país a otro ya que cada uno de ellos tiene sus propias condiciones históricas y culturales particulares. En este sentido, y a modo de ejemplo, podemos decir que el TEDH no puede realizar una misma interpretación respecto a la penalización por la comisión de un delito de negacionismo¹⁵ en España que en Alemania¹⁶.

El CEDH en su artículo 10, y bajo el fundamento de la democracia y pluralismo, define libertad de expresión de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que

¹⁵ Se conoce como delito de negacionismo, aquel que castiga a los ciudadanos que niegan la importancia o la mera realidad del Holocausto.

El TEDH, no tiene poder para condenar un ciudadano por el delito de negacionismo, si su Estado no ha reconocido el negacionismo como delito.

¹⁶ Es por ello, que para valorar las injerencias que hacen los organismos judiciales estatales respecto al libre ejercicio de libertad de expresión, el TEDH debe cotejar si la injerencia está prevista en una ley nacional.

pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”

En el mencionado artículo vemos que, a diferencia de lo establecido en la CE, la cual diferencia la libertad de expresión e información, (en las letras a) y d) del art. 20.1 respectivamente), define la libertad de expresión e información de manera conjunta y en un mismo concepto, integrando dentro de la libertad de expresión tanto la libertad de opinión como la libertad de recibir o expresar información. Así, de acuerdo con este tenor, el TEDH se pronunció en la sentencia *Sunday Times v. Reino Unido (1980)*¹⁷, instaurando que la “libertad de expresión es uno de los elementos claves para el desarrollo de la democracia”, y que a esa labor, se suma la del “derecho público de recibirla”, derivando por tanto el derecho público fundamental a recibir información del derecho del comunicador a expresarla.¹⁸

Al separar los términos de libertad de expresión y derecho a la información, pero englobando el segundo dentro del primero, el TEDH ha insistido en la necesidad de diferenciar entre “hechos” y “juicios de valor”, ya que los primeros podrían ser probados pero los segundos no. Así, en sus palabras y, en concreto, en el asunto *Lingens vs Austria*, el TEDH hizo una distinción entre el objeto de la libertad de información, el cual necesariamente tenía que incluir el hecho o dato y el objeto de la libertad de expresión que tendría que reunir la idea y el juicio de valor.¹⁹

El punto de partida sobre el que se configura la libertad de expresión en el Convenio es la “función social de la libertad de expresión”, idea que encontramos reflejada en la *sentencia Soulas et autres c. France*²⁰ y constituye la filosofía base de la jurisprudencia del TEDH.²¹ Dicha función demanda una necesidad de actuación por parte de los poderes públicos, para

¹⁷ *Sunday Times v. Reino Unido*, 2 EHRR (1980), 245.

¹⁸ FREIXES SANJUÁN, Teresa., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, vol. 15, 200, p. 465.

¹⁹ PAUNER CHULVI, Cristina.” La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC” en *Revista de estudios europeos* N°58, p.7.

²⁰ TEDH: Sentencia Soulas et France, 10 de julio 2008, para.34.

²¹ SAURA FREIXES, Nuria. *Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los derechos humanos. Cuadernos de derecho constitucional*. Bosch Constitucional. Barcelona,2015, p.17.

la salvaguarda de los derechos fundamentales, la defensa de una sociedad democrática y para garantizar el libre ejercicio de los derechos.

Así en la célebre sentencia *Handyside v. Reino Unido (1979)*²², se ha establecido que, con sujeción a lo dispuesto en el art. 10, “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona”, lo que exigirá al Tribunal un deber de protección “no solo a las informaciones o ideas recibidas de forma favorable o contempladas como inofensivas o indiferentes, sino todas aquellas capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población, porque así lo requiere el pluralismo, la democracia, y la amplitud de miras”.

De lo mencionado, desprendemos que el TEDH ha realizado la protección de la democracia, en dos perspectivas; como derecho subjetivo- personal y en su dimensión objetiva, como origen de la democracia.²³ Por tanto cuando el CEDH define la libertad de expresión, no solo la protege en su soporte democrático y social, sino que también reconoce su amparo como derecho individual.

No obstante en el CEDH también se establecen límites a la libertad de expresión, así, el art. 10, al igual que hace la CE, también establece ciertos límites a la libertad de expresión en su apartado segundo. Así, el TEDH estipula que, para que dichas barreras a la libertad de expresión sean legítimas, deben estar reguladas por una ley, ser una medida necesaria para el buen funcionamiento de una sociedad democrática y perseguir uno de los fines legítimos que, según el artículo 10.2 serían “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial ”.

No obstante, debe hacerse notar que dicha fórmula no resuelve el problema respecto a las limitaciones a la libertad de expresión ya que, en Europa, existen diversas sensibilidades en cuanto a la colisión entre la libertad de expresión y otros bienes o valores constitucionales como la dignidad humana y/o la igualdad o más en general al plantearse el

²² *Handyside v. Reino Unido* 1EHRR (1979),737.

²³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p229.

conflicto entre la libertad de expresión y la defensa de la democracia. Es por ello que en el siguiente epígrafe se va a explicar cómo actúa el TEDH a la hora de valorar las injerencias a la libertad de expresión.

2.2.1) Límites a la Libertad de expresión.

Hemos visto anteriormente las limitaciones que impone tanto la CE como el CEDH a la libertad de expresión pero, en este punto, cabe preguntarse, *¿Cuáles son los métodos empleados por el TEDH, para valorar las injerencias al libre ejercicio de la libertad de expresión?*

En este punto el TEDH va a tener que valorar si las injerencias dadas por los diferentes órganos judiciales internos están justificadas. Para ello, éste se va a servir de dos métodos fundamentales, los cuales han configurado la manera de proceder en sus sentencias.

El primer método consiste en la aplicación del artículo 17 del CEDH en el que se prohíbe el abuso de poder de la siguiente manera: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

Lo que se persigue mediante la práctica de esta disposición, es evitar el posible beneficio por parte de ciertos grupos totalitarios que, amparándose en los derechos y libertades reconocidas en el Convenio, utilicen los últimos en beneficio de sus propios intereses.²⁴

Hasta los años 80 y con el asunto “*X c. República Federal Alemana de 16 de julio de 1982*” el Tribunal no puso en práctica la aplicación del art. 17²⁵. Simplemente se limitaba a aplicar la ponderación establecida en el 10.2 que veremos a continuación. Para algunos autores, la introducción de éste art. se considera como una forma de restringir la libertad de expresión (acercándose más a la aplicación de sistemas de libertad de expresión que optan por la tolerancia-cero, ante discursos que atentan contra los valores del sistema), ya que no

²⁴ STEDH 14 de marzo de 2013, *Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*, apartado 103.

²⁵ Posteriormente el TC, se sirvió del art. 17 para la STC 214/1991, de 11 de noviembre en el caso *Violeta Friedm.*

entra a valorar la injerencia al caso concreto, limitándose a aplicar únicamente dicho artículo sin considerar el fondo del asunto.

El segundo método consiste en la aplicación del artículo 10.2 del CEDH mediante la práctica del llamado “test de Estrasburgo”, con el que el Tribunal, en cada caso, deberá valorar tres requisitos:

- “Previsión legal de injerencia”²⁶. En éste sentido la injerencia debe estar dispuesta por una ley nacional determinada, por lo que el Tribunal tiene la labor de acceder a los diferentes ordenamientos estatales y valorar las leyes ahí dispuestas, las cuales deberán cumplir los requisitos de accesibilidad y precisión y, por tanto, serán conocidas por las personas que en aquel territorio residen.

- “Fin legítimo”²⁷. Los fines perseguidos deben ser fundados.

- “Necesidad en una sociedad democrática”²⁸. Así, el TEDH ha resaltado en varias ocasiones que “el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos y la tolerancia son elementos clave para el fundamento de una sociedad democrática y pluralista”.

Para valorar el cumplimiento de éstas condiciones, el TEDH debe comprobar si los preceptos acatados por los tribunales nacionales obedecen a una “necesidad social imperiosa”. Para ello se evaluará si la medida empleada fue alícuota con el fin legítimo perseguido²⁹ y que realmente se compruebe que no existían otros medios menos lesivos para proteger otros derechos e intereses de igual o mayor importancia³⁰. No obstante, la magnitud de la implicación por parte del Tribunal en el conflicto dependerá de si existe o no consenso europeo.³¹

²⁶ TERUEL LOZANO, Germán M. “El discurso de odio como límite a la Libertad de Expresión en el marco del Convenio europeo” en *Revista de derecho constitucional europeo num.27*, 2017, p.3.

²⁷ *Ibidem*

²⁸ *Ibidem*

²⁹ LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. “Libertad de expresión y discurso del odio” en *Fragmentum n. 50*. Santa María, 2017, p.150.

³⁰ SUÁREZ ESPINO, María Lidia. “Los derechos de comunicación social en la jurisprudencia del TEDH y su influencia en el TC español”, p.3.

³¹ Cfr. Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 20 de abril de 1999, sobre la admisibilidad del asunto Hans-Jürgen Witzsch c. Alemania y Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto Hans Jorg Schimanek c. Austria.

Las consecuencias materiales de aplicar el art.17 o el art.10.2, son, en principio, las mismas: rechazo de la pretensión del demandante. No obstante, cuando se da la primera circunstancia, el TEDH no analiza las situaciones en cada caso concreto, sino que únicamente se decanta por desestimar la demanda desde el principio.³²

2.3.) La libertad de expresión en las democracias Constitucionales. "Democracia militante" v. "democracia tolerante".

Como hemos visto, el libre ejercicio de la libertad de expresión está íntimamente relacionado con la democracia constitucional y es uno de los pilares de la sociedad moderna, con lo que cualquier debate que pueda surgir respecto a su posible limitación, acarreará la posible puesta en entredicho de los pilares de la democracia.³³

La libertad de expresión tiene diversas posibilidades de limitación debido a los bienes jurídicos con los que puede colisionar. Sin embargo, la concepción de sus límites, no tiene un carácter universal ya que la legitimidad de los límites interpuestos variará según sean las preferencias más "comunitaristas" o "liberales" y de acuerdo con como sea el modelo democrático ("deseable" o "preferible"), así contemplaremos la coherencia de dichas limitaciones³⁴.

De acuerdo con lo anterior y en el ámbito del discurso del odio, será importante distinguir cómo van a actuar los diferentes sistemas democráticos cuando la libertad de expresión tenga por objeto emitir expresiones intolerantes que atentan contra valores constitucionales.

En este sentido vamos a encontrar dos sistemas democráticos fundamentales en torno al entendimiento de los límites a la libertad de expresión. Por un lado se encuentra el sistema democrático de "democracia militante", "intransigente" o de "libertad positiva" y por otro el "mercado de ideas", "democracia tolerante" o "libertad negativa".

³² Cfr. Cooper/Marshall Williams, "Hate Speech, Holocaust Denial & International Human Rights Law", en *European Human Rights Law Review*, núm. 4, 1999, p. 607.

³³ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel "Los discursos del odio y democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente ¿militante?", en *Libertad de expresión y discursos del odio*. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos num 12. Alcalá de Henares (Madrid), 2010,p.16.

³⁴ *Ibidem* ,p.15.

En el recorrido por los diferentes países de Europa, el sistema democrático militante por excelencia se podría decir que es el adoptado por Alemania. Dicho sistema entiende la dignidad humana como inviolable y como condición necesaria para el desarrollo de la personalidad, que es el valor supremo de dicho ordenamiento y que es un “reducto intangible frente a cualquier agresión”³⁵, de tal manera que la libertad de expresión no se entiende como valor supremo y tiene que ceder en supuesto de colisión con la dignidad humana.

Además, en el sistema alemán se exige una “adhesión positiva a los postulados constitucionales” mientras que, por ejemplo, en el español, únicamente se exige un “compromiso de no vulneración”.³⁶ Esto nos hace ver la rigidez con la que se toman en consideración en Alemania la vulneración de los valores proclamados en su Constitución y, en concreto el valor supremo de dignidad de la persona.

En este sistema, para valorar el discurso del odio, únicamente exige como requisito una incitación al odio, sin tomar en consideración la probabilidad del que el daño ocurra.

Por su parte, en el sistema de democracia tolerante o mercado de ideas, el Estado no tiene ningún poder para reprimir las ideas ni el modo de expresarlas³⁷, aunque las mismas estén cargadas de contenidos intolerantes. En este sentido la noción de democracia tolerante tiene su razón de ser en la existencia de un debate abierto en el que prevalecerá el argumento más sólido y creíble. Este sistema es el que ha venido empleando el constitucionalismo americano en su jurisprudencia y ha venido estableciendo que solo se podría reprimir el discurso cuando el mismo esté afectado por una serie de limitaciones adoptadas con anterioridad, y que se referirán fundamentalmente a los elementos que conforman el proceso informativo, pero no al contenido de éste.

Autores como J. STUART MILL, han establecido que los límites a la libertad de expresión solo pueden plantearse a partir del daño a terceros que debe ser real o inminente,

³⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María “La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, enero agosto, 2008, p.21.

³⁶ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. “La defensa de la democracia y el síndrome de Weimar: crítica de algunas inconsistencias de la jurisprudencia constitucional española” en *L.E. RÍOS, Tópicos electorales. Un diálogo entre América y Europa*, Madrid, 2011, pp.679 y ss.

³⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. “Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, p. 94

es decir, que en el caso del discurso del odio además de que se incite al odio tiene que ser probable que en la realidad se produzca. Esta idea la podemos encontrar en la jurisprudencia norteamericana como *test del daño presente y claro*.

Este sistema, tiene dos justificaciones. La primera, es que las ideas por más perniciosas que puedan llegar a ser, su corrección no va a depender de la valoración de los jueces sino de su competición con otras ideas, es decir, el discurso intolerante se combate con mas discurso. La segunda, el libre intercambio de ideas incluidas las ofensivas, es crucial para las fricciones saludables de un sistema plural.³⁸

Como es sabido, en Europa se proclama un sistema de libertad de expresión limitado (idea que se proclama asimismo en la CE), a diferencia de lo que ocurre con EEUU, donde la libertad de expresión se percibe como libertaria (en el sentido anglosajón de la palabra). No obstante, esta concepción no es casualidad y tiene su origen en los traumas europeos del pasado³⁹ y en una concepción europea clásica de protección del honor y de la dignidad personal.

A pesar de las diferencias entre ambos sistemas, en estos últimos años se ha venido produciendo un acercamiento entre ambos sistemas, lo que conlleva a preguntarnos *¿Cuál es el sistema seguido por el TEDH?*

La forma más óptima de dar respuesta a dicha cuestión es analizando la jurisprudencia del TEDH, ya que así podremos cotejar que postura sigue el Tribunal de Estrasburgo, en relación con otros países. En otras palabras, si el mencionado Tribunal considera los discursos del odio con la misma severidad que lo consideran los órganos jurisdiccionales, o sin embargo opta por una postura más liberal que los últimos.

³⁸ PORTUGAL PIZARRO, Luis Andrés. “El discurso del odio en Europa: ¿Una democracia militante o un mercado de ideas?” en : http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_6/articulos/7_El_discurso_de_odio_en_Europa.Una_democracia_militante_o_un_mercado_de_ideas.pdf,p.3.

³⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María “La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a al libertad de expresión”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, enero-agosto, 2008, p.52

3. EL DISCURSO DEL ODIO

3.1) *Concepto*

El discurso del odio o “hate speech”, en su traducción al inglés, es definido según el diccionario de Oxford como “discursos o escritos abusivos o amenazadores que expresan prejuicios contra un grupo en particular, especialmente por motivos de raza, religión u orientación sexual”⁴⁰. Su denominación en inglés no es casualidad ya que el término proviene de Estados Unidos.

Nuestro TC ha definido discurso del odio como “forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho de libertad de expresión”⁴¹ y en una sentencia dictada con posterioridad incluyó términos más generalistas tales como “incitación a la violencia, discriminación contra colectivos etc.”⁴².

Asimismo, la Recomendación número R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 30 de Octubre de 1997 que obliga a todos los Estados a proceder contra las exteriorizaciones del discurso de odio, lo ha definido como:

“formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”⁴³.

Se desprende de aquí que el elemento principal de este tipo de expresiones es que se tiene que dar una manifestación de odio e intolerancia acompañada de discriminación y hostilidad motivada por prejuicios discriminadores. No obstante, dicha definición únicamente se centra en la discriminación hacia ciertos colectivos por motivo de su etnia o religión, dejando de lado otras formas de exclusión que atenten contra la tolerancia (tales

⁴⁰ Traducción propia, véase la definición en: https://en.oxforddictionaries.com/definition/hate_speech

⁴¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 8º.

⁴² 112/2016 de 20 de junio

⁴³ Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros sobre el “discurso del odio” [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.asp]. Sobre tal concepto, puede verse también WEBER, Manual on Hate Speech, Publicaciones del Consejo de Europa, 2009, pp. 2 ss.

como el sexo, la orientación sexual, enfermedades ...etc.).⁴⁴ De dicha definición se podría entender que los grupos socialmente vulnerables no mencionados en la misma no merecerían igual protección que los grupos que sí aparecen nombrados.

Más acertada, por ampliar los grupos vulnerables, sería la definición aportada por NOCLEBY que ha definido el discurso del odio como “toda manifestación que ataque a una persona o colectivo sobre la base de atributos tales como el género, el origen étnico, la religión, la raza, alguna discapacidad o la orientación sexual”

Pero, sin duda, la definición más completa es la aportada por La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante, ECRI), la cual define discurso del odio como “el uso de una o más formas de expresión específicas como por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.”

Una vez aportadas diferentes formas de conceptualizar el discurso del odio, es necesario detenerse y hacerse la siguiente pregunta: *¿qué elementos configuran el discurso del odio?*.

En cuanto a los elementos característicos del discurso del odio, el politólogo B. PAREKH ha establecido tres componentes que se tienen que dar para comprobar que efectivamente estamos ante un discurso del odio:

En primer lugar, el mensaje se dirige contra cierto grupo de personas, el cual se delimita de forma precisa (por ser musulmanes, homosexuales, gitanos...), pero no pueden ir direccionados contra la sociedad en sí.

En segundo lugar, una vez delimitado el objetivo del discurso, se estigmatiza a dicho colectivo asignándole unos estereotipos indignos (delincuentes, sucios...), los cuales pueden partir de acciones concretas que se generalizan o simplemente ser acusaciones globales.

⁴⁴ GÜERI FERNÁNDEZ, Cristina. “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación”. *In dret, Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2015, p.16.

En tercer y último lugar, en los mensajes se pretende transmitir la idea de que dichos grupos no pueden estar integrados en la sociedad, por lo que se les aísla considerando que los mismos no pueden vivir de manera pacífica en la sociedad.

Los grupos vulnerables varían de un país a otro dependiendo de sus circunstancias nacionales pero normalmente se incluyen: refugiados, inmigrantes provenientes de África, gitanos, musulmanes, judíos, personas LGTB... La cuestión radica, por tanto, en cómo medir la vulnerabilidad de dichos grupos ya que la falta de superioridad numérica no se puede tomar como elemento determinante pues existen ejemplos de minorías fuertemente organizadas que disfrutan de posición de poder sobre las mayorías. Así, la primera pauta que se podría indicar es que los mismos están marcados por prejuicios fuertemente arraigados en la sociedad. La segunda es la titularidad, más o menos amplia, de derechos ya que, como es sabido, ciertas personas por motivo de su pertenencia a un grupo determinado carecen de ciudadanía completa.⁴⁵

En cuanto a los sujetos propensos a realizar este tipo de actos, F. REY MARTÍNEZ, ha señalado que los mensajes racistas, xenófobos y antisemitas los suelen lanzar personas que pertenecen a grupos violentos, de tal forma que dichos mensajes operan como desencadenante ideológico para generar violencia. Así, J.B. JACOBS & K. POTTER, en este aspecto, han designado a dichos grupos violentos como “*hate groups*”, colectivos que procesan sentimientos fuertes e intensos antigubernamentales y que en ocasiones defienden ideas separatistas blancas y promueven prejuicios basados en el odio hacia la raza negra. Asimismo, los grupos neo-nazis tienen también cabida en este tipo de grupos, aunque no defienden las políticas separatistas como los grupos que antes se han mencionado.

A pesar de las definiciones dadas, no existe una explicación exacta del fenómeno *hate speech* y tampoco hay dictámenes universalmente aceptados. El inconveniente básico a la hora de exponer el discurso del odio, es que no hallamos un criterio objetivo determinado, sino que únicamente se establecen criterios subjetivos a partir de los que el

⁴⁵ CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. “El discurso del odio y su prohibición” en *Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 35, 2012, páginas 445 y 446.

TEDH marca reglas a seguir, las cuales conocemos a través del estudio de su jurisprudencia.⁴⁶

Además, en numerosas ocasiones, el discurso de odio se expresa bajo un discurso pretendidamente racional o tiene una aceptación generalizada de tal manera que, a simple vista, es difícil identificarlo como tal.⁴⁷ Cabría mencionar como ejemplo de esto, el estilo de música “reggeaton”, en el que las letras de sus canciones tienen un contenido altamente machista y misógino que discrimina a la mujer estereotipándola y cosificándola a modo de objeto sexual e incluso, en ocasiones, promoviendo la violación o provocando una incitación al odio hacia las mujeres pero que, sin embargo, es escuchado por miles de personas sin deparar en el sentido de sus letras.

La ausencia de definición exacta y el mandato por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa a instar a todos los gobiernos de los Estados miembros a establecer o mantener un marco jurídico sólido sobre el discurso de odio⁴⁸, ha llevado a que muchos Estados e intelectuales hayan identificado e interpretado el discurso de odio a partir del delito de odio o “*bate crimes*” y, por tanto, como una tipología propia del derecho penal en la que el discurso de odio sería un subtipo del mismo, y así se encuentra igualmente reflejado en el Código Penal (en adelante, CP), el cual regula en el art. 510 el delito de discurso del odio, reformado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Siguiendo ésta línea, bajo la categoría jurídica (penal) de delito de odio, se castigarían todas aquellas conductas típicas (tipificadas por el CP) motivadas por la intolerancia, es decir, por prejuicios o inquinas hacia la víctima o grupo de víctimas⁴⁹. En cambio, el discurso del odio sería un tipo de delito de odio en el que, para ser identificado como tal, se requiere algún tipo de manifestación, ya sea verbal, escrita o mediante

⁴⁶ KISKA, ROGER. “Hate speech: A comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence” en *Regent University Law Review*. Vol 25:107, p.4.

⁴⁷ COUNCIL OF EUROPE, HATE SPEECH 2 disponible en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2021692&SecMode=1&DocId=1434498&Usage=2..> 2009

⁴⁸ Comité Europeo de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación 97(20), de 30 de octubre de 1997.

⁴⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 , p.33.

cualquier tipo de acción comunicativa.⁵⁰ Podemos decir, por tanto, que “las leyes de delitos de odio buscan conductas que son primero y fundamentalmente conductas criminales”⁵¹, y más exactamente, sin acto criminal (tipificado) previo no existe delito.

Englobar dentro del delito odio el discurso de odio, ha provocado divergencia de opiniones. Así, el ya mencionado profesor F. REY MARTÍNEZ, ha apuntado que los delitos de odio son un concepto estrictamente jurídico-penal y, por ende, comprenden conductas típicas que no tienen nada que ver con opiniones pero que pueden, sin embargo, englobar las formas más graves de discurso de odio: el llamado delito de discurso de odio. Esto lleva a castigar únicamente las formas más graves de discurso del odio, dejando fuera manifestaciones más sutiles del mismo.

Esto produce que los Estados frecuentemente para identificar un delito de discurso de odio, junto a los prejuicios constitutivos del discurso del odio, valoran si se ha dado una incitación directa a la violencia o a la comisión de delitos o una amenaza inmediata, dejando de lado por tanto los posibles discursos del odio que no cumplen esa característica.

A rasgos generales, tanto el delito de odio como el discurso del odio tienen en común la presencia del odio discriminatorio a partir del cual motivan sus actos, pero que solo se tipificaran como delitos cuando sean susceptibles de lesionar bienes jurídicos relevantes y protegidos (dignidad, honor...). No obstante, mientras el delito de odio comprende todas aquellas conductas que constituyen infracciones penales, el discurso del odio hace referencia a expresiones que no están tipificadas, pero que se encuentran con otros componentes que no son penalmente relevantes, sin perjuicio de que en ocasiones, por su gravedad, puedan ser encuadrados bajo la tipología penal.

De lo expuesto extraemos que el discurso de odio no es un concepto que goce de cánones universalmente admitidos y la forma de regularlo varía de un país a otro interpretándolo con frecuencia como una subcategoría del “*hate crimes*”, creando así aún más inseguridad en los conceptos, contribuyendo a que únicamente se castiguen las formas más graves de intolerancia y dejando de lado el denominado “discurso discriminatorio”.

⁵⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.39

⁵¹ MORETÓN TOQUERO, María Aranzazu: “El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión” en *Revista jurídica de Castilla y León*, N.º. 27, 2012, p.5.

3.2) La lucha contra el odio y la discriminación en los instrumentos internacionales.

Los organismos cardinales que se han encargado de la regulación de dichos conceptos han sido Naciones Unidas y el Consejo de Europa⁵². Así cabe destacar:

En primer lugar se debe hacer mención al Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD), englobado dentro del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Dicho órgano, está formado por expertos autónomos y es el encargado de controlar la correcta aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (ICERD) por parte de los Estados miembros. La convención, formada por 25 artículos, establece en su artículo 4 lo siguiente: “Los Estados partes condenarán toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”

La ICERD, tiene dos misiones fundamentales: por un lado, proteger los derechos de igualdad y dignidad, recogidos en la Carta de Naciones Unidas que tiene como cometido la protección de las libertades fundamentales y derechos humanos, sin distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión; Y por otro lado, la puesta en práctica de los fundamentos recogidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Dentro del ámbito de Naciones Unidas, también es destacable la regulación del discurso de odio, y así se ha establecido en éste aspecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) de 1966, en el que, en concreto, en su artículo 20, se establece lo siguiente: “Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda

⁵² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018,p.21.

apología al odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibido por la ley”.

En segundo lugar, la ECRI⁵³. Dicha comisión se ha creado con el objeto de batallar contra progresivos conflictos que se han generado como consecuencia del racismo, el antisemitismo y la intolerancia. La especificidad de la ECRI, es que realiza un enfoque país por país, analizando la situación específica de cada Estado, y colaborando con los gobiernos para establecer las medidas adecuadas en cada contexto.

Es necesario destacar otras medidas establecidas por la UE con propósito de la lucha contra el discurso de odio. La Decisión Marco del Consejo 2008/913/JAI, del 28 de noviembre de 2008, tiene como objetivo establecer que determinadas formas graves del racismo y la xenofobia sean castigadas con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, en territorio de la UE, ya sean proporcionadas por cualquier medio de información y deben ser cometidas por un nacional del territorio de la UE. En esta decisión se establece que serán castigados como delitos penales los siguientes actos:

- A) “incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional étnico.”
- B) “el delito anterior realizado con la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes;”
- C) “Apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como define en Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 6, 7 y 8) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.”

⁵³ Ha sido mencionada con anterioridad en el presente trabajo, concretamente en el apartado relativo al concepto de discurso del odio.

3.3) Breve exposición de las diferencias entre el discurso de odio en Europa y en EEUU

Han sido extensas, críticas y frecuentes las diferentes formas de configurar el discurso de odio a ambos lados del atlántico. Sintetizando, la forma de pieza fundamental del sistema norteamericano es la libertad de expresión mientras que el elemento principal del sistema Europeo es la dignidad.⁵⁴

Haciendo una breve alusión interpretación de la libertad de expresión en EEUU, ROSENFELD expone, ésta se considera como elemento fundamental del sistema en el sistema Europeo, mientras que en el sistema Americano de libertad de expresión, ésta se centra en un individualismo y libertarismo, dejando de lado las preocupaciones colectivas y la dignidad.

Una de las diferencias fundamentales del discurso de odio en Estados Unidos respecto a Europa es que en América los límites están muy marcados , y así se establece en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, CADH), ad hoc, según la cual se castiga "toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo" .

La principal consecuencia, que hallamos respecto al discurso de odio en Estados Unidos es que la taxatividad de los límites legales a la libertad d expresión conlleva a que no se planteen determinadas disputas que pudieran surgir, como los daños aparentes que podrían aparecer gradualmente con el tiempo, o con el impacto superior e inmediato en determinados lugares.⁵⁵

En este enfoque tampoco se esbozan los conflictos que pudieran revelarse por la vulneración de otros derechos como la igualdad dignidad u honor de las personas que están

⁵⁴ Krotoszynski, 2004, pág. 1577; Carmi, 2008, págs. 277 y sigs.

⁵⁵ DÍEZ BUESCO, Laura. *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa: entre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Tirant lo Blanc, 2017, p.62

expuestas a dichas manifestaciones de odio; así como, creencias que estos discursos pueden implantar sobre la mentalidad de terceros.⁵⁶

El discurso de odio en Europa, contempla su virtud en que trata un modelo de ponderación, valorándolo con otros derechos que en primer término pudieran entrar en conflicto tales como la igualdad, la dignidad, o el honor sobre los colectivos a los que se dirige, así como para garantizar los elementos democráticos fundamentales de las diferentes naciones. Encontramos, en este discurso, por tanto, una propensión a castigar aquellos discursos por considerarse moralmente reprochables.

No obstante, la desventaja en el sistema “valorativo” europeo, analizándolo desde una perspectiva generalista y estricta, acarrea a que la consecuencia de su aplicación sea la limitación a la libertad de expresión en la que los límites son ambiguos.

La doctrina, ha establecido la imprecisión con la que los juristas europeos han definido éste término y por tanto dando lugar a diversas interpretaciones posibles. Dicha imprecisión legislativa se ve aún más plasmada en la falta de claridad con la que se elaboró la CDF, en la que ni si quiera se encuentran una ley específica que limite determinados discursos extremos.⁵⁷

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ MARTÍN HERRERA, David., "Libertad de expresión: ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio", *Estudios de Deusto* vol. 62, núm. 2. Bilbao 2014, p.22.

4. JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DEL DISCURSO DEL ODO

En el este apartado se va a proceder al desarrollo de una exposición de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) acerca del discurso del odio en el periodo de tiempo comprendido entre los años 2008 y 2018. He seleccionado las sentencias, que nos han parecido más relevantes en lo que al discurso del odio se refiere, por su completo análisis acerca de los parámetros a tener en cuenta para justificar las injerencias en la libertad de expresión.

Para llevar a cabo el análisis, hemos estudiado cada una de las sentencias de forma individualizada y llevando a cabo al final un resumen general de las mismas para valorar la línea jurisprudencial que ha seguido el citado Tribunal.

4.1) Caso Soulas y otros contra Francia. STEDH de 10 de julio de 2008.

En el presente caso, el planteamiento versa sobre un enfrentamiento entre la libertad religiosa y la libertad de expresión. Tiene su origen en una demanda dirigida contra la República de Francia, que dos ciudadanos franceses los señores Guille Soulas (director de la publicación y director de la sociedad) y Guillaume Faye (periodista y escritor) y una sociedad “Société européenne de diffusion et d’édition” (SEDE), con arreglo al art. 34 del CEDH⁵⁸”.

Los demandantes son responsables de manera solidaria de una publicación titulada “La colonización de Europa. La verdad sobre la inmigración y el Islam”, que fue repartida por diversas librerías en la localidad de París. El autor de dicha obra quiere “subrayar particularmente lo que él cree ser la incompatibilidad de la civilización europea con la civilización islámica en un área geográfica concreta”

⁵⁸ “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos”.

El libro objeto del conflicto consta de 345 páginas y se halla distribuido en 9 capítulos:

“Capítulo I: Los mecanismos de la colonización y la sumersión demográfica”. “Capítulo II: La Europa inconsciente; Capítulo III: La utopía comunitarista y multiétnica. “Capítulo III: La utopía comunista y multiétnica”. “Capítulo IV: El Islam a la conquista de Europa.” “Capítulo VI: La inmigración destruye la escuela pública.” “Capítulo VII: La nueva cuestión racial y étnica.” “Capítulo VIII: Tabúes y mentiras.” “Capítulo IX: ¿Qué soluciones hay?”.

Como basta con la somera lectura de los títulos de esos capítulos, existe un claro deseo de discriminar a la comunidad musulmana por parte del autor. Así, como consecuencia de determinados pasajes de contenido racista y discriminatorio que se formulaban en el libro, los demandantes fueron condenados por un delito de incitación al odio y a la violencia contra un grupo de personas determinadas y en base a los arts. 23⁵⁹ y 24.6⁶⁰ de la Ley de 29 de julio de 1881 de la libertad de prensa.

Debido a ello el Tribunal de apelación de París impuso una multa de 7.522,65 euros a cada uno de los demandantes⁶¹ y la obligación de realizar un pago solidario a cada una de las partes civiles⁶² como consecuencia de los daños y perjuicios producidos.

Una vez agotados los recursos (ordinarios y extraordinarios) en la vía jurisdiccional interna, los demandantes presentaron ante Estrasburgo. Alegaron una “violación su libertad de expresión como consecuencia de la pena que les había interpuesto”. El gobierno

⁵⁹ “Serán castigados como cómplices de una acción calificada de crimen o delito aquellos que, bien mediante discursos, gritos o amenazas proferidas en lugares o reuniones públicas, o mediante escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes o cualquier otro soporte de la escritura, la palabra o la imagen vendido o distribuido, puesto a la venta o expuesto en lugares o reuniones públicas, o mediante carteles o anuncios expuestos al público, o por cualquier medio de comunicación audiovisual, hayan provocado directamente al autor o a los autores a cometer dicha acción, si la provocación ha tenido efecto. Esta disposición será igualmente aplicable cuando la provocación fuere seguida de una tentativa de crimen prevista por el artículo 2 del Código Penal”.

⁶⁰ “(...) Aquellos que, por uno de los medios citados en el artículo 23, hayan incitado a la discriminación, el odio o la violencia respecto a una persona o un grupo de personas debido a su origen o su pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinada, serán castigados con un año de prisión y 300.000 F de multa o solamente una de estas dos penas (...)”

⁶¹ Los tres demandantes, el primero en calidad de autor, el segundo en calidad de cómplice y la tercera en calidad de civilmente responsable.

⁶² En el presente caso La Liga contra el racismo y la intolerancia (LICRA) y el Movimiento contra el racismo y para la amistad entre los pueblos (MRAP), se constituyeron como partes civiles

francés, basándose en los arts. 17⁶³ y 35.3⁶⁴ del CEDH, sostuvo que dicha demanda era inadmisibile, pues lesionaba los fundamentos principales de la democracia y el “espíritu del Convenio”, ya que consideraba que con carácter general el libro describía a los inmigrantes del África Subsahariana por un lado y a los de origen magrebí y confesión musulmana por otro, con connotaciones racistas y con desprecio. Todo ello llevaba a “fomentar la hostilidad contra los inmigrantes”.

Por su parte, el TEDH de manera más concreta, señaló que varios pasajes del libro en cuestión presentan una imagen negativa de las comunidades nombradas. Además el “estilo empleado para su redacción es polémico” y muestra las consecuencias de la inmigración en Francia como un hecho desastroso.

Para comenzar a valorar si los Tribunales internos se habían excedido en la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes, el “Tribunal recuerda que es muy importante luchar contra la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones” y enumera los diferentes instrumentos internacionales que consagran esta idea, tales como: el art. 20.2 del ICCPR y la Recomendación General del CERD establece “la prohibición de la difusión de toda idea basada en la superioridad o el odio racial es compatible con el derecho a la libertad de opinión y de expresión”. Del mismo modo el tribunal hace referencia al art. 4 de la ICERD, que obliga a los Estados parte a castigar todos los actos racistas y, en concreto, la “difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, así como castigar las actividades de publicidad racista”.

El TEDH señaló que el Tribunal de Apelación Francés motivó su resolución en determinados fragmentos del libro profundamente hirientes, en los que el autor expresaba opiniones tales como: “solamente si estalla una guerra civil étnica podrá hallarse la

⁶³ “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

⁶⁴ “El tribunal declarará inadmisibile cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional.

solución” .Esa solución la propone debido a que a su juicio, se ha producido un aumento “de la delincuencia y las guerrillas territoriales llevadas a cabo por las bandas étnicas”.

Una vez el TEDH constató los motivos principales de la condena, cotejó si la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes estaba recogida en una Ley nacional. En éste sentido, sí que se cumple tal requisito ya que se encuentra regulada en los artículos 23 y 24.6 de la Ley de 29 de julio de 1881 de la prensa. El TEDH también constató que cumplía los fines legítimos “la defensa del orden” y “proteger la reputación y los derechos ajenos”.

Al Tribunal de Estrasburgo le queda por analizar un último aspecto: ¿Era la medida “necesaria en una sociedad democrática”? . Ello exigió al Tribunal cotejar si tal “injerencia” sobre el ejercicio de la libertad de expresión obedecía a una “necesidad social imperiosa”.

Para valorar ese aspecto el Tribunal debe comprobar si los motivos empleadas por los tribunales internos eran “suficientes y pertinentes” y si las medidas eran “proporcionales a los fines perseguidos”. En este sentido, debe por tanto analizar el contexto y así establecer si los problemas en relación con dichas comunidades (musulmanas) son de importancia actualmente tanto en Europa como en Francia. Ya que el tema sobre la acogida de inmigrantes musulmanes y de origen magrebí, así como a aquellos provenientes del África subsahariana es cuestión de un profundo debate tanto en Europa como en Francia por lo que va a ser un mayor número de personas las que puedan optar por la lectura del libro. Además el lenguaje empleado es sencillo por lo que todo el mundo tiene acceso al mismo.

Debido al contexto en el que se emitían tales fragmentos hirientes y a su fácil acceso, el Tribunal consideró válida la injerencia y la condena de los mismos, estimando por unanimidad que no se produjo una violación del artículo 10 del CEDH, y no considerando de una relevancia suficiente las afirmaciones contenidas en el libro como para que se pueda apreciar una violación del artículo 17 del citado convenio.

Por último, es necesario puntualizar que para el Tribunal las multas interpuestas, eran elevadas, por lo que aunque en rasgos generales se pronuncia a favor de los Tribunales internos, muestra una cara menos restrictiva que éstos a la penalización del discurso del odio.

4.2) Caso Vejdeland y otros contra Suecia. STEDH de 9 de febrero de 2012.

El presente caso se desencadenó como consecuencia de una demanda contra el Reino de Suecia por parte de cuatro ciudadanos suecos ante el Tribunal de Estrasburgo, en base al art. 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

El litigio se originó en diciembre de 2004 cuando esos cuatro ciudadanos se presentaron en una escuela con el objetivo de distribuir un centenar de panfletos entre el alumnado de dicha institución.

Los panfletos recogían declaraciones sobre la homosexualidad tales como: “la sociedad ha pasado del rechazo de la homosexualidad y otras desviaciones sexuales a abrazar estas inclinaciones a las desviaciones sexuales. Vuestros profesores anti-suecos conocen perfectamente que la homosexualidad tiene un efecto moral destructivo en la sociedad y ellos, voluntariamente trataran de considerarla como algo normal y bueno”. Esas declaraciones eran hirientes para la comunidad homosexual.

Los demandantes fueron acusados por “agitación contra un grupo nacional o étnico” y se opusieron a esa acusación con la justificación o argumento de que no intentaban despreciar a los homosexuales como colectivo, sino que “pretendían abrir un debate acerca de la objetividad con la que se impartía la educación en las escuelas suecas”.

El 11 de julio de 2005 finalmente, los demandantes fueron condenados por la acusación anteriormente mencionada: “agitación contra un grupo nacional o étnico”, al considerarse que la intención de los demandantes al distribuir dichos panfletos tenía como objetivo “expresar descrédito hacia los homosexuales”.

Tras agotar las vías de recurso en la jurisdicción ordinaria, los demandantes recurrieron al TEDH. Consideraban que su derecho de libertad de expresión reconocido en el artículo 10 del CEDH, había sido vulnerado.

El Tribunal entendió que se produjo una injerencia en la libertad de expresión de los demandantes. Para valorar si esa injerencia violó el Convenio, tuvo que examinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 10.2. Es decir, si la injerencia estaba “prevista por una ley”, si “perseguía uno o más fines legítimos” y si era “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar los objetivos.

En primer lugar, el tribunal constata que los demandantes han sido condenados al amparo del art. 8, establecido en el capítulo VI del Código Penal sueco, que en el momento en el que se produjeron los hechos incluía declaraciones de amenaza o que expresaban declaraciones de “desprecio hacia personas en razón de su orientación sexual”, por lo que la injerencia sí que se encuentra regulada por una Ley, según lo que dicta el Convenio

En segundo lugar, el Tribunal considera que la injerencia también obedece a un “fin legítimo” es decir “la protección de la reputación y los derechos ajenos”, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

Por último, queda por determinar si la injerencia era “necesaria en una sociedad democrática”. En este sentido el TEDH se posiciona a favor del Tribunal Supremo Sueco, ya que, aunque entiende que la “finalidad con la que eran escritos era admisible, había que tener en cuenta cómo estaban escritos los mismos”. A modo de ejemplo, el Tribunal resalta frases como “la homosexualidad era una desviación sexual” tiene un “efecto moral destructivo en la sociedad”.

También es mencionable que los panfletos manifestaban afirmaciones tales como que la homosexualidad era una de las causas principales por las cuales el “VIH y el SIDA había ganado apoyo” y que el “lobby homosexual” había restado importancia a la pederastia. A ojos del tribunal dichas afirmaciones, a pesar de no incitar a cometer “actos de odio”, si que manifestaban acusaciones de cierta entidad que no se pueden pasar por alto y que son dañinas. No obstante, el Tribunal recuerda que para que se dé una incitación al odio no se tiene que producir un llamamiento a la comisión de “actos de violencia u a otro tipo de delitos, sino que injuriar, ridiculizar o calumniar, a un grupo de la población”, sino que se considera con suficiente entidad para que se dé una necesidad de proteger la lucha contra discursos racistas, sexistas, homófobos etc., por encima de la libertad de expresión ejercida de forma ilegítima.

En este sentido el Tribunal considera de igual importancia y gravedad la discriminación por razón de raza u origen que por razón de orientación sexual.

Del mismo modo, el Tribunal considera como hecho relevante que los panfletos repartidos entre los alumnos se distribuyeron en un contexto en el que “no existía posibilidad de rechazarlos”.

Respecto a la “necesidad social imperiosa” para justificar la injerencia, se pronuncia en consonancia con los tribunales internos, ya que éstos consideraban que los demandantes tenían el “legítimo derecho de expresar sus ideas”, pero debían de evitar declaraciones que puedan “vulnerar derechos de otras personas” o que puedan ser ofensivas, por lo que apunta que las declaraciones recogidas en los folletos eran “innecesariamente hirientes”.

Por último el Tribunal tiene en consideración la entidad de las penas impuestas a los demandantes, considerando que las mismas “no son para nada desproporcionadas”.

Por todo lo anterior considera el Tribunal que no se ha violado el art. 10 del CEDH. En este sentido y al posicionarse en la mayoría de los aspectos a favor de los órganos judiciales suecos los cuales no amparan la homofobia, el TEDH, ha mostrado una cara más restrictiva de la libertad de expresión y por ende, más combatiente respecto a los discursos del odio. Además ha establecido la idea de que no se tiene que producir una “incitación directa a la violencia”, posicionándose en una postura militante. En cuando a la pena interpuesta por los órganos judiciales suecos, no la considera para nada desproporcionada, sin embargo, la misma no condena a más de dos meses de cárcel los demandantes.

4.3) Caso Feret contra Bélgica. STEDH de 4 de noviembre de 2008.

El presente asunto tiene su punto de partida en una demanda dirigida por Don Daniel Feret, ciudadano Belga y presidente del partido político “Front National”, contra el Reino de Bélgica, el cual es responsable de los escritos de este partido y, propietario del sitio web. El caso se originó como consecuencia de la petición de la fiscalía de anular su inmunidad parlamentaria, cuando era diputado en la Cámara de Representantes de Bélgica.

Las campañas del mencionado partido, acaecidas entre los años 1999 y 2001, dieron lugar a numerosas quejas las cuales se fundamentaron en la base de “la incitación al odio, la discriminación y la violencia en relación con un determinado grupo de personas por su raza, color, origen y nacionalidad”. Dichas actuaciones siguieron en los meses siguientes lo que provocó la generación y acumulación de denuncias y demandas.

En el año 2002 desde la fiscalía de Bruselas, se expidió un informe al Fiscal General de Apelación de Bruselas para pedir el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del Sr. Feret con el objetivo de poder actuar penalmente contra él. Tras largas deliberaciones y tras

ser oído el demandante, el levantamiento de la inmunidad parlamentaria fue aprobado por 5 votos contra dos.

El 18 de abril de 2006, el Tribunal de Apelación de Bruselas condenó al demandante a una pena de 250 horas de trabajo sociales en campo de “la integración para personas de nacionalidad extranjera” (con pena de prisión subsidiaria de 10 meses de cárcel) .Junto con lo anterior, también, se le prohibió al demandante el ejercicio del derecho de elegibilidad durante el periodo tiempo de 10 años y se le condenó a pagar una suma provisional de un euro a cada una de las partes civiles del conflicto

Como consecuencia de lo anterior, el demandante recurrió en casación, con la consiguiente desestimación de dicho recurso el 4 de octubre de 2006 y, posteriormente, procediendo el mismo a recurrir ante el TEDH.

En el presente caso se da una injerencia en el ejercicio del derecho de libertad expresión del interesado por parte de los organismos internos. En éste sentido, es necesario recordar que dicha injerencia solo se puede ejecutar si esta “prevista por una Ley,” persigue alguno de los fines legítimos establecidos en el apartado dos del artículo 10, y es “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzarlos.

En primer lugar, en la sentencia se refleja que los tribunales adecuados para valorar el caso se ampararon en la Ley 30 de julio de 1981, la cual se encarga de frenar determinados actos que estén inspirados en racismo y xenofobia, por lo que en el presente asunto las injerencias están previstas por la Ley. En segundo lugar, el Tribunal considera que la injerencia tenía como misión la “defensa del orden y proteger la reputación de los derechos ajenos”. La última medida que falta por tanto de cotejar, es si tal injerencia es necesaria para alcanzar los fines en una sociedad democrática.

En éste punto es necesario aportar una explicación respecto al artículo 10.2 del CEDH, ya que el mismo no permite “restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de determinadas cuestiones de interés general” y, además se considera “fundamental en una sociedad democrática la defensa del debate político libre”. No obstante, en este contexto, la discusión política no tendrá un carácter incondicional y se podrá someter la misma a “restricciones” o “sanciones” determinadas. Dicha tarea le compete al TEDH, el cual deberá valorar la compatibilidad de dichas restricciones con la libertad de expresión que se recoge en el art. 10 del CEDH.

En el caso concreto, el contenido de las palabras que aquí se penalizan, se hallaban en folletos que intentaban marcar la diferencia de culturas entre los ciudadanos belgas y los grupos minoritarios mencionados. Además, presentaban a los últimos como un medio crimínogeno e interesado en conocer las ventajas de instalarse en Bélgica. Todo ello conllevaba a la creación de un sentimiento de rechazo hacia los mismos, así como la creación de un sentimiento de odio hacia los extranjeros en general, por parte de los ciudadanos que las leían.

Como consecuencia, el Tribunal resaltó que la incitación al odio, no tiene porque “crear una llamada a realizar un acto de violencia o delictivo” sino que: “Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”.

Para concluir el caso, el Tribunal realizó un examen de los textos objeto de litigio. Éste ultimó en que las conclusiones que habían realizado los tribunales internos acerca de dichas publicaciones eran ciertas porque “el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y al odio racial, lo que puede ser camuflado por el proceso electoral”. Como consecuencia, el TEDH consideró suficientes los motivos por los cuales los tribunales internos se amparaban para justificar su injerencia y la consiguiente limitación en la libertad de expresión del demandante. Sin embargo, todo ello lo considera en la base de proteger el “orden público y los derechos ajenos”, y en el presente caso los de la colectividad inmigrante.

Por todo lo anterior, el Tribunal considera justificada la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes y la consiguiente limitación a su libre ejercicio de libertad de expresión ya que no se ha producido una violación del art. 10.

Por último es necesario hacer una mención a la postura del tribunal en atención a las penas interpuestas ya que el mismo lo considera necesario para medir la proporcionalidad de la injerencia. En éste caso, las considera adecuadas. No obstante, debemos recordar que las mismas no excedían de 250 horas de trabajo y una medida para evitar que el demandante fuera reelegido en un plazo de 10 años.

4.4) Caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España. STEDH de 13 de marzo de 2018.

El presente caso se origina por la interposición de una demanda por parte de dos ciudadanos españoles contra el Reino de España como consecuencia de una injerencia en su libre derecho de libertad de expresión, al ser condenados por un delito de injurias a la corona.

Los hechos por los cuales se imputaron a los demandantes fueron los siguientes: “sobre las 20:00 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera quemaron, previa colocación boca abajo, una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la plaza de Vño de dicha capital. A la mencionada concentración, le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”. Lo citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza Enric Stern procedió a rociarla con un líquido inflamable y Jaume Roura la prendió fuego con una antorcha mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza.”

El juzgado Central de la Sala de lo Penal, condenó a los demandantes por un delito de injurias a la Corona. Inicialmente suponía una pena de prisión de 15 meses sin derecho de elegibilidad durante el tiempo de duración, así como la obligación de pagar las costas que suponía el procedimiento pero que, más tarde, dada su situación personal concreta, el juez decidió sustituir por una multa de 2700 euros a cada uno. No obstante, en caso de incumplimiento de pago deberían cumplir la pena inicialmente impuesta.

Posteriormente, la Audiencia Nacional confirmó la pena y además resaltó que la quema de la fotografía en público no constituía únicamente un acto ofensivo, sino que también incitaba al odio y fomentaba la agresividad. Por esto, el gobierno consideraba inadmisibles las demandas. Además el citado organismo alegó que la pena era considerada como “necesaria en una sociedad democrática” y proporcionada.

Los demandantes, una vez agotaron todas las vías internas correspondientes, acudieron ante el TEDH alegando una violación de su libre ejercicio de libertad de expresión proclamado en el art. 10 del CEDH.

El TEDH apuntó que no daba lugar analizar si la injerencia contravenía el art. 10, así como tampoco se discutía si estaba prevista por una ley o si perseguía alguno de los fines legítimos. Consideró que la discrepancia únicamente se trataría en discernir si la misma era “necesaria en una sociedad democrática”.

El Tribunal entendió que el acto objeto del litigio se encuadraba dentro del marco político y no del personal, contra la institución de la monarquía en general y en particular contra la de España. El mismo extrajo dicha conclusión como consecuencia del contexto en el que se produjeron los hechos, es decir, con ocasión de la visita institucional del Rey de España a Gerona. A dicha visita le siguió una manifestación antimonárquica e independentista encabezada por una pancarta en la que se podía leer “300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”. Tras la manifestación tuvo lugar en la plaza una concentración en la que los demandantes realizaron los actos por el que fueron condenados.

Según el Tribunal este acto se daba en el marco de varias cuestiones de interés público: la independencia de Cataluña y la monarquía como forma de Estado. De esto entiende, que no es un acto que pretendiera atacar personalmente al Rey, sino que criticaba lo que éste representa en el campo de la crítica política.

A pesar de que el Tribunal interno consideró que el hecho y la forma de haber quemado la fotografía sobrepasaba los límites de la libertad de expresión situándose en el ámbito del discurso del odio, el TEDH entendió que el uso del fuego, el posicionamiento de la fotografía boca abajo y la dimensión de la misma, únicamente expresaban un “rechazo radical” a lo que estaban defendiendo. Además, la “puesta en escena provocadora” constituía un medio utilizado para “llamar la atención de los medios de comunicación” y expresar el mensaje crítico que se pretendía difundir.

Del mismo modo el Tribunal entendió que toda la puesta en escena no se concebía como un acto de “incitación a la violencia” contra la persona del Rey. Asimismo, expuso que dichos actos debían entenderse como “una manifestación simbólica de insatisfacción y protesta” y por ello el Tribunal recuerda que la libertad de expresión “no solo se aplica a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o

indiferentes, sino también para aquellas que hieren, molestan o inquietan: así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe la sociedad democrática”. Asimismo considera que encuadrar el acto que se está reprochando dentro de la definición del discurso del odio, implicaría “una interpretación demasiado amplia de la excepción de la jurisprudencia admitida por el Tribunal, lo que pondría en riesgo la pluralidad, la tolerancia y el espíritu aperturista sin los cuales no existe la sociedad democrática”.

Analizando el caso en su conjunto, el TEDH entendió que no se podía considerar éste como una incitación al odio o a la violencia así como tampoco consideró correcta la excepción del art. 17 del CEDH. En relación a la sanción penal impuesta el Tribunal considera que:

“En las circunstancias del presente asunto, y como ya ha establecido en su jurisprudencia, una pena de prisión impuesta por un delito cometido dentro del marco del debate político, en lo que representa la mayor reprobación jurídica de un comportamiento, constituye una injerencia en la libertad de expresión, que no es proporcional al objetivo legítimo perseguido, ni necesaria en una sociedad democrática”.

Por todo ello el TEDH consideró que existió una violación del artículo 10 del Convenio.

En este caso, el Tribunal al posicionarse a favor de los demandantes y no considerando el caso como constitutivo de discurso del odio, muestra una cara menos limitativa de la libertad de expresión de lo que consideraron los Tribunales Españoles. Además, es necesario destacar, que el mismo condenó a España a devolverles la cantidad que habían abonado, así como a indemnizarles ya que reprocha al Estado español el hecho de que en caso de no tener dinero para subsanar la multa, tuvieran que cumplir con los 15 meses de cárcel. En este contexto, vemos por tanto que el TEDH, cuando está en juego un debate político que favorece a la democracia, antepone la libertad de expresión, a un hecho que bajo sus ideas no constituye un delito de discurso del odio.

4.5) Caso Balsyté-Lideikiene contra Lituania. STEDH de 4 de noviembre de 2008:

El presente litigio se originó con una demanda dirigida contra la República de Lituania que una ciudadana lituana, presentó el 23 de mayo de 2001 ante el Tribunal con arreglo al art. 34 del CEDH.

Amparándose en el art. 10 del Convenio, la demandante alegó que su derecho de libertad de expresión había sido violado como consecuencia de la retirada y prohibición de distribución de un calendario (“Calendario Lituano de 2000”) en el que la demandante y otros colaboradores habían publicado diferentes fechas históricas relevantes desde su perspectiva. Calendario, que posteriormente sería repartido entre los emigrantes lituanos que residen en el extranjero. En el texto se podían hallar frases como: “Lituania la tierra de los lituanos, donde cada huella lleva vestigios de la sangre de nuestra nación”.

Desde el Parlamento Lituano se consideró que dichos textos publicados en el calendario, insultaban a personas de origen polaco, ruso y judío.

Una vez agotada la vía interna, los demandantes se presentaron ante Estrasburgo, alegando “una injerencia desproporcionada de su derecho de libertad de expresión como consecuencia de la condena impuesta”

El gobierno, no obstante, argumentó que el art. 10 del CEDH no había sido violado ya que considera que es fundamental que la libertad de expresión ampare tanto el “derecho de opinión, como la imposición de deberes y responsabilidades, lo que impide la promoción o divulgación de ideas de odio étnico, hostilidad y superioridad de una nación en relación con otros grupos étnicos”.

El gobierno, en ningún momento negó que no se hubiera producido una injerencia en la libertad de expresión de la demandante, sin embargo entiende que la misma estaba justificada por “la necesidad de proteger los valores democráticos sobre los que se forja la sociedad lituana”.

El tribunal, por su parte entendió que había habido una injerencia en la libertad de expresión de la demandante, algo que deduce, de la sanción administrativa y la retirada de la publicación. Dicho acto, fue justificado en atención a la aplicabilidad de los arts. 30.1 y 212.12 del Código de Delitos Administrativos, por lo que la necesidad de injerencia se encuentra prevista por una Ley.

Del mismo modo, el Tribunal estaba de acuerdo en que la sanción impuesta buscaba la protección de valores expresados en el art. 10.2 y, en concreto “la reputación y los derechos de los grupos étnicos residentes en Lituania a los que se refiere en calendario lituano de 2000”.

Cotejadas tanto la previsión de la injerencia en la ley como el fin legítimo, únicamente le queda al Tribunal por examinar si la medida era necesaria en una sociedad democrática.

En este sentido, el Tribunal se centro en los diferentes pasajes que contenían el objeto del litigio, concluyendo que los mismos contenían afirmaciones que incitaban al odio contra polacos y judíos, lo que podría llegar a ocasionar problemas para las autoridades lituanas. Además el Tribunal resalto el hecho de que el tribunal nacional había designado peritos, que tenían como misión formular conclusiones en relación a la gravedad de las afirmaciones de la demandante, los cuales destacaron como conclusión que las afirmaciones de la demandante podrían atribuirse a una “ideología nacionalista extrema que promovía el odio racial, la xenofobia y las reclamaciones territoriales”. Llegando el Tribunal a la conclusión de que las autoridades internas, “no sobrepasaban su margen de apreciación por existir una necesidad social apremiante para tomar las medidas en contra de la demandante.”

Para concluir estableció que la sanción impuesta a la demandante no fue desproporcionada.

Por todo lo expuesto, “la injerencia en el derecho a la libertad de expresión podía, por tanto, considerarse razonablemente necesaria en una sociedad democrática para la protección de la reputación o derechos ajenos de conformidad con el artículo 10.2 del Convenio y en consecuencia, no ha habido incumplimiento del artículo 10 del Convenio”.

A raíz de la jurisprudencia expuesta y analizada en las páginas anteriores podemos afirmar que resulta altamente difícil aplicar consecuencias al discurso del odio y discernir en qué casos la entidad del discurso es suficiente como para limitarlo. Cuando nos encontramos ante expresiones que son consideradas como discurso del odio, es difícil delimitar cuando hay una limitación justificada de la libertad de expresión y cuando no.

Es importante dejar patente antes que nada, que es común en distintos países entender que el discurso del odio está caracterizado por expresiones intolerantes y cargadas de desprecio hacia determinados colectivos. Son discursos nocivos y dañinos que provocan consecuencias muy negativas para la sociedad y que pueden en última instancia lesionar bienes que tienen que tener una protección y que así se encuentra recogido en el Convenio. Los bienes de los que hablamos son por ejemplo la protección de la reputación y los derechos de la personas, como diría el TEDH en una sentencia ya citada, estos discursos atentan “contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”.

Pues bien, una vez expuesto en qué consiste el discurso del odio para el TEDH y entendido que el conflicto viene dado por establecer cuando está o no justificada la limitación a la libertad de expresión, vamos a exponer como actúa el TEDH ante esto.

En las sentencias analizadas, el TEDH ha seguido siempre la misma línea, analizando las restricciones a la libertad de expresión desde la perspectiva del art. 10 del CEDH (y, en todo caso aplicando el Test de Estrasburgo), en el que hay que examinar en cada caso concreto tres elementos que serían los siguientes:

1. Previsión legal de la injerencia
2. Fin legítimo
3. Si era necesaria en una sociedad democrática para su consecución.

El último punto es el más difícil de establecer, siendo el más controvertido y analizado en todas las sentencias que han sido objeto de estudio en el presente trabajo. El TEDH en este punto analiza si la injerencia que se ha producido es proporcionada al fin

que se perseguía y si los Tribunales nacionales han justificado la misma de una forma suficiente.

El TEDH entiende en todo momento que los discursos del odio son un motivo suficiente para limitar la libertad de expresión, no siendo necesario que se dé una incitación directa a la violencia o a la comisión de delitos y valorando el posible daño psicológico como consecuencia de la posible vulneración de la dignidad de la persona. En este sentido y al no exigir la existencia de tal requisito (incitación directa a la violencia o a la comisión de delitos), el Tribunal parte de una postura militante de libertad de expresión en contraposición con el sistema de libertad de expresión tolerante, que exige la existencia de un peligro real e inminente. No obstante, bajo mi perspectiva, difiere de la postura militante acercándose a una más tolerante en dos aspectos fundamentales:

En primer lugar, a la hora de castigar el discurso del odio respecto a las penas impuestas (medidas empleadas). Con la lectura de los casos analizados, extraemos que suele considerar las penas impuestas por los tribunales estatales como, desproporcionadas y tan solo las considera adecuadas cuando son de muy baja entidad, lo que induce a pensar que el TEDH, a la hora de castigar el discurso del odio, no juzga el acto con la misma severidad con la que lo hacen el resto de países.

El segundo aspecto a tener en cuenta, se da cuando está en juego el discurso político y otras cuestiones de interés general. En estos casos, el tribunal se aleja de la postura militante ya que antepone las mencionadas cuestiones a la posible vulneración de la dignidad de la persona y, en este caso, podemos destacar la sentencia "*Stern Taulats y Roura Capellera contra España*". La quema de una fotografía del Rey y la forma en que se produjo, constituye un acto totalmente claro de incitación a la violencia y odio hacia los monarcas. Sin embargo como está en juego el debate político no lo considera de tal entidad, algo que sin embargo no ocurriría en un sistema militante por excelencia (el cual se decantaría por la protección de la dignidad y el honor del Rey). En éste caso, por tanto, se decanta por el mercado de ideas (democracia tolerante) para favorecer al pluralismo y a la democracia y no considera la postura de incitación al odio que razonaron los Tribunales estatales. Además me parece importante señalar que, al no ser un discurso del odio "muy marcado" por llevarse a cabo el acto con métodos simbólicos, no lo ha considerado de la misma entidad que cuando los discursos son escritos o pronunciados.

Para sintetizar, podemos decir que el TEDH sigue siempre los mismos pasos para valorar las injerencias a la libertad de expresión. A pesar de partir de una postura más militante, en la práctica es bastante más tolerante que el resto de los países a la hora de identificar y castigar el discurso del odio. Además, solo identifica este tipo de discurso cuando es altamente visible y no cabe duda alguna de que estamos ante él.

5. CONCLUSIONES

El valor de la libertad de expresión como fundamento básico de la democracia viene definido por cuatro argumentos teóricos básicos: 1) La dignidad humana y la autonomía individual. 2) La búsqueda de la verdad. 3) El autogobierno y la legitimidad de las decisiones mayoritarias. 4) La libertad de expresión constituye el adecuado mecanismo para conseguir una comunidad más estable en la que oír las diferentes opiniones y llegar a un necesario consenso.

Todas las sociedades democráticas pese a su compromiso con la libertad de expresión, consagrándola como derecho fundamental, han reprimido la misma en atención a la aparición de diversos discursos (discursos del odio), alegando que los mismos presentan un peligro para la protección de otros bienes jurídicos. No obstante, los límites a su ejercicio tienen que estar perfectamente justificados.

Es por ello, que la CE establece los límites a la libertad de expresión en su art. 20.4 pero, dichos límites no se consideran como absolutos por lo que el TC emplea un sistema de ponderación a partir del cual especula con otros bienes jurídicos con los que puede colisionar la libertad de expresión. El CEDH, por su parte, ha establecido límites en su art. 10.2. Dicho artículo, junto con el 17 son empleados por el TEDH para valorar si los tribunales nacionales se han excedido a la hora de limitar la libertad de expresión y, representa la manera de proceder ejercida en su jurisprudencia. No obstante, la tarea del TEDH, no es fácil ya que en Europa existen diferentes sensibilidades en cuanto a la colisión de la libertad de expresión con otros bienes jurídicos, como la dignidad o la igualdad.

En torno al discurso del odio y los límites a la libertad de expresión, se alzan dos sistemas que abordan su análisis. En primer lugar, el sistema de democracia militante, propio de Alemania y, en segundo lugar, el sistema de democracia militante propio de

Estados Unidos. A rasgos generales el primero antepone la dignidad humana a la libertad de expresión y, además la concibe como reducto intangible frente a cualquier agresión y, el segundo concibe que la libertad de expresión, no se pueden reprimir aunque los discursos atenten contra la dignidad, ya que debe prevalecer el debate abierto, que favorece la democracia, en el que gane el argumento más sólido y creíble, es decir, el discurso intolerante se combate con más discurso.

El reverso de la libertad de expresión lo componen aquellas expresiones intolerantes y enfermas que atenta contra principios democráticos: el discurso del odio o “hate speech”. No obstante, la clave del discurso es que va dirigido contra grupos vulnerables, y no contra la sociedad o alguien determinado, a los que se estigmatiza y considera que no pueden vivir en la sociedad con el resto de personas.

El objetivo principal del presente trabajo ha sido exponer la jurisprudencia en torno al discurso del odio en los últimos diez años (2008-2018) sirviéndonos de la teoría explicada. Las cinco sentencias dictadas son el fruto de demandas interpuestas por ciudadanos contra diferentes países de Europa, al considerar que se había vulnerado su libre ejercicio de libertad de expresión, reconocido en el art. 10 del CEDH, como consecuencia de las condenas impuestas por los tribunales de los diferentes países.

El conflicto al que se tiene que enfrentar el TEDH, viene dado por establecer cuando está o no justificada la limitación a la libertad de expresión, ejercida por los tribunales nacionales. En las sentencias analizadas, el TEDH ha seguido siempre el mismo estándar (previsión legal de la injerencia, fin legítimo, necesidad en una sociedad democrática).

El TEDH parte de una postura militante de libertad de expresión por no exigir la existencia de un peligro real e inminente como consecuencia de los discursos, pero en la práctica de estos últimos diez años hemos podido comprobar que se aleja de dicha postura (analizándolo desde el contexto de las valoraciones de los países donde se originaron conflictos que desencadenaron las demandas). Esto se ve reflejado principalmente en dos aspectos. En primer lugar, cuando tiene que valorar si las medidas impuestas son justas y proporcionales al daño causado, ya que por lo general considera que las mismas son desproporcionadas y tan solo las considera adecuadas cuando son de muy baja entidad. En segundo lugar, cuando está en juego el debate político o cuestiones de interés general

antepone la libre opinión pública (idea propia de una democracia tolerante) a la posible vulneración de la dignidad de las personas.

Por lo tanto, podemos decir, podemos decir, que el TEDH sigue siempre el mismo esquema a la hora de valorar las injerencias a la libertad de expresión pero, a pesar de partir de una concepción más militante de libertad de expresión, en la práctica es bastante más tolerante que el resto de los países a la hora de identificar y castigar el discurso del odio. Además, solo identifica este tipo de discurso cuando es obvio y no cabe duda alguna de que estamos ante él.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>

<https://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteEliminacionDisriminacionRacial-CERD.htm>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A13317>

<https://www.derechoconstitucional.es/2013/06/mensaje-racista-sexista-xenofobo-limite-libertad-expresion.html>

<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

BIBLIGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013

BILBAO UBILLOS, Juan María "La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a al libertad de expresión", en *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, enero agosto, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan María: "La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril, 2009.

COLE, David. "The first Amendments´ s Borders:The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine" en *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 12-047*

Comité Europeo de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación 97(20), de 30 de octubre de 1997.

COUNCIL OF EUROPE, HATE SPEECH 2 disponible en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2021692&SecMode=1&DocId=1434498&Usage=2..> 2009

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍEZ BUESCO, Laura. *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa: entre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Tirant lo Blanc, 2017.

DÍEZ –PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Cuarta edición, Cívitas, 2013, Pamplona

ESQUIVEL ALONSO, Y., "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 35, 2016.

FREIXES SANJUÁN, T., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, vol. 15, 2003.

FUENTES OROSIO, Juan Luis: "El odio como delito" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2017.

GANDÍA BARBERA, Juan Damián. "La protección de la libertad religiosa frente a la libertad de expresión y los organismos reguladores de los medios audiovisuales de Cataluña, Andalucía y de la sala de prensa de la Santa Sede" en *Anuario de Derecho Canónico 6 Supl.* Febrero 2018, 169-197, ISSN: 2254-5093.

GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro. "Discurso del odio y libertad de expresión ideológica". En *Cuadernos de Periodistas*. Num.33, Tribunales.

GÜERI FERNÁNDEZ, Cristina. "La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación". *In dret, Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2015. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/17mlidiasuarezspino.htm>

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. "Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio".

KISKA, ROGER. "Hate speech: A comparison between the European Court of Human Rights and the United States supreme Court Jurisprudence" en *Regent University Law Review*. Vol 25:107.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. "Libertad de expresión y discurso del odio" en *Fragmentum n. 50*. Santa María, 2017, p.139. Democracia y Derechos Humanos num 12. Alcalá de Henares (Madrid), 2010.

MARTÍN HERRERA, David., "Libertad de expresión: ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio", *Estudios de Deusto* vol. 62, núm. 2. Bilbao, 2014.

MORETÓN TOQUERO, Arancha. "El "ciberodio" la nueva cara del mensaje del odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión en *Revista Jurídica de Castilla y León*, num. 27. ISSN: 2254-3805. Mayo ,2012.

PAUNER CHULVI, Cristina. "La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC" en *Revista de estudios europeos* N°58.

PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. "Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana" en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. CEFD n.21(2010) ISSN: 1138-9877, 2010.

RAMÓN RODRÍGUEZ-AMAT, Joan; SARIKAKIS, Katharine; GANTER , Sarah Anne ; TSAPOGAS, Dimitri. "Gobernanza de Internet y libertad de expresión en Europa: estado de cuestión" en *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel "Los discursos del odio y democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente ¿militante?", en *Libertad de expresión y discursos del odio*. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos num 12. Alcalá de Henares (Madrid), 2010.

REY MARTÍNEZ, Fernando, "Discurso del odio y racismo líquido" en *Libertad de expresión y discursos del odio*. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, num.12, Defensor del pueblo, 2015, Alcalá de Henares (Madrid).

ROCA FERNÁNDEZ, María J. "¿Qué se entiende por tolerancia en el derecho español? Análisis de la doctrina y la jurisprudencia" en *Revista de Administración Pública*, num.15. Mayo-agosto 2000.

ROCA FERNÁNDEZ, María J. “La tolerancia entre los individuos como deber fundamental en el derecho alemán: consideraciones aplicables al derecho español” en *Revista Española de Derecho Constitucional* num. 83, mayo-agosto, 2008.

Revista de Fomento Social 72/1 (2017), 5–27, 2017, ISSN 0015 6043, 2017.

Revista de Fomento Social 70 (2015), 335–362, ISSN 0015 6043, 2015.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

SAURA FREIXES, Nuria. *Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los derechos humanos. Cuadernos de derecho constitucional*. Bosch Constitucional. Barcelona, 2015.

SUÁREZ ESPINO, María Lidia. “Los derechos de comunicación social en la jurisprudencia del TEDH y su influencia en el TC español”.

TERUEL LOZANO, Germán Manuel: “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo” en, *ReDCE* núm. 27. Enero-Junio de 2017

TERRÁDEZ SALOM, Daría. “Formaciones políticas racistas y xenófobas: aproximación al uso de las redes sociales. Libertad de expresión versus abuso de derecho” en *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2013.

TERUEL LOZANO, Germán M. “El discurso de odio como límite a la Libertad de Expresión en el marco del Convenio europeo” en *Revista de derecho constitucional europeo num.27*, 2017.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SENTENCIAS TC:

STC 16 de marzo de 1981

STC 15 de febrero de 1990

STC de 11 de julio, 1983

STC de 11 de noviembre de 1991

STC de 8 de junio de 1992

STC, de 22 de febrero, 1989

SENTENCIAS TEDH:

STEDH 14 de marzo de 2013

STEDH 26 de abril de 197

STEDH 29 de octubre de 1992

STEDH de 10 de julio de 2008.

STEDH de 13 de marzo de 2018

STEDH de 14 de junio de 2016.

STEDH de 18 de diciembre de 2012.

STEDH de 4 de noviembre de 2008.

STEDH de 9 de febrero de 2012

STEDH de 10 de julio 2008