



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El discurso del odio como límite al ejercicio de la libertad de expresión

Presentado por:

Noelia Domínguez Fernández

Tutelado por:

Juan M.ª Bilbao Ubillos

Valladolid, 2024

EL DISCURSO DEL ODIOS COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

HATE SPEECH AS A LIMIT TO THE EXERCISE OF FREEDOM OF EXPRESSION

RESUMEN: Los mensajes humillantes e intolerantes están a la orden del día. Estos mensajes provocan una colisión entre el derecho a la libertad de expresión de toda persona y valores constitucionales como la dignidad humana que debe ser resuelta por los Tribunales. El debate se centra principalmente en si se debe sancionar todo discurso odioso o no, y en este sentido entran en juego los límites a la libertad de expresión y la legitimidad de los mismos.

Aunque no existe un concepto claro de discurso del odio, sí existen elementos comunes a todo discurso del odio que permiten identificarlo. El discurso del odio puede definirse de forma breve como aquel discurso que, con intención discriminatoria u ofensiva, se dirige a una persona o grupo de personas por sus propias características, es decir, por su nacionalidad, color de piel, género, religión, u otras notas inherentes a la persona. Su impacto está creciendo de manera exponencial ante el fuerte desarrollo de las nuevas tecnologías que estamos presenciando. La facilidad del acceso a Internet y la aparente impunidad que transmite ha provocado que se convierta en una de las vías más empleadas para cometer delitos de discurso del odio, pero incluso en un lugar tan abierto, la libertad de expresión encuentra sus limitaciones. La muchas veces compleja identificación de los usuarios, el carácter transfronterizo que caracteriza a Internet... son numerosos los retos ante los que se enfrentan las autoridades judiciales y numerosas las estrategias que están desplegando las plataformas para su correcto control y erradicación.

Palabras clave: dignidad humana, discriminación, discurso del odio, Internet, libertad de expresión, limitaciones, tolerancia.

ABSTRACT: Humiliating and intolerant messages are commonplace nowadays. These messages confront people's right to freedom of expression and constitutional values, such as human dignity, which must be resolved by the Courts. The debate mainly focuses on whether or not hateful speech should be punished, and here the sometimes contested limits to freedom of expression and the legitimacy of such speech come into play.

Although there is no clear concept of hate speech, there are some elements common to all hate speech that allow it to be identified. Hate speech can be briefly defined as a speech that, with discriminatory or offensive intent, targets a person or group of people because of their own characteristics, that is: their nationality, skin colour, gender, religion, or other inherent characteristics. Its impact is growing exponentially with the strong development of new technologies that we are witnessing nowadays. The ease of access to the Internet and the apparent impunity it conveys has made it one of the most widely used avenues for committing hate speech crimes, but even in such an open place, freedom of expression has its limitations.

Key words: human dignity, discrimination, hate speech, Internet, freedom of expression, limitations, tolerance.

ÍNDICE:

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
2.	LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	6
2.1.	EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	6
2.2.	EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	7
2.3.	CONTENIDO Y TITULARES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	9
2.4.	LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	12
2.4.1.	<i>Límites en el CEDH.....</i>	13
2.4.2.	<i>Límites constitucionales.....</i>	14
2.4.3.	<i>Límites penales a la libertad de expresión.....</i>	15
3.	DISCURSO DEL ODIO.....	19
3.1.	CONCEPTO DE DISCURSO DEL ODIO.....	22
3.2.	DISCURSO DEL ODIO Y DISCURSO OFENSIVO O IMPOPULAR.....	25
3.3.	REACCIÓN ANTE EL DISCURSO DEL ODIO.....	27
3.3.1.	<i>A favor de no criminalizar el discurso del odio.....</i>	27
3.3.2.	<i>En contra del discurso del odio.....</i>	29
3.4.	LA BANALIZACIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO.....	30
3.5.	EL DISCURSO DEL ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.....	32
3.5.1.	<i>STEDH, de 13 de marzo de 2018 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera vs. España).....</i>	39
4.	DISCURSO DEL ODIO E INTERNET.....	42
4.1.	CIBERODIO.....	43
4.2.	RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS.....	46
4.3.	MODERACIÓN DE CONTENIDOS.....	49
4.4.	LUCHA CONTRA EL DISCURSO DEL ODIO ONLINE.....	52
4.5.	DISCURSO DEL ODIO ONLINE EN LA JURISPRUDENCIA.....	54
4.5.1.	<i>STS 396/2018, de 9 de febrero.....</i>	54
4.5.2.	<i>SAP IB 513/2020, de 26 de marzo.....</i>	56
4.5.3.	<i>Asunto Delfi AS vs. Estonia.....</i>	59
4.5.4.	<i>STC 83/2023, de 4 de julio.....</i>	61
5.	CONCLUSIONES.....	64
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	67

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

MF: Ministerio Fiscal

ONDOD: Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN.

La libertad de expresión debe estar sujeta a restricciones para la protección del pluralismo y la tolerancia que rige en toda democracia. Entre esas posibles restricciones a la libertad de expresión se encuentra el discurso del odio.

Tras enmarcar correctamente el concepto de libertad de expresión como derecho fundamental, este trabajo se centra en conocer en profundidad el discurso del odio y delimitar de forma clara los supuestos en los que un discurso odioso va a constituir efectivamente un límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tratando de diferenciar el verdadero delito de discurso del odio de aquellos discursos simplemente ofensivos o impopulares. Para ello es necesario conocer las interpretaciones que del discurso del odio ha elaborado la jurisprudencia, así como los instrumentos jurídicos que se emplean para la resolución de este tipo de controversias.

Cuando el discurso del odio se comete vía online cabe preguntarse quién es realmente el responsable de su comisión: ¿las plataformas o los usuarios? En este trabajo se van señalar las distintas posibilidades de determinación de la responsabilidad existentes, así como la moderación de contenidos que desarrollan las plataformas para controlar de forma autónoma los discursos discriminatorios.

Es precisamente la amenaza emergente del discurso del odio online lo que motivó la elección de este tema. La población no es realmente consciente de las consecuencias que el discurso del odio lleva consigo. Día tras día se pueden leer en cualquier red social decenas de comentarios procedentes de personas que no distinguen el mundo virtual del mundo real, personas que actúan como si fueran inmunes a todo delito sosteniendo que su comportamiento queda amparado por su derecho a la libertad de expresión y sin conocer los verdaderos límites.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

2.1. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

La libertad de expresión es un elemento tan complejo como necesario para la correcta construcción de una sociedad democrática y libre.

Los derechos y libertades en su conjunto no han sido siempre practicados, concebidos y ejercidos de igual forma, sino que a lo largo de la historia se han ido moldeando, adaptando.

En el régimen constitucional de nuestros días al derecho a la libertad de expresión se le dedica el artículo 20 de la Constitución de 1978.

En el sistema universal se consagra en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el sistema europeo se encuentra reconocido en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante: CEDH).

Este artículo 10 del CEDH da ya idea de las particularidades de este derecho, al expresar que tiene distintas formas de exteriorización, al reconocer la posibilidad de establecer límites a su ejercicio, y al imponer una determinada técnica para valorar la legitimidad de dichos límites.

2.2. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

Estamos ante un derecho fundamental, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico positivo, concretamente en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª de la Constitución Española, bajo la rúbrica “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

De su calificación como derecho fundamental se derivan las siguientes notas y consecuencias¹:

- i. El derecho a la libertad de expresión es un derecho recogido en la propia Constitución. No por ello es considerado automáticamente un derecho fundamental, pero es *conditio sine qua non*. Y es indudable que el hecho de que su reconocimiento se lleve a cabo en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico da idea de la trascendencia de este derecho.

¹ BIGLINO, P. BILBAO, JM. REY, F. MATIA, J. VIDAL, JM. (Coordinadores). ALLUÉ, Alfredo. DURÁN ALBA, JF. MATIA, E. MORETÓN, A. ORTEGA, C. REDONDO, A. DELGADO DEL RINCÓN, LE. LEGAZPI RUIZ, A. SÁNCHEZ MUÑOZ, O. VIDAL, C. (Autores). *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Aranzadi, 2013, pp. 392-394.

- ii. Es un derecho de aplicabilidad directa, es decir, no es necesario desarrollo legislativo o reglamentario anterior que regule su ejercicio, y, como derecho subjetivo, es exigible directamente en sede judicial y vincula a los poderes públicos. Cualquier titular del derecho a la libertad de expresión tiene plena capacidad para solicitar la tutela de su derecho cuando considere que le está siendo vulnerado, con el fin de obtener su correspondiente restitución o restauración². A efectos de considerarlo un derecho fundamental lo esencial es que sea exigible directamente ante los Tribunales, siendo indiferente el procedimiento a seguir para ello.
- iii. Es a su vez un derecho cuyo “contenido esencial” debe ser respetado en todo caso. Es la característica más relevante de los derechos fundamentales, aunque es el punto más problemático en relación con la libertad de expresión. Más adelante trataremos cómo puede ser limitado este contenido aparentemente intangible.
- iv. Tal contenido esencial está sometido a reserva de ley, tal y como indica el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con el cual “Sólo por ley (...) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”, refiriéndose a los derechos recogidos en el Capítulo II Título I. Es necesario atender al mismo tiempo al artículo 81, que exige reserva de ley orgánica pues establece que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)” refiriéndose igualmente a los derechos del Capítulo II Título I.

Por ende, no será posible el desarrollo a través de normas reglamentarias o a través de Decretos-leyes, aunque ello no impide que sea posible que las correspondientes leyes orgánicas contengan remisiones a las primeras con la condición de que esas remisiones no supongan una regulación independiente³.

² ALONSO, L.; J. VÁZQUEZ, V. *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica Ediciones Universitarias, 2017, pp. 38-39.

³ BIGLINO, P. BILBAO, JM. REY, F. MATIA, J. VIDAL, JM. (Coordinadores). ALLUÉ, Alfredo. DURÁN ALBA, JF. MATIA, E. MORETÓN, A. ORTEGA, C. REDONDO, A. DELGADO DEL RINCÓN, LE. LEGAZPI RUIZ, A. SÁNCHEZ MUÑOZ, O. VIDAL, C. (Autores), *Op. Cit.*, pp. 434-436.

2.3. CONTENIDO Y TITULARES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

La Constitución de 1978 consagra la libertad de expresión en su vigésimo artículo. Se trata de un precepto extenso y complicado, que recoge un contenido muy variado.

La redacción contenida en la letra a) del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución se corresponde con la libertad de expresión en sentido estricto. Esta libertad de expresión en sentido estricto comprende, como expresamente menciona el texto, los pensamientos, las ideas y las opiniones, pero no solamente, sino que la jurisprudencia ha entendido también incluidas tanto las creencias como los juicios de valor⁴. Esta manifestación de la libertad de expresión se conoce como libertad de opinión⁵.

En lo que se refiere al modo de manifestación de las opiniones, el Tribunal Constitucional (en adelante: TC) considera que junto a la expresión oral y escrita, es posible la expresión a través de lenguaje simbólico o a través de otras conductas expresivas, siendo estas igualmente merecedoras de protección⁶.

Las libertades a que se refieren las letras b) y c), es decir, la libertad literaria, artística, científica y técnica y la libertad de cátedra, son entendidas como concreciones de la libertad de expresión, estando la última de ellas estrechamente relacionada con el derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución.

Finalmente, la letra d) se corresponde con la libertad de información y se garantiza con independencia del medio de difusión empleado, sin perjuicio de que sea posible regular de manera concreta un determinado medio de difusión cuando sea necesario.

No aparece en el mismo apartado que la libertad de expresión en sentido estricto, pues son libertades distintas.

⁴ STC 6/1988, de 21 de enero.

⁵ PRESNO LINERA, M.A. TERUEL LOZANO, G.M. *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, 2018, p. 144.

⁶ STC 177/2015, de 22 de julio.

En la libertad de expresión predomina la subjetividad, en la libertad de información predomina la objetividad. Será entonces necesario localizar el elemento predominante en el caso concreto para saber en qué contexto nos encontramos, si ideológico, o si, por el contrario, el contexto es informativo⁷.

Así las cosas, cuando llega una cuestión relativa al artículo 20 al TC, lo más frecuente es que se le solicite esclarecer qué libertad en concreto corre peligro, y así lo recoge la STC 6/1988, de 21 de enero, que matiza que “aunque algunos sectores doctrinales hayan defendido su unificación o globalización, en la Constitución se encuentran separados, presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto ad extra como ad intra, en las relaciones jurídicas”.

La libertad de información se singulariza por su objeto, que no son pensamientos, ideas u opiniones, sino hechos. Si bien el propio TC ha admitido que la separación en la práctica entre la expresión de pensamientos o ideas y la simple emisión de información no es una tarea sencilla, pues ambos tipos de libertad tienden a complementarse o confundirse⁸.

Si nos atenemos al tenor literal del precepto, en relación con la libertad de expresión este únicamente protege la expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones, ignorando la recepción de las mismas, mientras que en el ámbito de la libertad de información se hace referencia tanto a la comunicación de información veraz como a la recepción. Esta diferencia ha sido objeto de discusión doctrinal y habría que entender que la dimensión pasiva de la libertad (la recepción), está igualmente protegida en ambas libertades.

Si acudimos al régimen jurídico también apreciamos diferencias, en primer lugar, porque para el pleno reconocimiento y protección del derecho a la libertad de información es necesario que dicha información sea veraz. El TC ha delimitado este concepto, y no exige tanto que la información sea verdadera, sino que exige “un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo

⁷ GUTIÉRREZ DAVID. M.E. ALCOLEA DÍAZ, G. “El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático, *Derecom*, núm. 2, 2010, pp. 7-8.

⁸ STC 6/1988, de 21 de enero.

contraste con datos objetivos”⁹, es decir, que la información haya sido contrastada y obtenida de forma diligente por quien la emite.

Ello no es predicable de la libertad de expresión en sentido estricto, pues si el objeto son los pensamientos, ideas o expresiones, estas no pueden ser calificadas de veraces o no veraces. Se trata, pues, de un límite constitucional solo aplicable a la libertad de información.

Y, en segundo lugar, porque, además del requisito de veracidad, otras veces se exige a su vez que la información tenga interés público. Por su parte el TC también se ha encargado de delimitar este concepto, y entiende que una información tiene interés público cuando es relativa a un asunto público, es decir, atañe a la ciudadanía en su conjunto¹⁰, ya sea por el tema sobre el que versa, ya sea por los sujetos intervinientes¹¹.

Los apartados 2, 3 y 5 del precepto lo que hacen es configurar garantías específicas a la libertad de expresión.

El apartado 2 prohíbe la censura previa. Esta prohibición expresa de la censura previa supone que ningún poder público puede someter el contenido de cualquiera de las libertades numeradas en el apartado primero a control previo con el fin de restringir, impedir o modificar su creación o exteriorización. Esta es una garantía absoluta, y como tal no admite suspensión bajo ninguna circunstancia.

La garantía del apartado 3 se traduce en el pluralismo existente en los medios de comunicación social al exigirse un control parlamentario no solamente sobre los medios estatales sino sobre todos aquellos cuyo titular sea un ente público.

En último lugar, pero ni mucho menos con menor importancia, el artículo en su apartado 4 establece los límites al ejercicio de los derechos que el mismo reconoce.

⁹ STC 1/2005, de 17 de enero.

¹⁰ STC 134/1999, de 15 de julio.

¹¹ PRESNO LINERA, M.A. TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, pp. 145-150.

En cuanto a los titulares del conjunto de libertades agrupadas en el artículo 20, estos son todas las personas físicas, ya sean españolas o extranjeras. En relación con las personas jurídicas, el TC ha dejado entender que estas podrían ser igualmente titulares de las libertades del artículo 20.

Cabe destacar que el grado de protección de las mismas puede variar en función de quién sea el titular. De este modo la protección de la libertad de información es mayor en el caso de los periodistas, por la concreta profesión que desempeñan, siempre que sea ejercida a través de los cauces correspondientes de información pública, y la protección de la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica alcanza su máximo nivel en los debates científicos¹².

2.4. LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

El derecho a la libertad de expresión, como todo derecho fundamental, no es absoluto. Es un pilar del Estado democrático, pero no es un derecho ilimitado y se somete a restricciones. Vivimos en sociedad, cada persona es titular de derechos y se relaciona con personas también titulares de derechos. Consecuentemente, no toda expresión vertida va a gozar de protección¹³, pues el Estado ha de salvaguardar, amparar valores que se tienen como inherentes a una democracia, como la igualdad o la no discriminación¹⁴.

Resulta conveniente distinguir la limitación de los derechos fundamentales de la delimitación o configuración de los mismos. Son actuaciones sucesivas, pues la limitación de un derecho requiere de su previa delimitación. La delimitación es muchas veces necesaria por la indeterminación que en ocasiones caracteriza al texto constitucional, y va dirigida a perfeccionar el contenido del derecho, fijando su alcance, mientras que la limitación o restricción va a aminorar el contenido concretado en la delimitación, ya sea de modo general o particular según el caso¹⁵. En la práctica la distinción entre ambos conceptos no siempre va a ser clara, pero lo que sí está claro es que todo derecho tiene un contenido delimitado

¹² *Ídem.*, pp. 153-177.

¹³ STS 135/2020, de 7 de mayo, FJ 2.

¹⁴ TERUEL LOZANO, G.M. “Discursos extremos y libertad de expresión: amparar no es sacralizar”, *Letras Libres*, núm. 223, abril 2020, p. 10.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, LM. *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, 2008, p.115.

que en todo caso goza de protección constitucional, pero que puede limitarse si se enfrenta a otros valores merecedores también de protección.

Dentro de las limitaciones en sentido amplio se pueden distinguir las limitaciones expresas de las limitaciones tácitas, siendo las primeras las establecidas en las leyes, incluida la Constitución, y las segundas las que tienen como fin la tutela de otros derechos.

Los tribunales van a controlar las restricciones a las que se someten los derechos con lo que se conoce como el juicio de proporcionalidad, de modo que estas deben cumplir una serie de requisitos para ser consideradas restricciones lícitas y justificadas. Como ya sabemos, las limitaciones se deben establecer en leyes que respeten el contenido esencial del derecho, pero también deben ser restricciones proporcionales, esto es, que el objetivo sea constitucionalmente legítimo y que no haya otra restricción que siendo menos gravosa persiga el mismo fin. Deben al mismo tiempo ser restricciones adecuadas, es decir, asegurar un equilibrio entre la limitación establecida y el beneficio obtenido. Las restricciones que cumplan estos requisitos serán justificadas y permitirán un ejercicio compatible entre los derechos.

2.4.1. *Límites en el CEDH.*

Según ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: TEDH), el derecho a la libertad de expresión “(...) puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (...)”. Lo que este precepto persigue es obligar a los Estados a motivar las limitaciones que obstaculicen el ejercicio de los derechos del artículo 10 del CEDH.

Las limitaciones deben adecuarse al principio de calidad de la ley, que se concreta en 3 puntos: deberán establecerse en leyes (a estos efectos hay que entender por leyes las normas jurídicas internas), de manera que sean accesibles para los ciudadanos, y deben ser rigurosas y concretas, permitiendo conocer de antemano las consecuencias de su incumplimiento.

Deben las restricciones ir dirigidas a la consecución de alguno de los objetivos del mencionados en el apartado 2 del 10, teniendo en todo caso en cuenta el principio de proporcionalidad antes referido.

En relación con la censura previa, a diferencia de la Constitución, el TEDH no la prohíbe, pero admite que amenaza a la plenitud del propio derecho¹⁶.

Aunque la jurisprudencia del TEDH no es favorable a la imposición de sanciones penales en los supuestos de abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sí que reconoce que la sanción penal procede en supuestos especialmente graves. Así, admite que el discurso del odio puede suponer una limitación¹⁷. En este sentido, establece que en determinadas sociedades democráticas se deben castigar, y en ocasiones detener, los mensajes que “expandan, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”¹⁸.

2.4.2. Límites constitucionales.

En este sentido, el artículo 20 de la Constitución pone el límite en los demás derechos reconocidos en el Título I y en las leyes reguladoras de los mismos, haciendo particular énfasis en los derechos del artículo 18.1 y en la protección de la juventud e infancia, aunque el TC ha establecido que esta enumeración no es un *numerus clausus* y todo derecho de las demás personas podría suponer una limitación a las libertades del 20.

La Constitución no establece una jerarquía entre los distintos derechos y estos pueden verse enfrentados. La jurisprudencia ha resuelto numerosos supuestos de colisión de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, particularmente con el honor, y en menor medida, aunque reseñable, con el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen. En estos casos, tras la identificación de los bienes enfrentados, la solución se obtiene llevando a cabo un juicio de ponderación, actuación que el Tribunal Supremo (en adelante: TS) define como “operación por la cual, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, se procede al examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando

¹⁶ BUSTOS GISBERT, R. HERNÁNDEZ RAMOS, M. *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, p. 4.

¹⁷ PRESNO LINERA, M.A. TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, p. 103-115.

¹⁸ Erbakan vs. Turquía, de 6 de julio de 2006 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76232>)

preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella”¹⁹. Esta ponderación no va a suponer la exclusión de un derecho en favor del otro, sino que hará que en determinadas circunstancias uno tenga más peso que el otro, sin llegar a una aplicación excluyente²⁰.

Este juego de ponderación ha sido objeto de críticas por favorecer la inseguridad jurídica, pues requiere una aplicación al caso concreto, dando lugar en ocasiones a soluciones distintas según las circunstancias y el grado de afectación de los derechos.

El TC ha dejado fuera de protección a los discursos basados en la intolerancia, a los discursos del odio, habiendo reconocido que se pueden dar expresiones ofensivas que no cabe que sean amparadas por el artículo 20 pues son incompatibles con importantes valores que persigue la Constitución. Así, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad, admite que “nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional”, pero “el art. 20.1 CE no garantiza “el derecho a expresar (...) con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social”²¹. En este sentido, el TC ha dejado claro que no existe un derecho al insulto, pero sí a las críticas, aunque ofendan, pues es presupuesto de las sociedades democráticas²².

2.4.3. *Límites penales a la libertad de expresión.*

Un ejercicio abusivo de la libertad puede suponer en supuestos graves un ilícito penal, y así lo recuerda el TS al establecer que “los contenidos negativos de ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal para los ataques más graves”²³.

¹⁹ STS 297/2016, de 5 de mayo, FJ 3.

²⁰ BIGLINO, P. BILBAO, JM. REY, F. MATIA, J. VIDAL, JM. (Coordinadores). ALLUÉ, Alfredo. DURÁN ALBA, JF. MATIA, E. MORETÓN, A. ORTEGA, C. REDONDO, A. DELGADO DEL RINCÓN, LE. LEGAZPI RUIZ, A. SÁNCHEZ MUÑOZ, O. VIDAL, C. (Autores), *Op. Cit.*, pp. 415-418.

²¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ4.

²² STC 174/2006, de 5 de junio.

²³ STS 259/2011, de 12 de abril, FJ1.

De manera que el Código Penal (en adelante: CP) ha previsto una serie de delitos sancionadores de discursos extremos²⁴. En concreto, los preceptos que limitan la libertad de expresión se recogen en los Títulos XI, XXI y XXII.

El Título XI del Libro II del CP se dedica a la protección del honor ante excesos en la libertad de expresión, tipificando el delito de injurias y calumnias. Se define la injuria en el artículo 208 como la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, siendo la calumnia la “imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad” de acuerdo con el 205.

El Título XXI protege a la Constitución y su contenido. Particular importancia tiene en este punto el artículo 510 CP. El bien jurídico protegido en este caso es la dignidad de la persona, inherente al ser humano, y como tal ser humano no susceptible de discriminación²⁵. Por ser entendidas como un ataque, el precepto castiga las expresiones que guardan relación con el discurso del odio y negacionista. Este precepto tiene una nueva redacción como consecuencia de la reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, aprobada con el objetivo de endurecer la regulación.

Dicho artículo en su apartado primero recoge el tipo básico de incitación al odio, y castiga a quien fomente, promueva o incite, tanto directa como indirectamente el odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o persona que forme parte del mismo, “por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad”. Con anterioridad a la reforma solamente se castigaba la incitación al odio, a la discriminación y a la violencia, sin hacer mención a la hostilidad. Para la sanción de estas conductas se exige un dolo genérico y basta con una incitación indirecta, pero siempre que la discriminación se deba a los motivos anteriormente expuestos²⁶.

²⁴ TERUEL LOZANO, G.M. “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, núm. 36, 2017, pp. 186.

²⁵ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado. Conclusión 1ª.

²⁶ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado.

La reforma igualmente añade una nueva mención que castiga a quienes “produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes” cuyo contenido sea susceptible de fomentar, promover o incitar las situaciones descritas en el apartado anterior, y otra que tipifica los mismos comportamientos en referencia a los delitos de genocidio, lesa humanidad y personas y bienes protegidos en caso de conflicto armados.

El apartado 2 establece los tipos atenuados de la incitación al odio previendo a su vez agravantes de los mismos, siendo castigados con la misma pena que el tipo básico cuando promuevan un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia. Y los apartados 3, 4 y 5 recogen circunstancias agravantes: el apartado 3 hace referencia a la difusión por internet, medios de comunicación social o tecnologías de información, pues hay constancia de que estas nuevas tecnologías pueden incrementar exponencialmente el daño sufrido por las víctimas, pues se permite el acceso a un amplio número de personas. El apartado 4 hace referencia a la alteración de la paz pública y a la creación de un sentimiento de inseguridad o temor en las víctimas. Y el apartado 5 persigue la tutela de la infancia y la juventud al agravar las conductas cuando se lleven a cabo por profesionales en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre²⁷.

La realidad es que la reforma no ha hecho sino extender de forma amplísima el tipo penal, de manera que casi cualquier conducta sea reconducible al mismo, y, en consecuencia, poniendo en duda el principio de intervención mínima del derecho penal²⁸.

Dentro del Título XXI cabe mencionar ciertas modalidades de injurias y calumnias contra miembros de la Familia Real y la utilización de sus imágenes dañando el prestigio de la Corona, delitos regulados en los artículos 490 y 491. También se castigan las injurias y calumnias dirigidas al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, así como las que se dirijan a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en el artículo 504.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. “El discurso del odio sexista (en construcción)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 48, mayo 2019, pp. 53-54.

Por su parte los artículos 524 y 525 CP protegen a aquellas personas que practican una religión o cultivan determinadas creencias frente a posibles ofensas en el ejercicio de la libertad de expresión, sancionando a quien “en el templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados” y a quien hiciere “escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias”, bien de palabra bien por escrito.

Conforme al 543 se van a castigar las “ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas”, siempre que se lleven a cabo con publicidad. Se pretende con ello proteger de posibles ataques no a los símbolos en sí, sino a su valor y significado para los ciudadanos²⁹. No son pocos los autores que abogan por la supresión de este delito al considerarlo incompatible con la libertad de expresión, pero los tribunales no han encontrado razón que justifique la inconstitucionalidad del mismo³⁰.

Para terminar, el Título XXII protege el orden público y la seguridad nacional. Sus artículos 578 y 579 suponen una restricción a la libertad de expresión.

El 578 sanciona dos comportamientos distintos: por un lado, toda participación en el “enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577”, refiriéndose estos a los delitos de terrorismo (delito de enaltecimiento o justificación de actos terroristas), y, por otro lado, a todo el que cometa dichos delitos o participe en “la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas” de los mismos (delito de humillación o menosprecio de las víctimas de actos terroristas). Siendo necesaria la publicidad en el primer comportamiento referido, no lo es en el segundo, que constituye automáticamente un delito desde que la víctima es conocedora de la humillación. El apartado 2 del 578 prevé hechos agravantes de la pena como ocurre cuando los actos sancionados en el apartado anterior no solamente se ejecutan, sino que se difunden. Para delimitar el concepto de terrorismo acudimos al 573. Las penas previstas en este 578 han sido objeto de aplicación en numerosas sentencias condenatorias.

²⁹ BILBAO UBILLOS, J.M. “La protección penal de los símbolos nacionales. El delito de ultraje a la bandera”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 126, 2022, pp. 28-29.

³⁰ *Ibidem*, p. 31.

El delito de apología del terrorismo ha sido fuertemente criticado por quien entiende que no constituye en realidad una provocación directa al delito, si bien hay autores que lo interpretan como un verdadero acto de terrorismo. La jurisprudencia de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo considera que las conductas descritas no se castigan por tratarse de una apología directa, sino porque tienen como finalidad el apoyo a objetivos terroristas. La aprobación entre los autores y Tribunales del delito de humillación de las víctimas de terrorismo y su familia es mayor. La humillación de una persona por el simple hecho de su cualidad de víctima se identifica claramente con una actitud de puro odio³¹.

Y el 579 recoge un delito de incitación, castigando al que “por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otro” a la comisión de actos incluidos en el concepto de terrorismo³².

Ahora bien, es necesario indicar que el simple hecho de estar de acuerdo con la apología del terrorismo, lo que sería en palabras del TS “la apología de la apología”³³, no es un delito y no es susceptible de castigo penal al no constituir un comportamiento activo como exige el CP³⁴.

Finalmente, el TC anuló el inciso del antiguo artículo 607.2 CP que castigaba la negación del genocidio³⁵, al entender que su sanción colisiona con el contenido esencial de la libertad de expresión, esto en contra de la tendencia seguida por el TEDH, de acuerdo con la cual las conductas negacionistas constituyen una extralimitación del ejercicio del derecho y, por ende, no deben quedar amparadas por su ámbito de protección³⁶.

3. DISCURSO DEL ODIO.

El término “odio” ha sido importado del mundo anglosajón. Se emplea muy frecuentemente en el ámbito de la criminología, y se utiliza para calificar una serie de conductas que

³¹ BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del discurso del odio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, julio de 2016, pp. 18-29.

³² Article19: España: Delitos relacionados con la libertad de expresión en el Código Penal [En línea]: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-Legal-Codigo-Penal-Espana-Marzo-2020-FINAL-ESPANOL.pdf> [Consulta 4 marzo 2024].

³³ Auto AN, de 9 de julio de 2008, FJ 3.1.

³⁴ GUTIÉRREZ DAVID. M.E. ALCOLEA DÍAZ, G. *Op. Cit.*, p. 12.

³⁵ *Ídem*, p.13.

³⁶ ALCÁCER GUIRAO, R. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, p. 9.

comparten la característica de ser realmente belicosas con determinados grupos de personas³⁷. Desde la perspectiva legal, más allá de considerar el odio como una emoción humana relacionada con la hostilidad, este se corresponde con una “aversión discriminatoria”³⁸, entendiendo por discriminación el trato desfavorable e injusto dirigido a una persona o conjunto de ellas basado en ciertas condiciones propias y que vulnera el principio de igualdad de trato³⁹.

Los delitos de odio se configuran entonces entorno a esta noción de odio, que es la que permite explicar su aparición⁴⁰.

El delito del discurso del odio se corresponde con una de las diversas categorías del delito de odio. Ahora bien, no todo discurso del odio es un delito de odio, sino que debe cumplir ciertos requisitos para poder ser calificado como tal, pudiendo tener consideración de incidente del odio cuando no constituya un delito sino una infracción administrativa⁴¹.

Nuestro CP no regula de forma expresa los delitos de odio, ni los define ni menciona, pero existe consenso en considerar como tales a aquellos delitos en los que se puede apreciar la circunstancia agravante del 22.4 CP⁴² (agravante genérica que es susceptible de aplicación a todo delito, entre ellos los que constituyen actuaciones de habla, por lo que, de ser aplicada, por ejemplo, a un delito de injurias, daría lugar a un delito de discurso de odio⁴³), así como algunos delitos de la Parte Especial⁴⁴, como pueden ser los delitos de discriminación en el ámbito laboral del 314 CP o los delitos de denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales del 512, además de, lógicamente los delitos de incitación al odio, la violencia o la discriminación del 510⁴⁵.

En España es difícil conocer el número real de casos de delitos de odio debido a la infradenuncia (llamada igualmente “cifra sumergida”) que se da en este ámbito. Por los datos

³⁷ MIRÓ LLINARES, F. (Director). FUENTES OSOIO, J.L. (Autor) *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017, p. 131.

³⁸ *Ídem.*, p. 133.

³⁹ Art. 2 Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁴⁰ MIRÓ LLINARES, F. (Director). FUENTES OSOIO, J.L. (Autor), *Op. Cit.*, p.133.

⁴¹ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y migraciones. Gobierno de España. Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2020, p. 62.

⁴² El art. 22.4 CP prevé como circunstancia agravante el “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

⁴³ MIRÓ LLINARES, F. (Director). FUENTES OSOIO, J.L. (Autor), *Op. Cit.*, pp. 108-109.

⁴⁴ *Ídem.*, p. 12.

⁴⁵ *Ídem.*, pp. 42-43.

de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sabemos que, en 2021, de cada 10 víctimas solamente 1 decidió denunciar⁴⁶, y esta infradenuncia no se ha de interpretar de forma positiva, pues se debe a distintas y preocupantes causas: hay víctimas que consideran que se encuentran en una situación normal por haber vivido en ambiente de odio y discriminación a lo largo de toda su vida; otras víctimas piensan que la denuncia no servirá para nada, que no habrá respuestas legales; hay quien no denuncia por miedo a venganza, incluso por vergüenza, o quien simplemente no conoce los cauces y posibilidades legales que se hallan a su favor para la defensa de sus derechos⁴⁷.

Así, el número total de delitos de odio conocidos en España en 2022 es de 1796, una cifra similar a la del año anterior (un aumento de apenas un 4%), pero un ascenso destacable en comparación con el año 2020: en 2019 el total de delitos registrados fue de 1598⁴⁸, por lo que el descenso de las cifras vivido en 2020 puede deberse a la paralización del mundo como consecuencia de la COVID-19. Aun así, el delito de odio más común en 2022 ha sido el motivado por razones racistas o xenófobas (755 de 1796), seguido por razones de orientación sexual e identidad de género (459 de 1796)⁴⁹.

Relevantes son los datos que afloran del informe de la “Encuesta sobre delitos de odio” llevada a cabo entre el 18 de diciembre de 2020 y el 31 de marzo de 2021 por el Ministerio de Interior, pues del total de personas encuestadas, el 89,48% teme ser víctima de un posible delito de odio⁵⁰.

Contra estas conductas de odio, y para detectarlas y saber cómo intervenir en cada suceso concreto, se aprobó en España, en 2011, la “Estrategia Integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia”. Para ello se fundó la Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio (en adelante: ONDOD)⁵¹.

⁴⁶ Ministerio del Interior. Gobierno de España. Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, 2022, p.3.

⁴⁷ AGUILAR GARCÍA, M.A. (director) GÓMEZ, MARTÍN, V. MARQUINA BERTRÁN, M. DE ROSA PALACIO, M. MARIA TAMARIT, J. AGUILAR GARCÍA, M.A. *Manual para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Addenda, 2015, pp. 70-76.

⁴⁸ Ministerio del Interior. Gobierno de España. Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, 2021, p.11.

⁴⁹ Ministerio del Interior. Gobierno de España. Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, 2022, p.10.

⁵⁰ Informe de la encuesta sobre delitos de odio. Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio, junio de 2021. Ministerio del Interior. Gobierno de España. p. 21.

⁵¹ *Ídem.*, pp. 2-4.

A efectos de poder realizar estudios más acertados en el futuro sería conveniente que el porcentaje de infradenuncia disminuyera, para lo que es necesario, esencialmente, campañas de divulgación, pues se ha demostrado que ello influye en la intervención.

3.1. CONCEPTO DE DISCURSO DEL ODIO.

Para poder afirmar que la libertad de expresión no puede proteger el discurso del odio es necesario conocer a qué nos referimos cuando utilizamos este término.

Ningún concepto relativo a los delitos de odio ha sido adoptado de forma unánime. En Alemania, para referirse a los delitos de odio se acude al término “violencia de extrema derecha”, mientras que, por ejemplo, en Francia se incluyen dentro de la denominada “violencia xenofóbica”⁵². Pero el término “hate speech” encuentra su origen en Estados Unidos, en la sentencia dictada como consecuencia del asunto *Schenck vs. Estados Unidos*, donde se mencionó por primera vez “expresiones de odio”, que en dicho momento estaban tuteladas por la Primera Enmienda siempre que no constituyeran un peligro real e inminente para bienes jurídicos tutelados por el Estado. Fue tras la II Guerra Mundial cuando el concepto ya se arraiga en toda Europa⁵³.

Cuando hablamos de discurso del odio nos estamos refiriendo a aquellas manifestaciones, cualquiera que sea su forma, encaminadas a generar bien odio, bien discriminación, bien violencia contra las personas que forman parte de un grupo por la simple razón de su etnia, religión, género, orientación sexual u otras características particulares⁵⁴. Es decir, son manifestaciones basadas en la intolerancia, entendiendo la intolerancia como la reprobación de quienes no presentan nuestras condiciones personales⁵⁵. Es el prejuicio lo que distingue a estas conductas de otras conductas ilícitas.

⁵² MARTIN HERRERA, D. “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto*, núm. 62/2, julio-diciembre 2014, p. 16.

⁵³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. *Op. Cit.*, pp. 46-47.

⁵⁴ CAMPOS ZAMORA, F.J. “¿Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, 2018. p. 284.

⁵⁵ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y migraciones. Gobierno de España. Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2020, p. 11.

Y es que lo realmente meritorio no es la tutela de las opiniones de la mayoría, sino que un buen sistema de tutela se pone de manifiesto a la hora de amparar las opiniones que no se consideran políticamente correctas⁵⁶.

Pero, como hemos dicho, no existe un concepto normativo preciso, y a día de hoy continúa en uso la definición que diera el Consejo de Europa en 1997: “todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, al antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la discriminación y la hostilidad contra las minorías”⁵⁷. Es la definición utilizada por el TEDH. La consecuencia directa del uso de esta definición en la doctrina del TEDH es que las conductas que puedan ser calificadas conforme a ella, no quedan protegidas por la libertad de expresión⁵⁸. Más actual es la definición dada por la Comisión Europea en 2015, según la cual el discurso del odio sería “el uso de una o más formas de expresión específicas 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”⁵⁹.

El problema del discurso del odio es que su peligrosidad lleva, en un Estado democrático y libre, a la necesidad de darle una regulación, la cual puede llevar a su vez a una también peligrosa limitación excesiva de la libertad de expresión. Es decir, obviar el discurso del odio es una amenaza para la seguridad de las personas, y actuar contra él es una amenaza para la libertad de expresión. La tendencia actual es a considerar que los discursos odiosos no pueden ser amparados.

Los inicios de la jurisprudencia constitucional relativa al discurso del odio lo identificaban con aquellos mensajes con una clara naturaleza racista y xenófoba, con los que se persiguiera humillar e incitar a la violencia contra razas concretas⁶⁰. Cuando el TC califica una expresión como discurso del odio lo hace sobre la idea de que la libertad de expresión persigue

⁵⁶ BILBAO UBILLOS, J.M. “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto *Stern Taulants y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada*”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2018, p. 29.

⁵⁷ Recomendación n°R (97) 20 del Consejo de Europa del 30 de octubre de 1997.

⁵⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., *Op. Cit.*, p.5.

⁵⁹ Recomendación n°15 de la Comisión Europea del 8 de diciembre de 2015.

⁶⁰ TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, 2018, p. 25.

colaborar con la libre formación de opinión pública⁶¹, objetivo al que no se dirige el discurso del odio.

Pero la evolución jurisprudencial en nuestro país ha llevado a que las resoluciones actuales identifiquen al discurso del odio con el mensaje puramente intolerante.

El TS haciendo una interpretación de lo establecido por el TC ha determinado que los delitos de odio son delitos de “peligro potencial o hipotético”⁶²: basta con que el acto sea propicio para crear un ambiente de odio que sea capaz de generar actos frente a un grupo o un integrante del mismo basados en la intolerancia⁶³. Es decir, no se requiere un resultado lesivo, pero sí una predicción de peligro, lo que conlleva atenderse no a los efectos del comportamiento, sino a su contexto, que será el que determine su posible peligrosidad.

Así las cosas, en aras de acotar un poco el discurso del odio y no caer en imprecisiones, se debería optar por un concepto restrictivo. Desde esta perspectiva, los datos que lo definen son:

- **La intención ofensiva directa del emisor.** Recientemente el TS ha dejado claro que, aunque no sea una exigencia expresamente establecida en la descripción del tipo, es necesario atender al elemento tendencial del emisor. Pero en la práctica esta intención es difícil de probar⁶⁴.

- **El destinatario forma parte de un grupo vulnerable que reúne unas determinadas características.** El sujeto pasivo es bien un grupo, bien un solo integrante del mismo⁶⁵, que es elegido por el autor del delito por razón de esa vinculación que tiene con el grupo, y en cuyo caso dicho grupo podría considerarse una víctima indirecta. Si bien, lo más frecuente son los delitos de odio contra una

⁶¹ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4.

⁶² TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, 2018, pp. 26-29.

⁶³ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado. Conclusión 3ª.

⁶⁴ TAPIA BALLESTEROS, P. “¿Discurso de odio? y libertad de expresión”, *Foro*, núm. 1, 2020, p. 481.

⁶⁵ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado. Conclusión 4ª.

sola víctima (el 67,4% de las víctimas de delitos de odio de las resoluciones dictadas entre 2018 y 2022 fueron víctimas únicas)⁶⁶.

- **La motivación de la ofensa se encuentra en dichas características que definen al destinatario⁶⁷.** Esto es una nota esencial. Es lo que simboliza la persona, no lo que personalmente es, lo que motiva al autor a incurrir en un discurso de odio. Además, es una característica especialmente cruel de estos delitos, pues la víctima nada puede hacer para modificar su identidad, por la que está siendo discriminada; son especialmente vulnerables⁶⁸.

En cualquier caso, toda instrucción de este tipo de delitos debe ser meticulosa, pues en caso de no localizarse la motivación concreta del hecho, su calificación como delito de odio puede quedar enmascarada, de manera que multitud de altercados considerados ordinarios en realidad no hacen sino ocultar agresiones basadas en discriminaciones por religión, identidad sexual, o los motivos referidos⁶⁹.

3.2. DISCURSO DEL ODIOS Y DISCURSO OFENSIVO O IMPOPULAR.

Verdadera importancia tiene la separación entre el discurso del odio y el discurso ofensivo o impopular, pues este último va a estar amparado por la libertad de expresión por los principios propios de nuestro Estado democrático.

No hay una clara diferenciación entre ambos tipos de discurso. La jurisprudencia ha establecido que en el concepto de discurso del odio entra la apología al terrorismo y genocidio, así como el discurso que discrimina a determinados colectivos, mientras que el discurso impopular puede comprender perspectivas ideológicas, por ejemplo, no defensoras del régimen constitucional⁷⁰.

⁶⁶ Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, lgtbifobia y otras formas de intolerancia 2018-2022. Ministerio de inclusión, seguridad social y migraciones. Gobierno de España. p. 48.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ AGUILAR GARCÍA, M.A. (director) GÓMEZ, MARTÍN, V. MARQUINA BERTRÁN, M. DE ROSA PALACIO, M. MARIA TAMARIT, J. AGUILAR GARCÍA, M.A, *Op.Cit.*, pp. 267-268.

⁶⁹ *Ídem* pp. 315-316.

⁷⁰ GUTIÉRREZ DAVID. M.E. ALCOLEA DÍAZ, G. *Op. Cit.*, pp. 9-10.

Para delimitar los discursos del odio y su castigo, el TC ha hablado en ocasiones del “principio del daño”. A partir de este principio hay que tener en cuenta la distinción entre ciertas expresiones que están efectivamente sometidas a limitaciones por atacar bienes constitucionales, de aquellas otras que en principio moralmente no deberían ser respetadas, pero que entran en el ámbito de la libertad de expresión por no ser suficientemente graves⁷¹.

Las denominadas democracias militantes no amparan las expresiones que vayan en contra de la esencia del orden democrático, pero, como vemos, nuestro sistema no reviste una forma militante, sino abierta⁷²: las expresiones contrarias a la Constitución serán legítimamente restringidas solamente si con ellas se produce un daño a algún derecho o bien jurídico. Así, la opinión que defienda el régimen franquista podría ser moralmente cuestionable, pero constitucionalmente hablando entra en el ámbito de la libertad de expresión.

En este sentido se pronuncia el TC al recordar, en la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, que en España “no tiene cabida un modelo de democracia militante”⁷³, reconociendo en la Sentencia 17671/1995, de 11 de diciembre, que “La Constitución protege también a quienes la niegan”⁷⁴.

Ahora bien, que estas opiniones reprobables encuentren protección en la libertad de expresión solamente supone no ordenar su represión dotándolas de inmunidad jurídica, lejos de suponer una santificación de las mismas⁷⁵.

El TEDH en sentencia de 23 de septiembre de 1994 indicó cuáles son las circunstancias que es preciso analizar a la hora de decidir si un mensaje entra o no en el amparo que proporciona la libertad de expresión, aunque nuestro TC en ocasiones suele desentenderse de su análisis cuando conoce de estas cuestiones relativas al discurso del odio. Esas circunstancias a examinar serían: el contenido del mensaje, el modo en el que se difunde el mismo, las

⁷¹ TERUEL LOZANO, G.M. “*Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018, p. 24.

⁷² TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, 2020, p. 8.

⁷³ STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ7.

⁷⁴ STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ4.

⁷⁵ TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, 2018, p. 42.

características del medio de difusión empleado y el motivo por el que la persona emite el mensaje⁷⁶.

3.3. REACCIÓN ANTE EL DISCURSO DEL OUDIO.

Es evidente que ante el quebrantamiento de los límites establecidos a la libertad de expresión debe haber una reacción jurídica. La imposición de restricciones al discurso del odio persigue proteger tanto a la propia democracia como a las personas o grupos que se pueden ver amenazados, así como impedir la exclusión social por la existencia de hate groups⁷⁷.

Como hemos visto, la reacción penal se reserva a los supuestos más graves de vulneración, y los artículos 510 y 578 CP sancionan expresiones que se identifican con discursos del odio y negacionistas y el enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas respectivamente. El campo de aplicación de estos preceptos es amplísimo.

La reacción civil se establece por la vía de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, pero esta ley se limita a prever la posibilidad de que la víctima vea restituidos sus derechos y obtenga una indemnización por el daño causado.

La reacción administrativa no está justificada: la limitación de derechos fundamentales debe dejarse en manos de los tribunales⁷⁸.

3.3.1. A favor de no criminalizar el discurso del odio.

Pese a que parece claramente una conducta sancionable, hay quien no está a favor de la criminalización del discurso del odio. La represión por parte de los poderes públicos ha provocado la intranquilidad de muchos defensores de la libertad de expresión que cuestionan sus límites. No tratan de imponer la idea de que el Estado deba mantenerse al margen, pues un Estado social y democrático exige la protección de los valores reconocidos en nuestra

⁷⁶ GUTIÉRREZ DAVID. M.E. ALCOLEA DÍAZ, G. *Op. Cit.*, pp. 10-11.

⁷⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. *Op. Cit.*, pp. 47-48.

⁷⁸ TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, 2017, pp. 191-193.

Constitución, sino que la vía de lucha por la libertad de expresión no sea tanto la censura, sino técnicas que permitan un enfrentamiento de opiniones⁷⁹.

Quienes abogan por la no criminalización del discurso del odio defienden que en un país democrático es necesario que toda persona manifieste sus opiniones y estas sean conocidas, admitiendo que el único modo de asegurar que toda opinión se conozca es la protección de la libertad de expresión, que no debe ser limitada por mucho que sea calificada de intolerante.

Aquí cabe mencionar el referido por multitud de autores como el libre mercado de las ideas. Mediante esta metafórica denominación se da a entender que sin intervención de los poderes públicos las ideas veraces se impondrían tarde o temprano sobre las mentiras.

Al mismo tiempo hay quien afirma que la excesiva protección de los ciudadanos por parte del Estado no consigue sino una invalidación de la independencia moral de cada uno de ellos, vulnerando el principio de igualdad que establece la exigencia de que todas las personas sean escuchadas por igual. Desde esta perspectiva la criminalización del discurso del odio impediría a las personas desarrollarse personalmente. Esta es la postura que defendió Ronald Dworkin. La limitación de determinadas opiniones supondría que la opinión de ciertas personas se impone sobre la de otras mediante el silenciamiento. Dice Dworkin que la libertad de expresión existe precisamente para que nadie, incluida cualquier autoridad pública, obstaculice ni sancione las opiniones propias, defendiendo igualmente que la doctrina del mercado libre de las ideas es fundamental en un Estado democrático, pues toda persona es libre de formar su propia opinión sin intervención del Estado⁸⁰, precisamente como medio para defender la libertad de expresión de quien opina distinto a la mayoría⁸¹.

Siguiendo a Massey, la vía que los grupos subordinados tienen para evitar dicha subordinación es el debate, por lo que todo aquello que persiga obstaculizar el libre tránsito de ideas se transforma en una amenaza para ellos⁸².

⁷⁹ *Ídem*, p. 189.

⁸⁰ TOSCANO, M. “Pornografía, odio y libertad de expresión. Los argumentos de Ronald Dworkin”, *Revista de Filosofía moral y política*, núm. 67, julio-diciembre 2022, p. 12.

⁸¹ ALCÁCER GUIRAO, R., *Op. Cit.*, p.30.

⁸² MARTÍN HERRERA, D. *Extreme speech y libertad de expresión*, Dykinson, 2018, p. 168.

Otro argumento en contra de su criminalización es que efectivamente el castigo del discurso del odio excluye la posibilidad de discutir dichas expresiones desde el ámbito político. De esta manera el castigo del delito del odio se limita a calificar ciertas opiniones como inmorales, sin intentar trabajar en la lucha contra la intolerancia⁸³.

Además, no se ha evidenciado que el aumento del discurso del odio se traduzca en un aumento de crímenes de odio⁸⁴.

3.3.2. *En contra del discurso del odio.*

Frente a aquellos que defienden la legitimidad del discurso del odio fuera de la sanción penal, se encuentran los partidarios de su criminalización.

Es muy difícil, por no decir imposible, hablar de un mercado libre de ideas en la actualidad, primeramente, porque un mercado, por definición, no persigue la justicia, pero es que tampoco persigue la verdad. Como tal mercado, es injusto, de manera que no todas las personas se encuentran en un plano de igualdad, y no es el mejor instrumento de debate.

A favor de la criminalización también se argumenta que la misma no vulnera el principio de igualdad, sino que es el propio discurso del odio el que lo daña, pues automáticamente el destinatario del mismo se encuentra en desigualdad respecto de su emisor.

En contra de los autores que defienden que la sanción al discurso del odio aminora el debate político, se puede constatar que el hecho de que en la actualidad este esté penado en la mayoría de países, no ha hecho otra cosa que avivar la diferencia de opiniones y las críticas⁸⁵.

Hay que poner el foco, por otro lado, en la necesidad de frenar mediante su restricción y sanción las posibles consecuencias del discurso del odio: puede ser el origen de ataques violentos en la sociedad y, en supuestos extremos, de actos genocidas.

⁸³ CAMPOS ZAMORA, F.J. *Op. Cit.*, pp. 285-286.

⁸⁴ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *¡Controlate en las redes!: el discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*, 2017, p. 13.

⁸⁵ CAMPOS ZAMORA, F.J. *Op. Cit.*, pp. 286-289.

Asimismo se defiende que ante estas situaciones el Estado no debería actuar de manera neutral, pues la restricción del discurso del odio es manifestación del respeto a valores recogidos en la Constitución, entre los que se encuentra la dignidad⁸⁶.

3.4. LA BANALIZACIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO.

El tratamiento penal del discurso del odio atiende a la situación desigual del colectivo que constituye el sujeto pasivo de estas conductas, no importando tanto el contenido del mensaje sino la discriminación que supone para dicho colectivo, la cual rompe con el principio de igualdad.

Así las cosas, se entiende que el discurso del odio es perjudicial para los colectivos vulnerables, y esta mayor susceptibilidad a la discriminación sería lo que explica la restricción a la libertad de expresión. A efectos de qué considerar por colectivo vulnerable, en sentido amplio se entiende como aquel colectivo desaventajado que requiere especial protección, siendo importantes las circunstancias tanto sociales como históricas, pues “la prohibición del denominado discurso del odio debe circunscribirse a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados en el contexto concreto en el que se emita el discurso”⁸⁷.

Pero no es acertado mantener que el castigo de estas actitudes sea la vía más útil para terminar con la discriminación, pues esto puede dar lugar a una aplicación excesivamente amplia del artículo 510 CP.

La jurisprudencia ha optado por incluir en los discursos de odio toda conducta que manifieste antipatía con colectivos concretos. Esta jurisprudencia no es acorde a la protección de la vulnerabilidad a la que se refiere el Derecho penal y no sigue los criterios dados por el Derecho internacional a efectos de entender qué es el discurso del odio.

Estamos ante un proceso de transformación del tratamiento del discurso del odio. Frente a la vulnerabilidad como fundamento de su sanción se pasa a una perspectiva que es totalmente

⁸⁶ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p. 13.

⁸⁷ Auto AP Barcelona 844/2019, de 9 de mayo, FJ2.

subjetivista, que entiende como discurso de odio toda expresión ofensiva opuesta o no a la opinión de la mayoría. Y este proceso tiene importantes consecuencias.

Si no se toma la vulnerabilidad como nota identificativa de los colectivos que necesitan protección, el ya varias veces mencionado artículo 510 CP pierde su operatividad. Al mismo tiempo provoca una banalización de la posición desigual de los grupos vulnerables, pues en definitiva todos los colectivos incluidos en los motivos discriminatorios se tratan de manera igualitaria.

Además, el castigo de las expresiones contrarias a las opiniones mayoritarias supone un gran riesgo al constituir un evidente detrimento de la libertad de expresión pues podría emplearse como vía para penalizar determinadas opiniones. Esto puede generar un importante desinterés en la población a efectos de ejercitar este derecho fundamental: este fenómeno se conoce como *chilling effect* (efecto desaliento), provocado esencialmente por la falta de determinación que caracteriza a la regulación en el ámbito del 510 CP⁸⁸.

Es decir, tiene consecuencias para la población en general, la cual siente que toda opinión no considerada correcta por la mayoría será sancionada, y para los grupos especialmente vulnerables en concreto, los cuales no obtendrán la protección necesaria⁸⁹.

De acuerdo con el artículo 9.2 CE, el Estado debe favorecer la efectividad de las condiciones de libertad e igualdad de la persona individual y de los grupos a los que pertenece, así como eliminar los obstáculos que impidan su plenitud⁹⁰.

No hay que olvidar que la motivación del discurso del odio es básicamente discriminatoria, y si se incluyen en él ofensas o insultos a personas que no forman parte de colectivos vulnerables, el concepto se quedaría desnaturalizando, pues el objetivo del artículo 510 es precisamente la protección de dichos colectivos realmente vulnerables⁹¹.

⁸⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., *Op. Cit.*, p.18.

⁸⁹ TAPIA BALLESTEROS, P. *Op. Cit.*, p. 470.

⁹⁰ CORRECHER MIRA, J. “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret Penal*, núm. 2, 2021, pp. 125-130.

⁹¹ BILBAO UBILLOS, J.M. *Op. Cit.*, 2018, p. 20.

Incluso el TEDH ha admitido que la aplicación extensiva deforma el alcance de la libertad de expresión. De hecho, en Sentencia de 13 de marzo de 2018, consideró que la STC 177/2015 de 22 de julio interpretaba como delito de odio algo que el TEDH concluyó suponía la manifestación de opiniones políticas desde la pura perspectiva de la libertad de expresión, lo cual constituía una clara banalización del discurso del odio⁹².

Resumidamente, la extensión que estamos presenciando de la utilización del discurso del odio va a desembocar en una completa banalización de su significación. Para “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, como exige el citado 9.2 CE, la limitación a la libertad de expresión establecida por el 510 CP ha de ser la estrictamente necesaria, debiendo aplicarse exclusivamente a los supuestos con claros efectos discriminatorios hacia colectivos vulnerables, lo que supondría el respeto al principio de intervención mínima del derecho penal.

3.5. EL DISCURSO DEL ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

El TEDH ejerce el más alto papel a la hora de tutelar derechos y libertades recogidos en el CEDH. En supuestos de enfrentamiento entre la libertad de expresión y la dignidad humana ha establecido una abundante jurisprudencia que no ha quedado fuera de debate⁹³.

Los Estados están facultados para castigar penalmente determinadas conductas como las relativas al discurso del odio sin incurrir en una vulneración del derecho a la libertad de expresión, y el TEDH es quien se encarga de controlar que eso no suceda.

Pero lo que cabe preguntarse es si el TEDH tiene realmente un estándar de protección de la libertad de expresión cuando se dan supuestos de discurso del odio⁹⁴. Es necesario examinar cuándo el TEDH ha considerado y considera que estamos ante un caso de discurso del odio, y cuándo no.

⁹² TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, 2018, pp. 25-26.

⁹³ VALIENTE MARTÍNEZ, F. “Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio”, *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, núm. 12, 2019, p.230.

⁹⁴ MARTÍN HERRERA, D (Coordinador). QUESADA ALCALÁ, C (Autor); *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., febrero 2022 pp. 2-3.

El TEDH habla de la importancia del derecho a la libertad de expresión desde hace décadas, y así lo reconoce en el caso *Handyside vs. Reino Unido* (7 de diciembre de 1976). Esta decisión fue especialmente relevante, pues amplió el alcance del derecho⁹⁵. En ella el Tribunal establece que “la libertad de expresión es válida no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población”. De esta manera está reconociendo que el discurso ofensivo o impopular no vulnera la dignidad humana y que, por ende, este queda amparado por el derecho a la libertad de expresión, a diferencia de lo que ocurre con el discurso del odio⁹⁶.

Ya hemos tratado la distinción entre el discurso del odio y el discurso ofensivo o impopular, pero cabe señalar que a ojos de la jurisprudencia del TEDH podrían distinguirse distintos tipos de discursos desde la perspectiva de la gravedad de su contenido, pudiéndose hablar de discursos que suponen un verdadero ataque por transgredir los elementos esenciales de una democracia y discursos simplemente ofensivos. Esto no es fácil de diferenciar.

Ahora bien, resulta más sencillo demostrar que en el primer tipo de discursos referido existe una incitación a la violencia, no habiéndola en el segundo tipo, pudiendo así determinar cuándo sí estamos ante un discurso del odio⁹⁷.

En relación con este elemento, el Tribunal, en el caso *Féret vs. Bélgica* (16 de julio de 2009), considera que todo ataque dirigido a una parte de la sociedad con el objetivo de humillar o desprestigiar, constituye una incitación a la violencia. Así, de acuerdo con esta decisión, la incitación al odio no equivale necesariamente a llamamiento a la violencia⁹⁸. Siguiendo esta línea jurisprudencial sería totalmente legítimo el hecho de que los Estados sancionaran penalmente (siempre sobre la base del respeto a la libertad de expresión) aquellos comportamientos que no impliquen necesariamente una violencia directa, pero que inciten al odio o a la discriminación de ciertos colectivos.

⁹⁵ Global Freedom Of Expression: Banco de Jurisprudencia sobre la libertad de expresión en español: *Hansyde vs. Reino Unido* [En línea]: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/handyside-v-uk/?lang=es> [Consulta 22 marzo 2024].

⁹⁶ Así se recoge igualmente en el caso *Castells vs. España*: “esta libertad [libertad de expresión] es aplicable no solamente a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan”.

⁹⁷ MARTÍN HERRERA, D (Coordinador). QUESADA ALCALÁ, C (Autor). *Op. Cit.*, p.4.

⁹⁸ Asunto *Féret vs. Bélgica*, sentencia de 16 de julio de 2009.

En ocasiones no ha calificado determinadas conductas de discurso de odio por la ausencia en ellas de un llamamiento directo a la violencia⁹⁹. Así, por ejemplo, en el caso *Otegi vs. España* (15 de marzo de 2011), declara que los hechos objeto de enjuiciamiento “no incitan a la violencia, y no se trata de un discurso de odio, lo que a los ojos del Tribunal es el elemento esencial que debe tenerse en cuenta”¹⁰⁰. En la misma línea, en el caso *Süreke vs. Turquía* (8 de julio de 1999), reitera que el mero hecho de que la información o las ideas ofendan, escandalicen o perturben no es suficiente para justificar la interferencia entre la libertad de expresión y la dignidad humana que da lugar a la condena correspondiente¹⁰¹.

En el asunto *Gunduz vs. Turquía* (4 de diciembre de 2003) el Tribunal inadmitió la demanda presentada. El demandante alegaba una vulneración de su derecho a la libertad de expresión a raíz de su condena por la publicación en la prensa de unas declaraciones controvertidas. El TEDH admitió que dichas declaraciones constituían un discurso del odio y que la pena impuesta era proporcionada, pues las palabras que el demandante emitió eran contrarias a la tolerancia que se pretende alcanzar y que el CEDH proclama, y en el caso concreto era necesaria por haberse realizado a través de medios de comunicación de masas¹⁰².

A la hora de examinar las limitaciones a la libertad de expresión en relación con el discurso del odio se pueden distinguir 2 tendencias jurisprudenciales que aportan respuestas desiguales y que dependerán del caso concreto:

- Por un lado, la de acudir a la doctrina del abuso del derecho. De esta forma los discursos extremos no pueden ser protegidos por el art. 10 CEDH.

La prohibición del abuso del derecho se consagra en el art. 17 del Convenio y hace posible la imposición de restricciones a determinados derechos respecto de los cuales el Convenio, a priori, no lo permite. Esta tendencia produce un indudable efecto denominado por diversos autores como “guillotinator”, que deja fuera de protección a todo discurso de este tipo¹⁰³. Ahora bien, generalmente el TEDH entiende que esa doctrina del abuso del derecho se aplica únicamente ante supuestos excepcionales¹⁰⁴ y que su propósito es prevenir que grupos

⁹⁹ MARTÍN HERRERA, D (Coordinador). QUESADA ALCALÁ, C (Autor). *Op. Cit.*, p.5.

¹⁰⁰ Asunto *Otegi vs. España*, Sentencia de 15 de marzo de 2011, párrafo 54.

¹⁰¹ Asunto *Süreke vs. Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999, párrafo 62.

¹⁰² European Court of Human Rights: Ficha Informativa: Hate speech [En línea]: https://www.echr.coe.int/d/fs_hate_speech_eng?p_1_back_url=%2Fsearch%3Fq%3Dhate%2Bspeech [Consulta 1 mayo 2024].

¹⁰³ TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, 2017, p. 190.

¹⁰⁴ MARTÍN HERRERA, D (Coordinador). QUESADA ALCALÁ, C (Autor). *Op. Cit.*, p. 6.

totalitarios menoscaben otros derechos o libertades manipulando los preceptos del CEDH¹⁰⁵.

- Por otro lado, la de llevar a cabo un examen sobre la necesidad de las limitaciones al art. 10 CEDH, un análisis del fondo del asunto, mediante el llamado test de Estrasburgo, que conlleva un triple test: previsión legal, necesidad y proporcionalidad¹⁰⁶.

El primer test, de previsión legal, supone un análisis para determinar si la limitación está prevista legalmente.

El test de necesidad pretende determinar si la limitación persigue los objetivos recogidos en el apartado 2 del art. 10 CEDH, es decir, que la restricción sea necesaria para “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. El Tribunal suele añadir en sus resoluciones que “la injerencia debe responder a una necesidad social imperiosa”, lo que permite ver que es especialmente riguroso a la hora de examinar este punto¹⁰⁷.

Finalmente, el tercer test va dirigido a decidir si la limitación es, en una sociedad democrática, realmente necesaria, lo cual requiere examinar si la limitación acordada es proporcional al objetivo que se pretende conseguir con los recursos de los que se disponen y no habiendo medidas menos restrictivas de la libertad de expresión que persigan el mismo fin¹⁰⁸.

Este test de Estrasburgo se ha aplicado en importantes decisiones como la relativa al caso *Perinçek vs. Suiza* (17 de diciembre de 2013). En este caso, el político Perinçek demandó a Suiza, que le había castigado penalmente por un caso declarado como negacionismo, entendiendo Perinçek que de esa manera se estaba vulnerando su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal, mediante el triple test, determinó que efectivamente los hechos cometidos por Perinçek entraban en el ámbito de protección otorgado por la libertad de

¹⁰⁵ ÁLVAREZ SUÁREZ, J. “El concepto de “hate speech en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Red Tiempo de los Derechos*, núm. 16, 2020, p.12.

¹⁰⁶ TERUEL LOZANO, G.M. “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, núm. 36, 2017, pp. 190.

¹⁰⁷ COSTA, J-P. *La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo*, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 44, 2001, pp. 244-245.

¹⁰⁸ MARTÍN HERRERA, D (Coordinador). QUESADA ALCALÁ, C (Autor). *Op. Cit.*, p. 7.

expresión, pues el tercer test, de proporcionalidad, terminó por demostrar que la medida no era necesaria en una sociedad democrática.

Además, con esta resolución se pueden deducir los elementos que el TEDH tiene en cuenta en la práctica a la hora de aplicar el triple test. El tribunal va a interpretar no solamente el contenido textual del mensaje, sino al mismo tiempo el objetivo que se persigue con el discurso, es decir, la intencionalidad del emisor, el contenido del mensaje, y finalmente su contexto¹⁰⁹, que requiere igualmente apreciar datos como el estatus de la persona que emite el discurso, así como el medio que emplea y su impacto¹¹⁰. Un ejemplo de ello es el caso *Williamson vs. Alemania* (8 de enero de 2019), donde el Tribunal inadmite la demanda, pero no acude directamente a la aplicación del art. 17 CEDH, sino que realiza el triple test con un análisis de las circunstancias del caso concreto; así, por ejemplo, determina que el demandante “había actuado con intención”, y reitera que el Tribunal, al resolver, “ha tenido en cuenta contexto histórico”¹¹¹.

El análisis de las circunstancias es importante porque en las resoluciones más recientes el TEDH no se está limitando a aplicar el art. 17 CEDH, sino que atiende a dichas circunstancias del caso concreto.

En algunos supuestos el Tribunal ha aplicado el art. 17 CEDH de manera radical, sin llevar a cabo ponderación alguna. Así ocurrió en el caso *Roger Garaudy vs. Francia* (24 de junio de 2003), donde se establece que la negación del Holocausto contradice los valores del Convenio constituyendo un abuso de derecho¹¹², o en el caso *M'Bala vs. Francia* (20 de octubre de 2015), el cual termina expresando que “el TEDH estima que en virtud del artículo 17 del Convenio, el demandante no puede gozar de la protección del artículo 10. De lo anterior se deduce que la demanda debe ser rechazada por ser incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio”¹¹³. Se puede ver de manera clara ese efecto “guillotinator” mencionado¹¹⁴.

En materia de discurso del odio religioso el Tribunal ha aplicado el art. 17 en 2 importantes decisiones: en el caso *Norwood vs. Reino Unido* (25 de noviembre de 1996) y en el caso *Belkacem*

¹⁰⁹ *Ídem*, p.8.

¹¹⁰ TERUEL LOZANO, G.M. *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco europeo*, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 27, 2017.

¹¹¹ Asunto Richard Williamson vs. Alemania, decisión de 8 de enero de 2019, párrafo 27.

¹¹² Asunto Roger Garaudy vs. Francia, decisión de 24 de junio de 2003.

¹¹³ Asunto M'Bala vs. Francia, decisión de 20 de octubre de 2015, párrafo 42.

¹¹⁴ TERUEL LOZANO, G.M. *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco europeo*, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 27, 2017.

vs. Bélgica (27 de junio de 2017). En ambos el Tribunal inadmitió la demanda de la parte recurrente que alegaba que su derecho a la libertad de expresión no se había respetado.

En el primero de los casos el demandante fue condenado por un delito de odio por el hecho de haber mostrado en la ventana de su domicilio un cartel en el que se vinculaban los ataques terroristas de las Torres Gemelas de Nueva York con la religión islámica. En este supuesto el TEDH no admitió la demanda porque entendía que ello constituía un agravio demasiado genérico contra el colectivo islámico, contrario a la tolerancia, paz social y no discriminación, siendo un claro abuso del derecho, por lo que la conducta del demandante no puede quedar amparada por el art. 10.

En el segundo caso el demandante, predicador de la religión islámica, profirió expresiones violentas e incitadoras de odio contra los ciudadanos no creyentes que no seguían sus creencias. Este sin embargo se defendió explicando que su finalidad no era la de crear odio ni incitar a la violencia contra ninguna persona, sino que únicamente intentaba fomentar sus propias ideas. De nuevo el TEDH inadmitió la demanda por razón de la prohibición del abuso de derecho. Los comentarios tenían un fondo considerablemente odioso, y el Tribunal recordó que defender la ley islámica mediante el uso de la violencia constituye un discurso del odio, por lo que demandante no puede pedir la aplicación del art. 10¹¹⁵.

También se aplica el art. 17 en el ámbito del odio racial: en el asunto *Glimmerveen y Hagenbeek vs. Países Bajos* (11 de octubre de 1979), el Tribunal no admitió la demanda interpuesta por varios sujetos condenados por portar una serie de folletos que pedían la exclusión del país de todas aquellas personas que no tuvieran tez blanca. Dichos folletos propagaban opiniones fuertemente discriminatorias y no se les pudo aplicar tampoco el art. 10. Lo mismo ocurrió en el asunto *Pavel Ivanov vs. Rusia* (4 de junio de 2020), donde el demandante fue condenado por la publicación de varios artículos claramente incitadores de odio contra los judíos.

En este sentido el TEDH también ha tratado el discurso del odio homofóbico en los asuntos *Vejdeland y otros vs. Suecia* (9 de febrero de 2020) y *Lilliendahl vs. Islandia* (12 de mayo de 2020).

Los demandantes del primer asunto referido repartieron folletos entre los estudiantes de un instituto en los que se afirmaban que había una estrecha vinculación entre la homosexualidad y la promiscuidad y la pedofilia, hecho por el que fueron condenados. Ante la condena los

¹¹⁵ European Court of Human Rights: Ficha Informativa: Hate speech [En línea]: https://www.echr.coe.int/d/fs_hate_speech_eng?p_1_back_url=%2Fsearch%3Fq%3Dhate%2Bspeech [Consulta 1 mayo 2024].

sujetos alegaron que su intención era avivar un debate sobre el tema en dicho instituto y que en sus mensajes no se denotaba ni odio ni violencia, por lo que demandaron considerando vulnerado su derecho a la libertad de expresión. El TEDH terminó declarando que, aunque los demandantes no incitaron a los estudiantes a llevar a cabo actos violentos contra el colectivo homosexual, sí realizaron afirmaciones ofensivas contra el mismo sobrepasando los límites de la libertad de expresión, que las medidas adoptadas por Suecia eran proporcionadas y legítimas.

El origen del asunto *Lilliendahl vs. Islandia* se encuentra en la publicación de un mensaje en Internet por parte del ahora demandante, mensaje en el que calificaba a los homosexuales como desviados sexuales. Inicialmente el sujeto fue absuelto entendiendo el Tribunal competente para conocer de la demanda interpuesta que el mensaje quedaba amparado por el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, en apelación fue condenado, y por ello sostuvo que había visto violado su derecho fundamental a la libertad de expresión. El TEDH inadmitió la demanda entendiendo que efectivamente tales comentarios deben entenderse como un discurso del odio, por lo que medidas del Tribunal nacional fueron proporcionadas y justificadas.

El TEDH ha resuelto, incluso, supuestos de discurso del odio a través de las nuevas tecnologías, en asuntos como el de *Delfi AS vs. Estonia* (16 de junio de 2015), donde tras un análisis del contexto, determinación de las responsabilidades, medidas adoptadas y consecuencias de los hechos, el Tribunal estableció que no se vulneraba el art. 10. y reconoce que los Estados pueden determinar la responsabilidad de las plataformas; o el asunto *Magyar Tartalomsgátlatók Egyesülete e Index Zrt vs Hungría* (2 de febrero de 2016), donde sí reconoce la violación del art. 10 del organismo demandante, pues en este caso entiende que los Tribunales no llevaron a cabo correctamente la ponderación de los derechos enfrentados¹¹⁶.

Si bien hay que hacer referencia a ciertos patrones mínimos, como lo es el margen de apreciación que se confiere a los Estados. Este margen de apreciación permite a cada Estado imponer la pena que decida, pero ello no excluye que el TEDH entre en ese margen de apreciación los Estados para analizar si las medidas que estos adoptan son proporcionadas o no, a la vez que necesarias en la sociedad democrática ya referida, sin excluir la posibilidad

¹¹⁶ European Court of Human Rights: Ficha Informativa: Hate speech [En línea]: https://www.echr.coe.int/d/fs_hate_speech_eng?p_1_back_url=%2Fsearch%3Fq%3Dhate%2Bspeech [Consulta 2 mayo 2024].

de imponer sanciones penales, pero limitándola a asuntos de gravedad extrema. Se puede así llegar a la conclusión de que el TEDH ejerce un control *in concreto*¹¹⁷.

3.5.1. *STEDH, de 13 de marzo de 2018 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera vs. España).*

En la STEDH de 13 de marzo de 2018 se aprecia la extensión de la utilización del discurso del odio, la banalización del concepto.

Los hechos que inician el procedimiento son la quema de una fotografía de los Reyes por parte de manifestantes contrarios a la monarquía. El Ministerio Fiscal presentó la respectiva querrela por la que fueron juzgados por un delito de injurias a la Corona y finalmente condenados por un delito de lesiones contra la Corona, pues la Audiencia Nacional entendió que en sus actos existía un claro propósito de desprestigiar la figura de los Reyes, siendo una actuación que sobrepasa el mero rechazo. La parte demandada interpuso entonces un recurso de apelación, que fue desestimado confirmando el delito de injurias a la Corona y calificando los hechos de “aquejar”, no pudiendo consecuentemente quedar amparados por la libertad de expresión pues vulneran el honor de la Corona concebida como institución.

Ahora bien, esta decisión fue mayoritaria pero no unánime: 2 Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional competente para conocer del recurso de apelación estaban a favor de absolver a los manifestantes. Ambos entendían que la actuación llevada a cabo por los demandados entraba en la protección otorgada tanto por la libertad de expresión del art. 20 CE como por la libertad ideológica del 16.1, prevaleciendo estas frente al honor.

Fue entonces cuando la parte demandada interpuso recurso de amparo ante el TC por una presunta vulneración de sus derechos a la libertad ideológica y de expresión¹¹⁸. La correspondiente respuesta del TC dio lugar a la STC 177/2015, de 22 de julio, la cual desestimó el recurso.

¹¹⁷ COSTA, J-P. *Op. Cit.*, pp. 249.

¹¹⁸ BILBAO UBILLOS, J.M. *Op. Cit.*, 2018, pp. 2-5.

La argumentación seguida para la desestimación se basó en la intensa protección que corresponde a la Corona, incluyéndose el honor y dignidad del Rey como bienes jurídicos protegidos por el 490.3 CP.

Igualmente entiende el TC que las opiniones no se manifiestan únicamente de palabra, sino que el hecho de quemar una fotografía también conlleva de forma simbólica una exteriorización de opiniones. Dichas opiniones podrían estar incluidas en el derecho a la participación política, pero en este caso considera que tienen una finalidad simplemente lesiva, más allá de constituir una crítica. Al mismo tiempo entiende que “las manifestaciones más toscas del denominado «discurso del odio» son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”¹¹⁹, como ocurre en el caso, siendo la quema de los retratos “un acto no solo ofensivo sino también incitador al odio”¹²⁰. En definitiva, según el TC, los hechos probados no quedan amparados por la libertad de expresión o la libertad ideológica. Reitera que la condena se basa en el contenido de los hechos cometidos por los demandados, no por la postura política concreta que expresan.

Pero tienen especial relevancia y trascendencia los votos particulares emitidos en esta STC 177/2015. Adela Asúa cuestiona la noción del discurso del odio que presenta la sentencia, que no hace sino deformar de forma bastante arriesgada su significado, y entiende que lo que se estaba haciendo era buscar la desestimación del amparo a toda costa. A este voto disidente también se adhirió el Magistrado Fernando Valdés. Por su parte, la Magistrada Encarnación Roca critica que en la decisión no se toma en consideración la libertad ideológica de los demandados.

Por último, el Magistrado Juan Antonio Xiol se separa de la decisión de la mayoría manteniendo que se debería estimar la pretensión de amparo por distintas razones, entre ellas, porque los hechos por los que estaban siendo juzgados eran hechos desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional sobradamente reconocidos como una manifestación de la libertad de expresión, sin suponer en ningún caso un abuso de la misma. Esto supone una

¹¹⁹ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ4.

¹²⁰ *Ibidem*.

clara banalización del discurso del odio. Xiol también apunta que, aunque los hechos se pudieran hipotéticamente calificar como un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, en el supuesto no procede la sanción penal. Y, además, dicha sanción penal no fue proporcionada ni necesaria¹²¹.

El asunto llegó al TEDH, que resuelve acudiendo al test de proporcionalidad. De modo que la Sala del Tribunal determina: que la condena que se impone a los manifestantes constituye una clara intromisión en sus derechos libertad de expresión, que la misma se recoge en la ley y que la finalidad es constitucionalmente legítima. Ahora bien, esto no se discute por parte de los recurrentes, sino que discuten si realmente dicha injerencia procede y es realmente una solución equilibrada en una sociedad democrática, recordando que su actuación no perseguía discriminación alguna contra colectivos vulnerables, al tiempo que recuerdan que el propio TEDH ha reconocido en numerosos casos que emplear símbolos en el ámbito meramente político queda protegido por el derecho a la libertad de expresión.

En cuanto al fondo del asunto el TEDH acude a su extensa jurisprudencia relativa al art. 10 CEDH. Es cierto que este precepto no permite casi limitaciones a la libertad de expresión en el ámbito político y de debate social, y que los cargos políticos han de soportar opiniones críticas de una forma más flexible que las que deben soportar los demás ciudadanos. Ahora bien, sancionar los hechos del caso encuentra explicación en el deber de respetar la dignidad de toda persona en una sociedad como la nuestra¹²².

Lo que resulta entonces necesario es dilucidar si estamos ante un discurso del odio o no, puesto que “la imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia”¹²³.

Es entonces cuando el TEDH se opone al TC en su consideración de que las personas demandadas tuviesen el propósito de inducir a la población a la perpetración de ataques

¹²¹BILBAO UBILLOS, J.M. *Op. Cit.*, 2018, pp. 8-16.

¹²² *Ídem.* pp. 20-22.

¹²³ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ5.

violentos contra los Monarcas: determina que la quema de fotografías es una clara manifestación de la opinión política de los demandantes, una clara expresión de su desaprobación.

El Tribunal recuerda que el discurso del odio no es útil a efectos de desarrollar un debate político provechoso y que constituye una excepción de la libertad de expresión que se debe sancionar, pero finaliza diciendo que calificar los hechos que se están juzgando como tal excepción supone una aplicación demasiado amplia de la jurisprudencia del TEDH: no es un caso de discurso del odio.

Este fallo lo que evidencia es un rechazo a la banalización del concepto en la que incurrió la STC 177/2015, de 22 de julio. De esta manera, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, las víctimas del discurso del odio nunca son cargos políticos o autoridades públicas, sino, como hemos dicho, colectivos que puedan ser calificados, por sus propias características, como vulnerables¹²⁴.

4. DISCURSO DEL ODIOS E INTERNET.

El lugar de comisión del delito no se corresponde necesariamente con un lugar físico, tangible, sino que hoy existe el medio online, y así lo expresa la mayoría de la Sala de lo Penal del TS, en la STS 2356/2022, de 2 de junio, en la que establece que “la Sala no puede identificarse con una concepción histórica del lugar de ejecución del delito que sólo entiende por tal un espacio físico, geográfico y perfectamente perceptible por los sentidos. El delito en su forma más convencional convive ahora con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla enteramente en redes telemáticas que, por definición, no son inmovilizables en un espacio físico perfectamente definible”¹²⁵, sentencia en la que se termina por identificar al sitio web *Youtube* como el lugar de comisión del correspondiente delito juzgado¹²⁶.

¹²⁴ BILBAO UBILLOS, J.M. *Op. Cit.*, 2018, pp. 25-28.

¹²⁵ STS 2356/2022, de 2 de junio, FJ3.

¹²⁶ ALABAU PEREIRO, P. “La aplicabilidad de la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares en delitos cometidos a través de Internet”, *InDret Penal*, núm. 1, 2023, p. 392.

Internet se presenta como un lugar público fundamentado básicamente en la libertad, tanto que hay quien defiende que es un espacio que debería carecer de toda regulación¹²⁷.

Su cada vez más sencilla accesibilidad se traduce en que toda persona que quiera manifestar mensajes discriminatorios puede hacerlo incluso sin necesidad de identificación personal¹²⁸.

Por sus características propias, las redes sociales suponen per se un aumento del riesgo desde la perspectiva del causante del delito (por la facilidad de comisión de comportamientos ilícitos y la dificultad de su persecución por su extraterritorialidad y la compleja cooperación judicial debido a las diferentes regulaciones), pero también desde la perspectiva de la víctima (porque se encuentra más expuesta a sufrir este tipo de actos dañinos debido a su mayor intervención en las relaciones sociales)¹²⁹.

4.1. CIBERODIO.

Cuando las expresiones de odio basadas en la intolerancia comprendidas en el campo del discurso del odio se llevan a cabo mediante Internet se habla de “ciberodio”, que forma parte de la llamada cibercriminalidad. Esta cibercriminalidad, en términos generales, se ha incrementado considerablemente desde la crisis sanitaria de la COVID-19, como reflejan los datos aportados por el Instituto Nacional de Ciberseguridad¹³⁰.

El informe de la encuesta sobre delitos de odio realizado en 2021 por el Ministerio del Interior evidenció el incremento del ciberodio: 229 personas de las 437 encuestadas afirmaron que en los últimos 5 años habían sido víctimas de ofensas o amenazas por Internet, incluso más de 10 veces, esto es, más de la mitad de los encuestados han vivido el desfavorable impacto que las redes sociales están teniendo en nuestra sociedad¹³¹. También se puede apreciar el impacto de las nuevas tecnologías en el hecho de que, después de los delitos cometidos en espacios públicos, el Internet y las redes sociales constituyen la siguiente vía más común para la comisión de estos hechos, tal y como indica el mismo informe¹³².

¹²⁷ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p. 14.

¹²⁸ MORETÓN TOQUERO, M^a.A. “El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 27, mayo 2012., p.13.

¹²⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M. “Los delitos de odio en las redes sociales”, *Revista de internet, derecho y política*, núm. 27, septiembre 2018, p. 19.

¹³⁰ BUENO DE MATA, F. “Delitos de odio y redes sociales: retos procesales”, *Diario La Ley*, núm. 10180, 2022, p. 2.

¹³¹ Informe de la encuesta sobre delitos de odio. Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio, junio de 2021. Ministerio del Interior. Gobierno de España. p. 24

¹³² Ministerio del Interior. Gobierno de España. Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, 2021, p. 32.

Sabemos que la naturaleza de los comportamientos comprendidos en el término “delitos de odio” es puramente penal, pero más controvertida es la naturaleza de las conductas a las que se refiere el concepto del “ciberodio”, pues analizado desde un punto de vista amplio comprendería todos los comportamientos causados por odio cometidos en Internet. Ahora bien, se debe examinar desde un punto de vista más estricto, de manera que el ciberodio se va a limitar a los ataques de mayor gravedad.

El ciberodio presenta distintas exteriorizaciones: puede presenciarse en páginas webs, puede aparecer en redes sociales, puede dejarse ver en videojuegos... En ciertos supuestos serán aplicables las respuestas previstas para el discurso de odio tradicional, pero en otros será necesaria otra clase de solución¹³³.

Hasta la reforma introducida por la LO 1/2015, el CP no hacía referencia a Internet como vía para la comisión de los comportamientos comprendidos en el concepto de discurso de odio, pero es indudable que, por sus particularidades, se ha convertido en el lugar ideal para la propagación y dispersión de las expresiones de odio, por lo que ya el vigente artículo 510 del CP prevé la agravación de las penas establecidas en el tipo básico en su mitad superior cuando las conductas se lleven a cabo a través de “un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información”, medios que permiten con facilidad el acceso a un amplio número de personas.

Vivimos en un mundo en el que las conversaciones que en el pasado quedaban en la intimidad ahora se exponen públicamente en las redes sociales¹³⁴. Se está produciendo un fenómeno de sobreabundancia comunicativa¹³⁵, algo que ha admitido el propio TS en la STS 4/2017, de 18 de enero: “la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios”¹³⁶.

Otra cuestión compleja en ocasiones es separar a aquellos que realmente publican sus opiniones de aquellos que simplemente tratan de divertirse. Es bastante aventurado calificar el frecuente y conocido “troleo” en las redes sociales como un delito de discurso del odio¹³⁷

¹³³ MORETÓN TOQUERO, M^a.A. *Op. Cit.*, p.5.

¹³⁴ TERUEL LOZANO, G.M. *Op. Cit.*, 2017, pp. 193-194.

¹³⁵ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p. 8.

¹³⁶ STS 4/2017, de 18 de enero, FJ2.

¹³⁷ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p. 10.

No hay que olvidar que las consecuencias del discurso del odio online son las mismas que las ya mencionadas: perjuicios psicológicos y deshumanización de las víctimas, colaboración a la creación de estereotipos basados en la intolerancia, división de la sociedad...¹³⁸

Así, supone un reto a todo control que se quiera ejercer, pese a lo cual, incluso en este espacio tan descubierto, la libertad de expresión encuentra evidentemente sus limitaciones, y no va a proteger comportamientos que fuera de Internet estén efectivamente penados, es decir, los límites relativos a la libertad de expresión son eficaces igualmente en el mundo digital, pues el adjetivo “digital” no lo convierte en un mundo distinto al mundo real¹³⁹: no existe el derecho al insulto, no se permiten las expresiones denigrantes o humillaciones, y se sanciona el discurso del odio¹⁴⁰.

Y, aunque los medios tecnológicos sean parte esencial del mundo desde hace años, es cierto que los delitos ejecutados a través de ellos siguen siendo, a día de hoy, un desafío para las autoridades¹⁴¹.

El ciberodio se puede calificar como una amenaza emergente¹⁴², que requiere una adaptación de los instrumentos jurídicos existentes para poder dar respuestas eficaces. En España, la ONDOD incluye entre sus objetivos progresar en lo relativo al apoyo y custodia de las víctimas de delitos de odio, priorizándolo, por su preocupante propagación, en el ámbito online¹⁴³.

En definitiva, los mayores retos que dificultan el seguimiento y castigo del discurso del odio en las redes sociales son la permanencia de lo publicado, la publicación realizada de forma anónima o empleando seudónimos los cuales generan una sensación de impunidad, la variedad de Estados que pueden verse implicados en cada caso y la creencia de que se trata de un mundo distinto al real¹⁴⁴.

¹³⁸ *Ídem.*, p. 9.

¹³⁹ *Ídem.*, p. 8.

¹⁴⁰ VALIENTE MARTÍNEZ, F. “La libertad de expresión y las redes sociales: de la doctrina de los puertos seguros a la moderación de contenidos”, *Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 48, 2023, p. 180.

¹⁴¹ BUENO DE MATA, F., *Op. Cit.*, p.2.

¹⁴² *Ídem* p.3.

¹⁴³ *Ídem* p.4

¹⁴⁴ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p.8.

4.2. RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS.

¿Deben las plataformas que suministran el acceso a la red responder por los eventuales ilícitos que puedan cometer los usuarios? ¿Debe haber algún tipo de sanción por su potencial responsabilidad? Estas preguntas vienen siendo objeto de debate tanto social como jurídico desde hace años.

El punto de partida es la concurrencia de distintos derechos y valores constitucionales, pues junto a la libertad de expresión e información que rige en la red, se encuentra la defensa que todo usuario debe obtener de sus derechos por parte del legislador, realidad que choca al mismo tiempo con la necesidad de mantener una adecuada marcha del Internet e incentivar el desarrollo tecnológico, pues al igual que se vio, el excesivo castigo a las expresiones odiosas en el ejercicio de la libertad de expresión o el establecimiento de un régimen demasiado estricto que haga recaer toda responsabilidad en las plataformas puede provocar ese efecto desaliento y que estas se desinteresen en participar en el crecimiento de las nuevas tecnologías¹⁴⁵.

La cuestión es compleja además por el carácter transfronterizo del Internet porque, como hemos dicho, estamos ante un mundo muy plural en el que el Internet permite la interconexión de todas y cada una de las partes del mundo, pero cada persona está sujeta a la legislación prevista en su correspondiente Estado.

Los usuarios, cuando se adentran en las plataformas, no solamente reciben información, sino que al mismo tiempo la crean y difunden ante millones de personas¹⁴⁶. Es inviable exigir que los intermediarios de Internet deban conocer toda actuación que los usuarios lleven a cabo mediante los servicios que les ofrecen. Lo realmente importante es determinar dónde encuentra el límite, en su caso, la responsabilidad de los mismos.

Se puede decir que la responsabilidad de los intermediarios se denomina responsabilidad frente a contenidos, de manera que no responden únicamente por perjuicios causados directamente por los servicios que estas prestan, sino también por ilicitudes causadas por los internautas. El discurso del odio se recoge entre esos posibles contenidos respecto de los

¹⁴⁵ BARRERO ORTEGA, A. "Responsabilidad de los intermediarios de Internet en el Derecho de la UE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 123, 2021, pp. 109-110.

¹⁴⁶ VALIENTE MARTÍNEZ, F. *Op. Cit.*, p. 170.

cuales las plataformas pueden llegar a responder jurídicamente si no se cumplen los requisitos para que proceda la exención de su responsabilidad¹⁴⁷.

En lo relativo a la libertad de expresión en España cabe mencionar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que se encarga de regular la libertad de expresión en Internet, además de subrayar la garantía que tienen los derechos digitales de los ciudadanos de la Constitución. En el marco de la UE destaca la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que permite a los Estados sancionar aquellas expresiones “que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes”¹⁴⁸¹⁴⁹.

Los Estados de la UE deben establecer un sistema de responsabilidad que se adecue a lo exigido por la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, que ha de relacionarse con otras normas de nivel europeo como es la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital¹⁵⁰.

Esta Directiva 2000/31/CE establece efectivamente como punto de partida la inmunidad de los intermediarios de Internet, sometida a ciertas condiciones que podrían quebrar esa inmunidad haciéndoles responder. Esto se conoce como “puertos seguros”: circunstancias, requisitos a cumplir para la no responsabilidad de los intermediarios, según su grado de intermediación. Se trata de una responsabilidad subjetiva, pues depende de las circunstancias del caso concreto. Dicho esto, es cierto el hecho de que no hay ningún Estado que haya impuesto un sistema de responsabilidad objetiva, y en los países donde no hay regulación, se ha venido estableciendo que las plataformas reparen los perjuicios provocados a terceros por las mismas¹⁵¹.

A estos efectos es relevante distinguir 3 tipos de intermediarios de Internet, pues las condiciones para la inmunidad de cada uno de ellos van a ser distintas. Así, los intermediarios pueden ser de mera transmisión (cuando el servicio que prestan es la transferencia de datos

¹⁴⁷ BARRERO ORTEGA, A. *Op. Cit.*, p. 111.

¹⁴⁸ Art. 1.2 Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal,

¹⁴⁹ VALIENTE MARTÍNEZ, F. *Op. Cit.*, p. 174.

¹⁵⁰ BARRERO ORTEGA, A. *Op. Cit.*, p. 115-116.

¹⁵¹ *Ídem.* p. 114.

mediante una red de comunicaciones o permitir la entrada a la misma), de memoria tampón (cuando el servicio que prestan es el depósito de información por un tiempo determinado) o de alojamiento de datos (cuando el servicio que prestan es proporcionar un espacio a los internautas para acumular y retener datos).

Los intermediarios de mera transmisión y de memoria tampón van a ver exonerada su responsabilidad cuando estos sigan una conducta neutral respecto de la información transferida o depositada y cuando intervengan rápidamente en cuanto tengan conocimiento de que la información transferida o depositada es ilícita o constituyente de infracción. La razón de ello es que estos intermediarios limitan su servicio a una función puramente técnica, de manera que no intervienen de forma activa en la información transmitida, y, por ello, se exige que esa información no haya sido modificada por ellos antes de su transferencia, puesto que ello quedaría fuera del campo de la pura transmisión o almacenamiento (arts. 12 y 13). El TJUE ha establecido una serie de reglas a la hora de concluir si el servicio es de pura transferencia o no: la actuación respecto de la información debe ser “neutral, técnica, automática y pasiva”.

Sin embargo, los intermediarios de alojamiento de datos deben trabajar diligentemente y por iniciativa propia para eliminar información o dejar de permitir su acceso a los usuarios en cuanto “tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita” (art. 14), siempre sobre la base del respeto a la libertad de expresión.

La Directiva hace referencia a ese “conocimiento efectivo” exigido para responder, pero no lo define¹⁵². El término ha ido evolucionando jurisprudencialmente y abarcando cada vez más supuestos de responsabilidad, de modo que a día de hoy puede entenderse que una plataforma tiene conocimiento efectivo de un contenido ilícito cuando no retira un contenido siendo conocedor de la existencia de una resolución que determina la existencia de un perjuicio, cuando son las FCSE o el particular afectado quien solicita la eliminación de un contenido, o cuando se deduzca por ser un perjuicio notorio y público.

En definitiva, los servicios que prestan las plataformas suponen un riesgo real, pero no responden de los ilícitos cometidos por sus usuarios cuando no tengan conocimiento de ellos y cuando hayan obrado con la adecuada diligencia y sin culpa. Es decir, responden por sus actos, no por los de los usuarios.

¹⁵² BARRERO ORTEGA, A. *Op. Cit.*, pp. 117-120.

Toda esta regulación ha sido influenciada por la jurisprudencia estadounidense, que plasmó la doctrina de los puertos seguros de manera que los intermediarios no debían responder por las conductas de los internautas salvo en el caso de que, bien fueran estos los creadores de los contenidos, bien los hubieran cambiado, bien hubieran elegido a los destinatarios de los contenidos, pasando más tarde a la aplicación del principio “*notice and takedown*”, responsabilizándoles cuando al tener noticia de la existencia de contenido ilícito estos no lo suprimieran¹⁵³.

La responsabilidad que puede recaer sobre los intermediarios de Internet no se convierte en todo caso en una sanción civil, administrativa o penal que afecte a lo que sería su patrimonio, sino que puede conllevar obligaciones, como, por ejemplo, no permitir el acceso a sus servicios a una determinada persona¹⁵⁴, y esto último aunque el intermediario quede exonerado de responsabilidad, pues lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva “no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedir la”¹⁵⁵. La exención de los mismos tampoco impide que el usuario perjudicado pueda ejercer acciones para lograr la suspensión de información ilícita, provocando que, aunque el intermediario de Internet sea inmune, deba participar en la reparación del daño y en la eliminación de la información¹⁵⁶.

4.3. MODERACIÓN DE CONTENIDOS.

Con la expresión “moderación de contenidos” se hace referencia a aquellas actuaciones orientadas a analizar, clasificar y bien revalidar o bien suprimir cualquier contenido considerado inapropiado según las pautas de los administradores en Internet. Estas actuaciones se pueden llevar a cabo con anterioridad a la publicación del contenido, o una vez ya publicado; de forma activa por los administradores, o a solicitud de un internauta; por una persona, por equipos informáticos de forma motorizada, o por una combinación de ambos; y por el propio administrador, o por una empresa subcontratada por él para tal fin¹⁵⁷.

Estas actuaciones encuentran cabida en el ámbito de las redes sociales porque en la práctica lo más frecuente es que se dé la suscripción de un contrato de adhesión. En virtud de este

¹⁵³ VALIENTE MARTÍNEZ, F. *Op. Cit.*, pp. 171-172.

¹⁵⁴ BARRERO ORTEGA, A. *Op. Cit.*, pp. 111-115.

¹⁵⁵ Art. 12.2 Directiva 2000/31/CE.

¹⁵⁶ BARRERO ORTEGA, A. *Op. Cit.*, pp. 119-120.

¹⁵⁷ VALIENTE MARTÍNEZ, F. *Op. Cit.*, p. 182.

contrato los usuarios tienen que necesariamente consentir las normas que cada red social establezca si quieren acceder a ellas, quedando la lectura de las mismas a su elección, de manera que, aunque no las lean, quedan sometidos a ellas por el mero consentimiento prestado para acceder, que además se presenta como un consentimiento pleno¹⁵⁸.

Parece entonces claro que la consecuencia directa de estas actuaciones es el control que de forma autónoma lleva a cabo cada una de las plataformas, estableciendo qué contenido se acepta, configurando ellas mismas cómo deben de actuar sus usuarios.

Aunque las redes sociales se administran ellas mismas de forma libre, su proceder puede terminar silenciando expresiones no deseadas. Por ello, tanto desde el marco de la UE como por parte de los Estados miembros se han ido aprobando medidas para erradicar el discurso del odio mediante el establecimiento de deberes concretos a las redes sociales. Así se adoptaron una serie de medidas que los intermediarios de Internet debían cumplir, dirigidas a localizar, informar y suprimir contenidos ofensivos. Ahora bien, estas no eran vinculantes¹⁵⁹.

La UE quería que las redes sociales adoptaran una posición más activa en la lucha contra las manifestaciones del discurso del odio en la Red y conseguir que las distintas empresas tecnológicas colaboren entre sí con tal fin. El resultado fue la firma en mayo de 2016 del Código de Conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet. Consecuentemente, tanto *Facebook* como *Twitter*, *Youtube* y *Microsoft* han asumido diversas obligaciones, entre las que destacan:

- el compromiso de examinar las peticiones de eliminación de contenidos relacionados con la incitación al odio que se produzcan en el seno de sus servicios en un plazo máximo de 24 horas,
- el compromiso de implantar un sistema claro para el análisis de los contenidos,
- el compromiso de tener en cuenta no solamente sus propias normas sino también las relativas a la Decisión Marco 2008/913/JAI, ya mencionada, a la hora de inspeccionar las denuncias que reciban¹⁶⁰,

¹⁵⁸ *Ídem.*, p. 183.

¹⁵⁹ *Ídem.*, pp. 194-195.

¹⁶⁰ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p.23.

- el compromiso de eliminar o cesar el acceso al contenido cuando ello fuera necesario,
- o el compromiso de enseñar y concienciar a los usuarios sobre estos contenidos no permitidos¹⁶¹.

Siguiendo esta línea, para luchar contra el discurso del odio, la red social *Facebook*, por ejemplo, ha creado el llamado *Facebook Oversight Board*, un grupo de profesionales de distinta índole, incluidos juristas, con el objetivo de cuidar la libertad de expresión de sus miembros estableciendo un proceder específico en casos de vulneración de la misma. Igualmente está trabajando en un sistema que funciona con inteligencia artificial con el objetivo de poder examinar miles de publicaciones por segundo, pero de momento no está triunfando a la hora de clasificar una expresión de discurso del odio, incurriendo en errores¹⁶².

Por otro lado, la actual *X*, conocida comúnmente como *Twitter*, ha seleccionado a determinadas personas como moderadores legitimados para calificar el contenido publicado en ella con el objetivo de advertir a los usuarios de posibles contenidos perjudiciales¹⁶³.

Lo que se discute es que el discurso del odio en Internet se deja en manos de empresas privadas, siendo una cuestión que debería ser resuelta por las instituciones públicas para velar por la libertad de expresión de todos los ciudadanos, pues como empresas privadas que son existe el riesgo de que su procedimiento de examen y determinación de responsabilidad no sea completamente transparente.

En relación con el examen de denuncias, se ha criticado que, por ejemplo, de las 100 que llegaron a *Facebook* en 2016, solamente 9 tuvieron como resultado la supresión del contenido¹⁶⁴ y en relación a la transparencia se critica que se desconoce de qué forma se lleva a cabo realmente el procedimiento de examen de dichas denuncias.

Al mismo tiempo está presente el peligro de que los delitos de discursos de odio queden en cierta medida impunes y sus culpables no reciban sanción de ninguna clase cuando los

¹⁶¹ Comisión Europea: La Comisión Europea y las empresas de TI anuncian un Código de conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet [En línea]: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1937 [Consulta 14 abril 2024].

¹⁶² CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁶³ VALIENTE MARTÍNEZ, F. *Op. Cit.*, p. 190.

¹⁶⁴ Proyecto europeo PRISM discurso del odio en las redes sociales de 2016.

contenidos ilícitos sean suprimidos por la correspondiente empresa sin que esta siga un proceso claro de notificación de dichos contenidos a las fuerzas públicas¹⁶⁵.

Es evidente la preocupación de las distintas empresas tecnológicas por lograr una adecuada convivencia entre sus usuarios velando por su libertad de expresión y el respeto de sus derechos luchando contra los discursos del odio. De esta manera señala la Jefa de Gestión de Política Global de *Facebook* que “con una comunidad mundial de 1.600 millones de personas, trabajamos duramente para encontrar un equilibrio entre ofrecer a las personas el poder de expresarse y garantizar al mismo tiempo un entorno respetuoso. Como queda patente en nuestras normas comunitarias, no hay lugar para la incitación al odio en *Facebook*”¹⁶⁶, pese a lo cual las mismas redes sociales admiten el problema que están teniendo con la gestión del discurso del odio en sus servicios, por lo que lo están empezando a considerar un tema prioritario.

4.4. LUCHA CONTRA EL DISCURSO DEL ODIO ONLINE.

Incluso aquellos que se posicionan en contra de la criminalización del discurso del odio reconocen que ante el discurso del odio no cabe el principio de neutralidad del Estado.

Específicamente para combatir el discurso de odio que tiene lugar de forma online, las administraciones están desarrollando las siguientes estrategias:

En primer lugar, estrategias dirigidas a comprender el alcance el problema del discurso del odio de manera global, desde su alcance hasta las distintas clases existentes, así como en qué redes sociales se produce con más frecuencia, todo ello para poder trabajar en medidas que puedan suavizar las graves consecuencias que tiene (estrategias de investigación).

Al mismo tiempo estrategias encaminadas a crear sistemas que sean capaces de detectar discursos de odio de forma automática (estrategias de monitoreo). Esta estrategia es la más complicada de lograr, por diversos motivos: por un lado, la propia valoración de cuándo estamos ante un delito de discurso del odio ya es cuestionable. Por otro lado, las plataformas existentes son cada día más, crecen en número exponencialmente. También, debido a la

¹⁶⁵ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p. 22-24.

¹⁶⁶ Comisión Europea: La Comisión Europea y las empresas de TI anuncian un Código de conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet [En línea]: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1937 [Consulta 14 abril 2024].

variedad de exteriorizaciones que tiene el discurso del odio. Ejemplo de esta tan poco exitosa estrategia se encuentra en la red social *Facebook*, en el anteriormente referido sistema de inteligencia artificial para examinar miles de publicaciones por segundo, que aún no ha tenido el resultado esperado.

También se siguen estrategias para lograr que las propias redes sociales respondan de forma más tajante ante el discurso del odio y trabajen en ello de un modo más transparente (estrategias de presión). Las instituciones públicas ejercen esta presión deseada mediante amenaza de sanciones. A diferencia de las estrategias de monitoreo, las estrategias de presión dan muy buenos resultados, y ejemplo de ello es el mencionado Código de Conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet que como vimos firmaron *Facebook*, *Twitter*, *Youtube* y *Microsoft*.

También es posible la lucha contra el discurso del odio mediante campañas. De este modo se intenta, en primer lugar, sensibilizar a la población acerca de qué es el discurso del odio y las graves consecuencias que derivan del mismo. En segundo lugar, mostrar los aspectos positivos de los colectivos especialmente vulnerables para, más que luchar contra actuaciones discriminatorias, evitarlas. Y, en tercer lugar, almacenar datos sobre comportamientos observados en la red que sean susceptibles de ser calificados como discurso de odio, así como sobre las plataformas donde se cometen, para poder adoptar soluciones.

Es importante incidir en la educación y la formación de la sociedad, especialmente de la población más joven, debido a su más elevado empleo de las redes sociales. Lo más relevante de esta estrategia es proporcionar a los jóvenes instrumentos para que estos sean capaces de que, cuando sean ellos mismos los emisores de un contenido, reflexionar con anterioridad a su publicación y, cuando sean receptores de información, ser capaces de cuestionarla. Destaca como ejemplo de estas estrategias educación y formación el proyecto “Prevención del discurso del odio en Internet”, actividades exclusivamente dirigidas a evitar discursos de odio y actuaciones extremistas.

Pero no solamente es importante evitar, sino apoyar y respaldar a sus víctimas, de manera que las estrategias también están orientadas a empoderar a aquellas personas que han sido víctimas de discurso del odio online¹⁶⁷.

¹⁶⁷ CABO ISASI, A. GARCÍA JUANATEY, A. *Op. Cit.*, p. 25-33.

4.5. DISCURSO DEL ODIOS ONLINE EN LA JURISPRUDENCIA.

4.5.1. STS 396/2018, de 9 de febrero.

Destaca esta sentencia por ser el primer caso en el que el TS impuso una condena por discurso del odio sexista¹⁶⁸.

El Juzgado de Instrucción incoó un procedimiento abreviado contra el actor de los hechos por un presunto delito de enaltecimiento del terrorismo, que posteriormente fue remitido a la Audiencia Nacional, la cual estableció lo siguiente:

Que el actor poseía 2 cuentas en la red social Twitter y que una de ellas la empleó para compartir 4 mensajes controvertidos, como: “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”, o “Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre”¹⁶⁹, todos ellos en el periodo de tiempo transcurrido entre el 17 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre del mismo año.

Que, lógicamente, tales comentarios provocaron la reacción del resto de usuarios, por lo que el departamento de control de Twitter recibió varias quejas y, además, se presentaron 2 denuncias de forma presencial en 2 Comisaría de Policía de distintos puntos del país.

Que, por su parte, la red social decidió de oficio suspender la cuenta del actor tan solo unos días después de la publicación de los mensajes, el 7 de enero de 2016.

Y que el autor, no contento con la decisión, procedió a publicar más comentarios humillantes, denigrantes, contra el colectivo de las mujeres, ahora con la segunda cuenta referida que tenía en posesión. Tras conseguir identificar al sujeto emisor de los mensajes, este fue citado a Comisaría, donde reconoció que era el autor de los mensajes y el titular de las cuentas donde se publican.

¹⁶⁸ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. *Op. Cit.*, p. 54.

¹⁶⁹ STS 396/2018, de 9 de febrero, AH 1.

Así pues, en primera instancia se le condenó como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (578 CP) y de un delito de incitación al odio (510 CP), y tras la notificación de la sentencia, la parte condenada presentó recurso de casación ante la Sala 2ª del TS:

El Ministerio Fiscal (en adelante: MF) motivó el recurso de casación en una aplicación indebida del art. 510.3CP y del 578.2 CP, relativos a la agravación de la pena por la comisión de los hechos a través de Internet, que no fue aplicada.

Por otro lado, el recurrente alegó una vulneración de la presunción de inocencia que le corresponde, una vulneración del art. 27 CP pues sostiene que su intencionalidad no ha quedado probada, y un error en la apreciación de la prueba.

La apología al terrorismo del 579 CP¹⁷⁰ requiere de una conducta directa, una conducta que invite a la comisión de un delito pero, para calificar los hechos como un delito de enaltecimiento del terrorismo, no es necesaria tan conducta directa, ni indirecta siquiera, sino que “la conducta de enaltecer o justificar el terrorismo del artículo 578 se estructura como una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico”¹⁷¹. Esto es, el 578 se anticipa desde la perspectiva de la protección, no exigiendo una incitación directa.

Y, en relación con el 510, recuerda que se trata de un delito de peligro, pudiendo los hechos ser calificados de discurso del odio si los mensajes simplemente son susceptibles de provocar un peligro de odio o violencia.

Para resolver, el TS alude a la jurisprudencia del TC para recordar que la libertad de expresión puede ser legítimamente restringida ante supuestos de odio intolerante, supuestos que se pueden además castigar, y que los casos deben ser examinados uno por uno por cada juez y tribunal.

La alegación hecha por el MF es estimada, pues cierto es que los hechos se cometieron por Internet, y la pena merece ser agravada por su peligroso alcance.

El autor alega que el dolo no queda probado, pero el TS recuerda que en ambos delitos basta con acreditar un dolo básico, que en este supuesto concreto puede deducirse claramente de los mensajes, pues de los mismos aflora un carácter violento que los caracteriza. La

¹⁷⁰ El 579 CP recoge un delito de provocación directa al terrorismo: “Será castigado (...) el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo”.

¹⁷¹ STS 396/2018, de 9 de febrero, FJ Único.

acreditación de este dolo se completa probando que los mensajes fueron totalmente voluntarios y no fruto de un momento de reacción impulsiva, algo que queda evidenciado por el hecho de que entre los mensajes hay días de diferencia.

Ahora bien, en los mensajes por los que fue condenado el sujeto por un delito de enaltecimiento de terrorismo no se aprecia de forma tan clara lo que se pretende enaltecer o justificar, siendo mensajes excesivamente genéricos, por lo que el TS estima que estos comentarios entran igualmente en el artículo 510.

Así, el acusado queda absuelto de un delito de enaltecimiento del terrorismo, pero condenado como autor de un delito de incitación al odio, agravado por su difusión en Internet, por una pena de 2 años y 6 meses de prisión, así como multa de 9 meses con una cuota diaria de 40€¹⁷².

4.5.2. *SAP IB 513/2020, de 26 de marzo.*

En este caso el tribunal conoce de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia desestimatoria de una demanda.

La parte ahora recurrente presentó demanda al considerar que el hecho de que *Twitter* suspenda su cuenta constituye una intromisión en su libertad de expresión, al tiempo que sostiene que las cláusulas relativas a su posibilidad de suspender cuentas deberían tenerse como no puestas por ser abusivas. También considera que las medidas empleadas por la red social no han sido proporcionadas.

Por ello defiende que ha sufrido daños psicológicos y solicita tanto una indemnización como la restauración de su cuenta suspendida.

Pero *Twitter* asegura que el recurrente es quien ha incumplido las condiciones que se deben aceptar a la hora de crearse una cuenta, y que, además, la cuenta no fue suspendida permanentemente como medida inicial, sino que fue suspendida en dos ocasiones, siendo esta última la definitiva. Y, en relación con las cláusulas, no cabe discusión, porque el usuario

¹⁷² STS 396/2018, de 9 de febrero.

no es un consumidor y no es aplicable la Ley de Consumidores y Usuarios. En definitiva, que la libertad de expresión no es ilimitada y que no se ha visto vulnerada de ninguna manera.

Notificada la sentencia desestimatoria, el actor interpuso recurso de apelación, por los siguientes motivos:

En primer lugar, sostiene que la cuenta sí que fue suspendida la primera vez de forma definitiva, sin proporcionalidad. Ahora bien, la fecha de los propios mensajes que provocaron la suspensión demuestran que su cuenta sí que estaba en activo en dicho momento, por lo que la suspensión definitiva no se produjo hasta la última ocasión. Además, queda probado que *Twitter* respetó en todo momento el Acuerdo de Usuario, atendiendo a la gravedad del caso para tomar las medidas adecuadas.

En segundo lugar, alega la vulneración de su derecho a la libertad de expresión. A la hora de decidir si efectivamente se ha vulnerado la libertad de expresión del recurrente o no, el tribunal recuerda que se ofrece la misma protección tanto al derecho a la libertad de expresión del 20.1.a) CE como al derecho al honor del 18.1. y que, como sabemos, las colisiones entre ellos deben analizarse caso por caso, y que para calificar una conducta como intrusiva del derecho al honor esta debe ser suficientemente intensa.

Dicho esto, para decidir se deben tener en cuenta 2 condicionantes: “si las expresiones, opiniones o juicios de valor emitidos tenían interés general y si en su difusión no se utilizaron términos o expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, innecesarias para lograr transmitir aquella finalidad crítica” (la condición de la veracidad se requiere únicamente cuando colisiona con la libertad de información, que en este caso en concreto no interviene), pero que “aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor”¹⁷³.

Los comentarios que provocaron la controversia fueron 2: “TERRORISTA. Israel se defiende. Si ud manda a su hija de 14 años a asesinarme, la mato!! Lo pillas?” y “en aras del rigor informativo que publique ud que el 67% de los casos de pederastia lo cometen homosexuales”, el primero publicado en 2017 y el segundo dos años después. El juez que dictó la sentencia objeto de apelación entendió que, si bien el segundo de ellos no puede

¹⁷³ SAP IB 513/2020, de 26 de marzo. FJ3.

quedar protegido por su derecho a la libertad de expresión, el primero, aunque genere dudas por contener una amenaza directa, sí puede.

El segundo mensaje se identifica claramente con un delito de incitación al odio, dirigido de forma intolerante hacia un colectivo vulnerable, humillándolo.

La asociación de la pederastia con la homosexualidad puede considerarse un discurso del odio, pues la afirmación que hace el sujeto carece de toda argumentación y se dirige únicamente a vejar al colectivo. Es una afirmación que no busca debate alguno ni se encuentra en un contexto de disputa que la apoye, una afirmación que el actor manifiesta por su simple intención de humillar a los homosexuales y que promueve de forma notoria la intolerancia y el odio hacia el colectivo por parte de los demás usuarios que pueden acceder a su contenido.

Ante esta afirmación el recurrente reprocha que el comentario carece de publicidad y que no desprestigia, ni tiene intención de desprestigiar, al colectivo homosexual, pero, evidentemente, esto no es así, y el mensaje no busca ningún tipo de deliberación, careciendo de todo contexto que lo pueda justificar.

En tercer lugar, el recurrente expresa que la red social ha incumplido el contrato que los une. El Tribunal no concuerda con lo alegado por el recurrente, pues de los hechos se evidencia que este último verdaderamente pudo apelar y apeló la suspensión de su cuenta, pues se aporta como prueba las respuestas dadas por *Twitter* a las quejas presentadas por el actor. En todas estas respuestas la red social justifica perfectamente las medidas adoptadas contra el recurrente.

Y, en cuarto lugar, defiende el recurrente que una de las cláusulas del Acuerdo de Usuario es abusiva, en concreto, la que permite a *Twitter* la supresión de todo contenido así como la suspensión de cuentas o de la prestación de sus servicios “en cualquier momento y por cualquier motivo, o sin motivo, como por ejemplo, si estimamos, dentro de lo razonable: (i) que usted ha incumplido estos Términos o las Reglas de *Twitter*, (ii) que usted nos provoca un riesgo o una posible responsabilidad legal; (iii) que su cuenta debe ser eliminada debido a una conducta ilícita; o (iv) que su cuenta debe ser eliminado debido a su inactividad prolongada; o (v) que suministrarle los Servicios ya no resulta viable comercialmente”¹⁷⁴. Entiende el recurrente que de esta forma la red social logra quedar exento de la posible

¹⁷⁴ SAP IB 513/2020, de 26 de marzo. FJ5.

responsabilidad en que pudiera incurrir, lo que iría en contra de la Ley de Consumidores y Usuarios, de su artículo 16. El Tribunal termina resolviendo que en este caso concreto no existe vulneración de dicho precepto, pues se permite a ambas partes rescindir el Acuerdo sin explicación alguna pero que, aun así, en este supuesto *Twitter* sí suspendió la cuenta por un motivo: la otra parte no cumplió el Acuerdo al publicar comentarios fuera del amparo de la libertad de expresión.

Por todo ello, el tribunal decide desestimar totalmente el recurso de apelación.

Se confirma así que *Twitter* actuó con proporcionalidad y dentro de sus competencias, y no procede la reactivación de la cuenta emisora de esos mensajes alejados de la libertad de expresión¹⁷⁵.

4.5.3. *Asunto Delfi AS vs. Estonia.*

En 2015 el TEDH se pronunció por primera vez sobre el discurso del odio a través de Internet, en el asunto *Delfi AS vs. Estonia*, tratando la cuestión de la responsabilidad de las plataformas.

Delfi AS era una sociedad de responsabilidad limitada, y en uno de sus artículos los usuarios contestaron con mensajes realmente ofensivos, hasta amenazantes, contra una compañía naviera. Delfi AS suprimió los mensajes semanas después, pero las víctimas de los comentarios la llevaron ante los Tribunales nacionales alegando que esta era responsable de los mismos. Delfi AS se defendió sosteniendo que su intervención era puramente técnica, pero el Tribunal en este caso estonio falló que de acuerdo con la legislación nacional la compañía sí era responsable de los mensajes, siendo consecuentemente condenada y debiendo indemnizar a los demandantes por los daños y perjuicios causados. Por todo ello Delfi AS invocó el art. 10 ante el TEDH, el cual estableció por decisión unánime que su derecho a la libertad de expresión no había sido vulnerado porque la determinación de la responsabilidad de Delfi AS estaba perfectamente motivada, en que la compañía no evitó que el mensaje se escribiera, en que permitió que los titulares de los mensajes no se identificaran y en que la condena interpuesta era proporcionada.

¹⁷⁵ SAP IB 513/2020, de 26 de marzo.

El TEDH no dudó en calificar los mensajes objeto del procedimiento como discurso del odio e incitación a la violencia y, por ende, no entró a examinar la ilicitud de los mismos porque consideró que era evidente.

La cuestión problemática se plantea en relación con los deberes y responsabilidades de los intermediarios de Internet, no determinar si los mensajes quedan amparados por el artículo 10, pues estaba claro que no, sino determinar si las medidas adoptadas por los Tribunales estatales fueron correctas siguiendo el test de Estrasburgo.

El Tribunal hizo primeramente referencia al hecho de que Internet tiene sus ventajas y sus riesgos, como la peligrosidad que tiene que discursos del odio como los del caso se puedan propagar por ciudadanos de todo el planeta de forma automática y en ocasiones siendo disponibles de forma permanente.

También recuerda que los Estados puede legítimamente hacer responder a los intermediarios de Internet sin vulnerar el art. 10 CEDH cuando estas no tomen las medidas adecuadas para suprimir comentarios que constituyan un claro discurso del odio.

Delfi AS sostuvo que los Tribunales no tendrían que haber acudido al derecho general interno para resolver, sino a las normas de derecho interno y europeas relativas a los proveedores de servicios de Internet. Ante esto el TEDH reiteró que la aplicación de la regulación interna es competencia de los tribunales estatales, por lo que no se pronunció. Además, se hace referencia al hecho de que anteriormente el Ministerio de Justicia había advertido a la plataforma de que podría ser demandada ante supuestos similares. Siguiendo esta explicación se puede afirmar que las medidas que chocan con la libertad de expresión estaban previstas legalmente.

A continuación, pasa a examinar el contexto de los mensajes, la posibilidad de que la responsabilidad sea de los usuarios emisores de los comentarios en lugar de la compañía, las vías que prevé Delfi AS para evitar mensajes ofensivos o para lograr su supresión y finalmente las consecuencias del proceso.

En relación con el contexto, destaca el Tribunal que a la plataforma le convenía lo ocurrido porque su finalidad en definitiva era comercial, y los comentarios se traducen en un importe económico. También hay que tener en cuenta que los mensajes ya publicados no podían ser suprimidos por parte de sus emisores, sino que su eliminación correspondía a Delfi AS. Por todo esto el TEDH declaró que nada tiene que ver que la plataforma no escribiera los

mensajes si era ella la única capacitada para eliminarlos, siendo quien tenía el control sobre los mismos.

La plataforma tampoco exigió que los usuarios tuvieran que identificarse para poder publicar comentarios, por lo que las víctimas no tenían posibilidad de ejercitar acciones legales contra ellos, ejercitándolas entonces solamente contra la propia compañía.

No cabe duda de que las medidas disuasorias de mensajes de odio previstas por la plataforma eran insuficientes: los filtros que empleaban no impidieron que los comentarios objeto del proceso se llegaran a publicar ni hicieron que se eliminaran de forma urgente, quedando consecuentemente los comentarios expuestos durante un periodo de 6 meses tras su publicación. El Tribunal considera que obligar a Delfi AS a eliminar los mensajes no es ni mucho menos una medida desproporcionada.

En relación con las consecuencias que del procedimiento se derivan para Delfi AS, se afirma que estas son inapreciables, pues la multa dineraria que tuvo que soportar fue considerablemente baja teniendo en cuenta su notoriedad en el mercado. Los hechos provocaron que incluso ganara usuarios. Además, se sigue permitiendo dejar comentarios de forma anónima, que constituye, de hecho, la forma más habitual de intervención de los usuarios.

A modo de conclusión las medidas adoptadas limitativas de la libertad de expresión de Delfi AS eran necesarias en una sociedad democrática, estaban justificadas y eran proporcionadas para el objetivo legítimo que se perseguía, no existiendo una violación del artículo 10 CEDH¹⁷⁶.

4.5.4. *STC 83/2023, de 4 de julio.*

En este sentido se puede traer a colación la STC 83/2023 de 4 de julio. En este caso la entidad mercantil Menéame Comunicaciones S.L. recogió en su página web una noticia obtenida de un medio de comunicación que afectaba de forma perjudicial a un concejal. El problema aparece cuando, ante tal publicación, los usuarios de la página web referida comenzaron a dejar comentarios al respecto, mensajes como “hijo de puta” o “ladrón”, procedentes de usuarios anónimos. El afectado por los mismos contactó con la página web solicitando su

¹⁷⁶ Asunto Delfi AS vs. Estonia, decisión de 16 de junio de 2015.

retirada, así como la identificación de sus emisores, algo que, tras no obtener respuesta alguna, repitió días después. Así pues, el individuo finalmente decidió demandar a la entidad mercantil por intromisión ilegítima en su derecho al honor alegando que los comentarios no quedaban amparados por la libertad de expresión, y que, y más relevante en este punto, la entidad mercantil Menéame Comunicaciones no suprimió los comentarios incluso tras el requerimiento del afectado, por lo que considera que es responsable de ellos por su falta de diligencia.

Tras la presentación de la demanda, la entidad negó toda posible responsabilidad por su parte, alegando que no era un medio de comunicación, sino que simplemente recogía noticias ya colgadas en Internet, así como que los autores de los comentarios ninguna relación tienen con la entidad, diciendo que, además, no tenían conocimiento efectivo de la ilegalidad de los mensajes: termina diciendo que comprende el perjuicio causado al concejal, pero que no puede incurrir en responsabilidad dadas las circunstancias del caso.

Los Tribunales declararon la existencia de intromisión ilegítima, y consideraron que Menéame Comunicaciones no actuó con la diligencia exigible, siendo esta condenada al pago de una indemnización al afectado y a la publicación de la sentencia en su propia página web. Esta decisión fue confirmada en casación por la Sala de lo Civil del TS, interponiendo posteriormente la plataforma un recurso de amparo ante el TC.

El Tribunal reconoció que el asunto tenía especial trascendencia constitucional pues “puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales y de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental”.

La entidad Menéame en sus alegaciones no tiene en cuenta que las nuevas tecnologías han incrementado los posibles daños a los derechos y libertades de las personas, pues comentarios como los del caso pueden ser leídos por terceras personas al instante y desde cualquier sitio del mundo, quedando publicados de forma permanente, algo que tiempo atrás no ocurría. El asunto *Delfi AS. Vs Estonia*, como hemos visto, hace énfasis en estos elementos.

La plataforma ahora recurrente sugiere que Internet constituye un “contexto comunicativo puramente ocasional o trivial”, idea derivada de la afirmación que hizo el propio TEDH de que Internet es un instrumento singularmente diferente a los medios impresos. Pero es

evidente que toda publicación en un medio digital genera mayores riesgos que la prensa escrita, y es algo que no puede ignorarse en las decisiones a la hora de delimitar derechos, fomentar su promoción y conseguir su protección.

Los mensajes publicados en Internet son difundidos de forma inmediata y son difícilmente controlables. Llegan a un mayor número de personas en comparación con la prensa escrita, teniendo, pues, más capacidad para influir en la opinión pública, y dificultan la identificación de sus autores, pues cantidad de páginas webs permiten su uso de forma anónima, sin necesidad de registro.

Voto particular concurrente emitieron respecto de esta sentencia los magistrados D. Ramón Sáez Valcárcel y Dña. Laura Díez Bueso: están de acuerdo con que el amparo solicitado por la plataforma se denegara, así como con la libertad de expresión no ampara el puro insulto, pero consideran que “la motivación de la sentencia no debiera convalidar el marco jurídico de restricción de la responsabilidad de la demandante por la difusión de contenidos ilícitos, en el que operaron las sentencias objeto del recurso, y su sola obligación de retirarlos después del aviso del titular del derecho afectado”. Esto porque, de haber retirado los comentarios injuriosos, la plataforma se habría visto exenta de responsabilidad. Además, la sentencia durante su redacción no toma en cuenta el motivo por el que el recurso fue admitido, que era la especial trascendencia constitucional. En definitiva, la sentencia termina de algún modo revalidando la impunidad de las plataformas en el espacio digital, régimen muy distinto al previsto para los medios de comunicación tradicionales.

Sabemos que el régimen de la Directiva 2000/31/CE que exige actuar diligentemente cuando se tiene conocimiento efectivo se prevé para intermediarios de Internet que simplemente aportan infraestructuras tecnológicas y técnicas, pues se entiende que participan de forma neutral en el proceso de comunicación. Así, los magistrados opinan que este régimen no es aplicable a Menéame Comunicaciones, porque no es ni un intermediario neutral ni un simple agregador de contenidos: para conocer el tipo de participación que la plataforma lleva a cabo es necesario examinar la actividad desarrollada por ella, no cómo la misma se define. Y da igual que las noticias que Menéame Comunicaciones recoge no sean de creación propia, pues la actividad que realiza, al consistir en actuaciones de edición, sobrepasa la mera manipulación técnica que la Directiva exige: “De actividad editorial se habla cuando se toman decisiones sobre qué se publica y qué se descarta, cuando se valoran las informaciones, se califican y ordenan con rúbricas, secciones y etiquetas (actualidad, política, cultura, ciencia, economía, series, artículos, portada, populares, más visitadas, nuevas, comunidades, fisgona,

comentarios destacados, mejores hilos...), y se establecen prioridades, todo ello en función de algoritmos que responden a un código que se define en atención al interés mercantil. Toda esta actividad permite identificar a Menéame como un editor de contenidos y descartar que opere en el proceso de comunicación de manera neutra, automática y pasiva”.

En la sentencia no se tiene tampoco en cuenta que los mensajes objeto de la demanda son anónimos, los autores se esconden detrás de apodos, porque Menéame, en primer lugar, no exige identificación para la publicación de contenidos en su página web y porque, tras la reclamación del afectado, se negó a facilitar la identidad de los autores. Este es otro dato que hace cuestionar a qué intermediarios y a qué actuaciones poder aplicar la limitación de responsabilidad por los comentarios difamatorios en Internet.

Por todo ello, esta sentencia era el instrumento perfecto para completar y aclarar la aplicación del régimen de limitación de responsabilidad¹⁷⁷.

5. CONCLUSIONES.

1. El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental, con un papel esencial en las sociedades democráticas, pero no es un derecho ilimitado y puede ser objeto de limitaciones.
2. Ahora bien, entiendo la complejidad de la cuestión, pues la imposición de sanciones abusivas al ejercicio de la libertad de expresión puede efectivamente producir lo que los autores denominan “chilling effect”, siendo peligroso en un derecho con una trascendencia innegable.
3. El discurso del odio, que se corresponde con una de las categorías del delito de odio, carece de una definición clara, pero la nota esencial es, junto a la intención ofensiva del emisor, que las víctimas forman parte de un colectivo vulnerable. Y, lógicamente, estoy en contra de la banalización que se está produciendo del concepto, pues de nada sirve crear un tipo penal dirigido a la protección de colectivos vulnerables, si se termina aplicando a cualquier tipo de discurso ofensivo: el mero discurso intolerante no constituye un delito de discurso del odio.

¹⁷⁷ STC 83/2023, de 4 de julio.

4. En mi opinión el alcance del derecho a la libertad de expresión está claramente delimitado jurisprudencialmente, por lo que, a partir de los límites establecidos, lo que procede es que los Tribunales se preocupen de realizar un examen exhaustivo de cada caso concreto. Igualmente destacaría la importancia de que la fase de instrucción de estos delitos sea especialmente rigurosa por la dificultad de probar la verdadera intencionalidad de los mensajes odiosos, esencial para su calificación como discurso del odio.
5. Las consecuencias del discurso del odio pueden ser destructivas para sociedad.
6. La infradenuncia es evidente. Con los datos obtenidos los últimos años no se puede frenar completamente el discurso del odio, pues permiten apreciar el problema, pero no conocer su verdadero alcance.
7. Los derechos y libertades constitucionales han evolucionado y se han ido adaptando a las necesidades de la sociedad, y es por eso que el Internet y las redes sociales están delimitando el alcance de la libertad de expresión, y puede que modifiquen su contenido en el futuro a medida que el mundo digital se vaya desarrollando.
8. En contra de lo que algunos opinan, Internet no debe ser un lugar completamente libre, carente de regulación, pues a la vista está que las consecuencias negativas del discurso del odio se incrementan exponencialmente cuando este se comete vía online.
9. Creo que es muy necesario trabajar es en la concienciación de los usuarios. Las redes sociales deberían advertir de una forma más activa en los internautas de los daños que pueden sufrir las víctimas de colectivos vulnerables por el simple hecho de publicar mensajes ofensivos contra ellas, así como las consecuencias legales que pueden suponer para el autor, al tiempo que el resto de usuarios debería adoptar todas las medidas posibles cuando se encuentran ante un discurso del odio. Estoy segura de que, si los internautas conocieran las penas impuestas en casos como el de la SAP IB 513/2020, de 26 de marzo, reflexionarían antes de publicar.
10. Considero que el compromiso por parte de los intermediarios de Internet es en general indiscutible, si bien creo que la inteligencia artificial no va a llegar a ser nunca un instrumento que las pueda ayudar a detectar casos de discurso del odio por la complejidad más que demostrada del concepto. Deberían trabajar en otras vías de detección más rigurosas y fiables.

11. En materia de transparencia las redes sociales dejan mucho que desear. En mi opinión, no les interesa que se conozca la existencia de discurso del odio en ellas. Es frecuente solicitar a redes sociales la eliminación de mensajes odiosos y no volver a ser informado de ese proceso de supresión.

6. BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTA

- AGUILAR GARCÍA, M. G. (2015). *Manual para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Addenda.
- ALABAU PEREIRO, P. (2023). La aplicabilidad de la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares en delitos cometidos a través de Internet. *InDret Penal*(1), 392.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012). Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(14), 5, 9, 18, 30.
- ALONSO, L., & J. VÁZQUEZ, V. (2017). Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. *Athenaica Universitarias*, 38-39.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2019). El discurso del odio sexista (en construcción). *Revista Jurídica de Castilla y León*, 46-49, 53-54.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, J. (2020). El concepto de “hate speech en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Red Tiempo de los Derechos*(16), 12.
- Article19: España. (s.f.). *Delitos relacionados con la libertad de expresión en el Código Penal*. Recuperado el 4 de marzo de 2024, de <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/03/Análisis-Legal-Código-Penal-España-Marzo-2020-FINAL-ESPANOL.pdf>
- BARRERO ORTEGA, A. (2021). Responsabilidad de los intermediarios de Internet en el Derecho de la UE. *Revista Española de Derecho Constitucional*(123), 109-120.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (2016). El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del discurso del odio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*(16), 18-29.
- BIGLINO, P. B. (2013). *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Aranzadi.
- BILBAO UBILLOS, J. (2018). La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulants y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada. *Revista de Derecho Constitucional*(28), 2-5, 8-16, 20, 25-29.
- BILBAO UBILLOS, J. (2022). La protección penal de los símbolos nacionales. El delito de ultraje a la bandera. *Revista Española de Derecho Constitucional*(126), 28-29, 31.
- BUENO DE MATA, F. (2022). Delitos de odio y redes sociales: retos procesales. *Diario La Ley*(2), 2-4.
- BUSTOS GISBERT, R. H. (2023). *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CABO ISASI, A. G. (2017). ¡Contrólate en las redes!: el discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión. 8, 10, 13-14, 22-33.
- CAMPOS ZAMORA, F. (2018). ¿Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*(41), 284-289.

- Comisión Europea. (s.f.). *La Comisión Europea y las empresas de TI anuncian un Código de conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet*. Recuperado el 14 de abril de 2024, de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1937
- CORRECHER MIRA, J. (2021). La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables? *InDret Penal*(2), 125-130.
- COSTA, J.-P. (2001). La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*(44), 244-245, 249.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Civitas.
- DiscrIKamira. (s.f.). *Documentación: Anexo Jurisprudencial sobre discriminación y delitos de odio*. Recuperado el 22 de marzo de 2024, de <https://discrikamira.eu/wp-content/uploads/2021/01/Jurisprudencia-delitos-de-odio-definitivo.pdf>
- Expression, G. F. (s.f.). *Banco de Jurisprudencia sobre la libertad de expresión en español: Hanyde vs. Reino Unido*. Recuperado el 22 de marzo de 2024, de <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/handyside-v-uk/?lang=es>
- GUTIÉRREZ DAVID. M.E. ALCOLEA DÍAZ, G. (2010). El "discurso del odio" y la libertad de expresión en el Estado democrático. *Derecom*(2), 7-13.
- MARTÍN HERRERA, D. (. (2022). *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*. Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTIN HERRERA, D. (2014). Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio. *Estudios de Deutso*,(62/2), 16.
- MARTÍN HERRERA, D. (2018). *Extreme speech y libertad de expresión*. Dykinson.
- Ministerio de inclusión, seguridad social y migraciones. Gobierno de España. (2018-2022). *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, lgbifobia y otras formas de intolerancia*.
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y migraciones. Gobierno de España. (2020). *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*.
- Ministerio del Interior. Gobierno de España. (2021). *Informe de la encuesta sobre delitos de odio*.
- Ministerio del Interior. Gobierno de España. (2022). *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*.
- MIRÓ LLINARES, F. (. (2017). *Cometer delitos en 140 caracteres*. Marcial Pons.
- MORETÓN TOQUERO, M. (2012). El "ciberodio", la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión. *Revista Jurídica de Castilla y León*(27), 5, 13.
- PRESNO LINERA, M. T. (2018). *La libertad de expresión en América y Europa*. Juruá.
- Rights, E. C. (s.f.). *Ficha Informativa: Hate speech*. Recuperado el 1 de mayo de 2024, de https://www.echr.coe.int/d/fs_hate_speech_eng?p_1_back_url=%2Fsearch%3Fq%3Dhate%2Bspeech

- TAMARIT SUMALLA, J. (2018). Los delitos de odio en las redes sociales. *Revista de internet, derecho y política*(27), 19.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2020). ¿Discurso de odio? y libertad de expresión. *Foro*(1), 470, 481.
- TERUEL LOZANO, G. (2017). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco europeo. *Revista de derecho constitucional europeo*(27).
- TERUEL LOZANO, G. (2017). Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*(36), 186, 190-194.
- TERUEL LOZANO, G. (2017). Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*(36), 190-194.
- TERUEL LOZANO, G. (2018). Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*(114), 24-26, 42.
- TERUEL LOZANO, G. (2020). Discursos extremos y libertad de expresión: amparar no es sacrificar. *Letras Libres*(223), 8, 10.
- TOSCANO, M. (2022). Pornografía, odio y libertad de expresión. Los argumentos de Ronald Dworkin. *Revista de Filosofía moral y política*(67), 12.
- UE. (2016). *Proyecto europeo PRISM discurso del odio en las redes sociales* .
- VALIENTE MARTÍNEZ, F. (2019). Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio. *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*(12), 230.
- VALIENTE MARTÍNEZ, F. (2023). La libertad de expresión y las redes sociales: de la doctrina de los puertos seguros a la moderación de contenidos. *Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos* (48), 170-174, 180, 182, 190.

JURISPRUDENCIA:

Del Tribunal Constitucional:

STC 6/1988, de 21 de enero.

STC 176/1995, de 11 de diciembre.

STC 134/1999, de 15 de julio.

STC 48/2003, de 12 de marzo.

STC 1/2005, de 17 de enero.

STC 174/2006, de 5 de junio.

STC 235/2007, de 7 de noviembre.

STC 177/2015, de 22 de julio.

STC 83/2023, de 4 de julio.

Del Tribunal Supremo:

STS 259/2011, de 12 de abril.

STS 297/2016, de 5 de mayo.

STS 4/2017, de 18 de enero.

STS 396/2018, de 9 de febrero.

STS 135/2020, de 7 de mayo.

STS 2356/2022, de 2 de junio.

De la Audiencia Provincial:

SAP IB 513/2020, de 26 de marzo.

Auto AP Barcelona 844/2019, de 9 de mayo.

De la Audiencia Nacional:

Auto AN, de 9 de julio de 2008.

Del TEDH:

Asunto Handyside vs. Reino Unido (7 de diciembre de 1976).

Asunto Glimmerveen y Hagenbeek vs. Países Bajos (11 de octubre de 1979).

Asunto Nordwood vs. Reino Unido (25 de noviembre de 1996).

Asunto Sürek vs. Turquía (8 de julio de 1999).

Asunto Garaudy vs. Francia (24 de junio de 2003).

Asunto Gunduz vs. Turquía (4 de diciembre de 2003).

Asunto Erbakan vs. Turquía (6 de julio de 2006).

Asunto Féret vs. Bélgica (16 de julio de 2009).

Asunto Otegi vs. España (15 de marzo de 2011).

Asunto Veideland y otros vs. Suecia (9 de febrero de 2012).

Asunto Perinçek vs. Suiza (17 de diciembre de 2013).

Asunto Delfi AS vs. Estonia (16 de junio de 2015).

Asunto M'Bala vs. Francia (20 de octubre de 2015).

Asunto Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Indez Zrt vs Hungría (2 de febrero de 2016).

Asunto Belkacem vs. Bélgica (27 de junio de 2017).

Asunto Stern Taulats y Rpara Capellera vs. España (13 de marzo de 2018).

Asunto Richard Williamson vs. Alemania (8 de enero de 2019).

Asunto Lilliendahl vs. Islandia (12 de mayo de 2020).

Asunto Pavel Ivanov vs. Rusia (4 de junio de 2020).

LEGISLACIÓN:

Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.