

DISCURSO DEL ODIO EN LAS REDES SOCIALES: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ENCRUCIJADA

Laura Díez Bueso*

Resumen

Las reflexiones académicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa al discurso del odio son frecuentes. Sin embargo, actualmente se plantean relevantes interrogantes que todavía restan abiertos. Para empezar, no parece que la Corte europea tenga una concepción clara y uniforme sobre el discurso del odio, sino que bajo este paraguas se cobijan realidades distintas. Para continuar, el TEDH aplica idéntico tratamiento jurídico a estas diferentes realidades, obviando que el derecho debe ofrecer respuestas distintas a problemas distintos. Finalmente, la Corte no ha aclarado si este tratamiento jurídico del discurso del odio, que siempre ha aplicado a mensajes emitidos por los canales tradicionales de comunicación, puede trasladarse *mutatis mutandi* al discurso difundido a través de redes sociales. Estos tres relevantes temas constituyen el objeto del estudio que se recoge en este artículo. Concretamente, el estudio se propone dar pasos en la delimitación del concepto de discurso del odio; proponer un tratamiento jurídico distinto a los diferentes tipos de discurso del odio; y analizar qué consecuencias resultarían de aplicar la jurisprudencia europea sobre discurso del odio a la comunicación en la red.

Palabras clave: libertad de expresión; discurso del odio; redes sociales; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

HATE SPEECH ON SOCIAL MEDIA: FREEDOM OF EXPRESSION AT A CROSSROADS

Abstract

Academic reflections on European Court of Human Rights (ECHR) case law in relation to hate speech are frequent. However, important questions are currently being raised that remain unanswered. First, the ECHR does not appear to have a clear, uniform conception of hate speech; rather, it accommodates different realities under that umbrella. Second, it applies the same legal treatment to these different realities, ignoring the fact that the law must offer different answers to different problems. Finally, the Court has not clarified if this legal treatment of hate speech, which it has always applied to messages issued by traditional channels of communication, can, mutatis mutandi, be transferred to speech disseminated by social media. These three important themes are the object of the study covered in this article. Specifically, the study seeks to take steps to delimit the concept of hate speech; to propose differing legal treatment for different types of hate speech; and to analyse what the consequences would be of applying European case law to hate speech in Internet communication.

Key words: freedom of expression; hate speech; social media; European Court of Human Rights.

* Laura Díez Bueso, catedrática de derecho constitucional en la Universidad de Barcelona. Directora general de Asuntos Constitucionales y Coordinación Jurídica. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Gobierno de España. Facultad de Derecho, av. Diagonal, 684, 08028 Barcelona. lauradiez@ub.edu.

Artículo recibido el 23.09.2020. Evaluación ciega: 05.10.2020 y 05.10.2020. Fecha de aceptación de la versión final: 20.10.2020.

Citación recomendada: Díez Bueso, Laura. (2020). Discurso del odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 50-64. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3528>.

Sumario

- 1 De la libertad de expresión al discurso del odio
- 2 Concepto y tratamiento jurídico del discurso del odio en la jurisprudencia europea
 - 2.1 Existen dos discursos del odio
 - A. Sentencias donde la Corte europea exige que el discurso del odio sea capaz de provocar violencia física e inmediata contra un colectivo
 - B. Sentencias donde la Corte europea considera discurso del odio aquel capaz de promover a largo plazo violencia física e inmediata contra un colectivo
 - 2.2 Existe un único tratamiento jurídico del discurso del odio
- 3 Discurso del odio en las redes a la luz de la jurisprudencia europea
 - 3.1 Primer parámetro: la materia sobre la que versa el mensaje
 - 3.2 Segundo parámetro: quién es el emisor del mensaje
 - 3.3 Tercer parámetro: intención del emisor
 - 3.4 Cuarto parámetro: el colectivo destinatario del discurso
 - 3.5 Quinto parámetro: el ámbito geográfico donde se difunde el mensaje
 - 3.6 Sexto: el canal utilizado para difundir el mensaje

Bibliografía citada

1 De la libertad de expresión al discurso del odio

La libertad de expresión cuenta con un prolongado reconocimiento, y su recorrido se apareja a la victoria de la libertad frente al poder. Muestra de ello ha sido su progresiva reformulación con el paso del tiempo, así como su directa interdependencia con el momento histórico y la idiosincrasia de cada sociedad.¹

Esta interdependencia ha dado como resultado el desarrollo de diversas aproximaciones a la libertad de expresión, como demuestra de forma sostenida la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).²

Estas aproximaciones a ambos lados del Atlántico se han forjado a lo largo de varias décadas y han permitido, hasta hace poco, ofrecer unas pautas de comportamiento que dibujan unos límites bastante definidos de la libertad de expresión.³

No obstante, no cabe duda de que estas pautas se encuentran actualmente en cuestión y, probablemente, nos halleemos en un punto de inflexión. Muestra de este contexto son ciertas sentencias del Supremo estadounidense o de la Corte europea que dan un peso distinto a los elementos que tradicionalmente se han usado para establecer los límites a la libertad de expresión, que introducen nuevos parámetros o, incluso, que suponen una clara innovación respecto de su doctrina previa.

Este escenario es especialmente aplicable a la jurisprudencia estadounidense y europea relativa al denominado *discurso del odio*. En nuestro marco geográfico, son constantes las reflexiones académicas sobre la doctrina del TEDH relativa a este tipo de discurso. Sin embargo, quedan abiertos muchos interrogantes.

Para empezar, no parece que la Corte europea tenga una concepción clara y uniforme sobre el discurso del odio, sino que bajo este paraguas se cobijan realidades distintas. Para continuar, el TEDH aplica idéntico tratamiento jurídico a estas diferentes realidades, obviando que el derecho debe ofrecer respuestas distintas a problemas distintos. Finalmente, la Corte no ha aclarado si este tratamiento jurídico del discurso del odio, que siempre ha aplicado a mensajes emitidos por los canales tradicionales de comunicación, puede trasladarse *mutatis mutandi* al discurso difundido a través de redes sociales.

Estos tres relevantes temas constituyen el objeto del estudio que se recoge en las siguientes páginas. Concretamente, el estudio se propone dar pasos en la delimitación del concepto de discurso del odio; proponer un tratamiento jurídico distinto a los diferentes tipos de discurso del odio; y analizar qué consecuencias resultarían de aplicar la jurisprudencia europea sobre discurso del odio a la comunicación en la Red.

2 Concepto y tratamiento jurídico del discurso del odio en la jurisprudencia europea

2.1 Existen dos discursos del odio

Comenzando por el primer tema y como se acaba de anunciar, es posible sostener que existe confusión jurídica en la jurisprudencia europea respecto del propio concepto de discurso del odio.

Si se examinan las aproximaciones que realiza la filosofía política, no hallamos respuesta a la cuestión de qué tipo de mensaje constituye discurso del odio.⁴ Más allá de posiciones como las de Bollinger (1986) o Post (2009), contrarias a limitar cualquier tipo de mensaje, filósofos como Popper o Waldron sostienen la necesidad de prohibir ciertos mensajes pero sin definirlos: Popper (1994) defiende que la “tolerancia ilimitada conduce a la destrucción de la tolerancia” y Waldron (2012) afirma que el derecho debe reaccionar

1 Un completo estudio sobre el recorrido histórico de la libertad de expresión, desde sus más iniciales orígenes hasta la actualidad, puede encontrarse en Muñoz (2013).

2 Un análisis comparativo sobre la comprensión de la libertad de expresión en Estados Unidos y en Europa puede encontrarse en Carmi (2008) y en Rosenfeld (2003). En España, la comparativa más reciente puede encontrarse en Díez (2017: 11-65).

3 Un completo análisis sobre la jurisprudencia estadounidense relativa a los límites de la libertad de expresión en nuestro país puede encontrarse en Alcácer (2015). Por su parte, un completo estudio que aborda de forma global los límites de la libertad de expresión en la jurisprudencia del TEDH puede encontrarse en Weber (2009).

4 Una buena síntesis sobre la aproximación de los distintos filósofos del derecho al concepto de discurso del odio puede encontrarse en Alcácer (2015: 7 y 69), esta última página para Bollinger, Dworkin, Rawls y Sustain; en Marciani (2013), en concreto las páginas 193-194 para Post y Popper; y en Vázquez (2015), en especial las páginas 118-120 para Waldron.

“ante discursos contrarios al estatuto moral de ciertos grupos religiosos”. Pero no precisan más. Quienes han intentado concretar, esencialmente Sunstein (1993) y Dworkin (1996, 2009), trazan el límite en los mensajes que inciten directamente a la violencia; aunque, de nuevo, sin precisar a qué tipo de violencia se refieren: ¿a la física?, ¿a la inmediata?

Si se analiza la normativa europea, tampoco existe una respuesta unívoca a la cuestión de qué tipo de mensaje constituye discurso del odio. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, de 1950, parte en su artículo 10.2 de que la libertad de expresión puede limitarse para garantizar la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública; asegurar la defensa del orden y la prevención del delito; proteger la salud o la moral; amparar la reputación o los derechos ajenos; impedir la divulgación de informaciones confidenciales; o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Una aproximación más directa al discurso del odio se recogió en 1997 en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa n.º R (97) 20, sobre el discurso del odio, dirigida a aproximar las políticas y legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra este tipo de lenguaje; en ella este discurso se define tautológicamente como aquel que cubre toda forma de expresión que “difunde, incita, promueve o justifica el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basado en la intolerancia expresada por un nacionalismo y etnocentrismo agresivo, discriminación y hostilidad contra las minorías, los emigrantes y las personas de origen inmigrante”.⁵

Estos son los dos parámetros normativos con los que cuenta el TEDH para hacer frente al discurso del odio, que tampoco responden a la pregunta de qué tipo de mensajes constituye este discurso. ¿Solo los que incitan a cometer una acción violenta física e inmediata? ¿También los que la promueven a largo plazo?

Puede sostenerse que la jurisprudencia europea no ofrece una respuesta concluyente a estas cruciales preguntas. Ciertamente, un repaso exhaustivo de esta jurisprudencia apunta que, bajo el paraguas del discurso del odio, se incluyen dos realidades distintas: por un lado, el lenguaje capaz de provocar una violencia física e inmediata contra un colectivo; por otro lado, el lenguaje que puede producir a largo plazo una hostilidad contra ese grupo.

En los epígrafes que siguen se ofrece una selección de las sentencias que fundamentan esta tesis.

A. Sentencias donde la Corte europea exige que el discurso del odio sea capaz de provocar violencia física e inmediata contra un colectivo

El TEDH no acostumbra a explicitar en sus sentencias que el discurso del odio debe ser capaz de provocar una violencia física e inmediata, sino que esta necesidad se deriva implícitamente de la argumentación contenida en los fundamentos jurídicos de la resolución. No obstante, pueden encontrarse algunos ejemplos donde esta necesidad sí se explicita, especialmente en la jurisprudencia más reciente.

En el caso *Soulas y otros c. Francia* (2008) se enjuiciaba la publicación de un libro titulado *La colonización de Europa. Discurso verdadero sobre la inmigración y el Islam*, donde se pretendía subrayar particularmente “la incompatibilidad de la civilización europea con la civilización islámica en un área geográfica concreta”. En este caso, la Corte señala que “varios pasajes del libro dan una imagen negativa de las comunidades citadas. El estilo es en ocasiones polémico y la presentación de los efectos de la inmigración catastrófica” (§ 41). “Para condenar al demandante, el Tribunal de apelación subrayó que las palabras utilizadas en el libro tenían por objeto provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo, acrecentado por la imitación del lenguaje militar, frente a las citadas comunidades designadas como enemigo principal, y llevarlos a compartir la solución recomendada por el autor, la de una guerra de reconquista étnica. El Tribunal de apelación mencionó expresamente en su motivación los extractos del libro en los que se fundaban sus conclusiones, concretamente la aseveración del autor según la cual ‘solamente si estalla una guerra civil étnica podrá hallarse la solución’” (§ 43). A partir de aquí, “la Corte considera que los motivos del Tribunal de apelación son suficientes y pertinentes” (§ 44). Como se desprende claramente de la argumentación

⁵ La legislación interna de los Estados europeos tampoco ofrece una respuesta unívoca sobre el concepto de discurso del odio. La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) preparó en el 2008 un informe sobre la legislación nacional europea relativa a la blasfemia, los insultos de naturaleza religiosa y la incitación al odio religioso, que concluyó que no hay un concepto de discurso del odio universalmente aceptado, a pesar de que la mayor parte de los países del Consejo de Europa han adoptado normas que prohíben las expresiones calificables como incitadoras al odio.

de esta sentencia de la Corte, la alusión a una “guerra civil étnica” es la clave de la restricción. En otras palabras, la posibilidad de que este discurso pudiera provocar una violencia física e inmediata resulta clave para condenar.

Otro caso elocuente es la sentencia *Leroy c. Francia* (2008) que analizaba una caricatura publicada justo después de los atentados contra las Torres Gemelas. La escena del siniestro se ilustraba con un mensaje que decía “Nosotros hemos soñado con ello... Hamas lo ha hecho”, emulando un conocido anuncio de la marca Sony: “Has soñado con ello... Sony lo hizo”. Respecto de esta leyenda, la Corte europea sostuvo lo siguiente: el mensaje alababa inequívocamente el acto de la muerte; el dibujante justificaba el uso del terrorismo, se identificaba con él y con su método de destrucción; y, finalmente, el emisor de manera indirecta alentaba al lector a considerar positivamente la comisión de un crimen. Con base en ello, la Corte condena.

Otro caso reciente y excelente ejemplo de la exigencia de violencia física e inmediata es la sentencia *Dmitriyevskiy c. Rusia* (2017), donde el recurrente era el director ejecutivo de la *Russian-Chechen Friendship Society*, una ONG que supervisaba las violaciones de derechos en la República de Chechenia, y también era editor jefe de la revista *Protection of Rights*. Esta revista publicó diversos artículos donde el demandante se mostraba crítico con Rusia en relación con el conflicto con Chechenia y acusaba a este país de llevar a cabo un “genocidio”, “asesinatos en masa sin motivación”, ejecuciones extrajudiciales, detenciones sin fundamento, operaciones severas de “limpieza”, torturas, secuestros, desapariciones y “controles residenciales”, por lo que fue condenado por incitar al odio contra el Estado ruso. La sentencia del TEDH sostiene expresamente que “lo que debe determinarse en el presente caso es si las afirmaciones impugnadas contenidas en los artículos publicados por el recurrente pueden ser consideradas como incitadoras, o tendieran a provocar violencia capaz [...] de poner en peligro la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, o desembocar en desórdenes” (§ 103). Aplicando esta premisa, la Corte considera la restricción ilícita pues “las ideas expresadas en los artículos no pueden ser leídas como una incitación a la violencia, ni pueden ser interpretadas como una instigación al odio o a la intolerancia capaz de resultar en violencia” (§ 109).

También es elocuente la reciente sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (2018), que evalúa los hechos ocurridos durante una visita oficial de los Reyes de España a Girona en septiembre del 2007. En el momento de la visita tuvo lugar una manifestación donde los demandantes prendieron fuego a una fotografía de los Reyes, de amplias dimensiones, en la que aparecían boca abajo. Como consecuencia, los recurrentes fueron condenados a quince meses de prisión por insultos a la Corona, pena que fue conmutada por el abono sustitutorio de una multa. La Corte europea consideró que se había producido una vulneración del artículo 10 del Convenio y fundó su decisión en que la intención de los demandantes no fue incitar a la comisión de actos de violencia contra la persona del Rey. El TEDH estimó que “la incitación a la violencia no se puede inferir de un examen conjunto de los elementos utilizados para la puesta en escena y del contexto en el que el acto se ha producido, y tampoco se puede establecer con base en las consecuencias del acto que [...] no ha sido acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. Los incidentes que se habrían producido algunos días más tarde en el marco de unos actos de protesta contra la inculpación de los dos demandantes, a los que se refiere el Gobierno, en nada cambian esta conclusión. No se pueden interpretar estos incidentes como la consecuencia de la puesta en escena organizada por los demandantes, sino como una reacción contra la utilización por el Estado de la represión penal”. En consecuencia, la Corte considera ilícita la restricción.

B. Sentencias donde la Corte europea considera discurso del odio aquel capaz de promover a largo plazo violencia física e inmediata contra un colectivo

Frente al criterio jurisprudencial establecido en sentencias como las que acaban de analizarse, conviven en el tiempo otras sentencias que prescinden de la violencia física e inmediata actual y consideran discurso del odio aquel capaz de promoverla a largo plazo.

En el caso *Vejdeland y otros c. Suecia* (2007) se juzgaba la distribución de un folleto en los casilleros de una escuela de secundaria que contenía el siguiente texto: “Propaganda homosexual: En el transcurso de algunas décadas, la sociedad ha pasado del rechazo de la homosexualidad y otras desviaciones sexuales a abrazar esta proclividad sexual desviada. Sus profesores antisuecos saben muy bien que la homosexualidad tiene un efecto moralmente destructivo sobre la sustancia de la sociedad y tratarán de buen grado de presentarla

como algo normal y bueno. Díganles que el VIH y el sida aparecieron tempranamente en los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo fue una de las principales razones por las que esta plaga moderna se afianzó. Díganles que los *lobbies* homosexuales también están tratando de restar importancia a la pedofilia y pregúntenles si esta desviación sexual debería ser legalizada”. Al evaluar este folleto, el TEDH sostuvo que “si bien estas afirmaciones no recomendaban directamente la comisión de actos de odio, son acusaciones graves y perjudiciales” (§ 54). “Además, la Corte reitera que la incitación al odio no implica necesariamente la llamada a un acto de violencia u otros actos delictivos. Los ataques a personas a través de insultos, la ridiculización o la difamación a grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso racista frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable”. Este razonamiento conduce al TEDH a condenar.

En el caso *Féret c. Bélgica* (2009), el demandante era presidente del partido político *Front National*, editor responsable de los escritos del mismo y propietario de su sitio web, además de diputado en la Cámara de Representantes. Este partido repartió una octavilla titulada ¡Implicaos en lo que os afecta!, que promovía restablecer la prioridad del empleo para los belgas y europeos, repatriar a los inmigrantes, aplicar el principio de la preferencia nacional y europea, convertir los centros de refugiados políticos en albergue para los sintecho belgas, crear cajas de Seguridad Social separadas para los inmigrantes, interrumpir la política de la seudointegración y detener la bomba aspirante “Seguridad Social para todos”. En otra octavilla titulada *Programa del Front National* se promovía la repatriación de los inmigrantes y decía querer “oponerse a la islamización de Bélgica”, “expulsar a los parados extraeuropeos”, “reservar a los belgas y europeos la prioridad de las ayudas sociales”, “dejar de sustentar las asociaciones socioculturales de ayuda a la integración de los inmigrantes”, “reservar el derecho de asilo [...] a las personas de origen europeo realmente perseguidas por razones políticas” y “entender la expulsión de los inmigrantes en situación irregular como una mera aplicación de la Ley”. El TEDH declaró que, al restringir la difusión de estas octavillas, no había habido vulneración de la libertad de expresión y sostuvo que “la Corte estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades prioricen la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos” (§ 73). A todo lo cual añade que “la Corte recuerda que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia” (§ 75).

El caso más reciente donde esta jurisprudencia se recoge abierta y expresamente es la sentencia *E.S. c. Austria* (2018) donde se juzgaban las manifestaciones emitidas en una serie de seminarios titulados *Información básica sobre el islam*, organizados por el *Right-Wing Freedom Party Education Institute*. Entre otras afirmaciones, se sostenía que “uno de los mayores problemas a los que nos enfrentamos hoy es que Mahoma aparece como el hombre ideal, el humano perfecto, el musulmán perfecto. Eso significa que el más alto mandamiento para un hombre musulmán es imitar a Mahoma, vivir su vida. Esto no es acorde con nuestras normas y leyes sociales. Como era un señor de la guerra, tenía muchas mujeres, por decirlo de alguna manera, y le gustaba hacerlo con niños. Y, de acuerdo con nuestros estándares, no era un ser humano perfecto. Tenemos enormes problemas con esto hoy, pues los musulmanes entran en conflicto con la democracia y con nuestro sistema de valores”. Ante estas manifestaciones, el TEDH se adhirió a la decisión adoptada por las autoridades nacionales y consideró que “en el presente caso los tribunales nacionales evaluaron exhaustivamente el contexto general de las declaraciones de la demandante y equilibraron cuidadosamente su derecho a la libertad de expresión con el derecho de los demás a que se protejan sus sentimientos religiosos y se preserve la paz religiosa en la sociedad austriaca. Discutieron los límites permisibles de la crítica de las doctrinas religiosas frente a su menosprecio y constataron que las declaraciones del demandante probablemente suscitaron una indignación justificada en los musulmanes. Además, la Corte considera que las declaraciones impugnadas no fueron formuladas de manera neutral con el fin de hacer una contribución objetiva a un debate público sobre el matrimonio infantil [...], sino que equivalieron a una generalización sin fundamento fáctico. Así, al considerar que estas afirmaciones iban más allá de los límites permisibles en un debate objetivo y entenderlas

como un ataque abusivo contra el Profeta del Islam, capaz de provocar prejuicios y poner en riesgo la paz religiosa, los tribunales nacionales llegaron a la conclusión de que los hechos controvertidos contenían elementos de incitación a la intolerancia religiosa” (§ 57).

2.2 Existe un único tratamiento jurídico del discurso del odio

La jurisprudencia contenida en las sentencias que se han analizado en el apartado anterior es buena muestra de que el TEDH no utiliza una noción unívoca de discurso del odio, pues en unos casos vincula este discurso directamente con la violencia física e inmediata y, en otros, con la violencia física que a largo plazo pueden provocar ciertos mensajes, como consecuencia de la creación de una atmósfera discriminatoria.

Ello evidencia un delicado problema en la jurisprudencia europea, pues supone que la Corte confunde dos realidades distintas. Y ello provoca correlativamente un segundo problema: dado que no distingue entre estos dos tipos de discurso, les ofrece un mismo tratamiento jurídico.

¿Cuál es la respuesta que el TEDH ofrece a “ambos” discursos del odio?

Cuando el TEDH se enfrenta a un conflicto entre este discurso y otro derecho o bien jurídico garantizado por el Convenio europeo, debe tomar una primera decisión. Por un lado, puede aplicar el artículo 17 del Convenio que recoge la cláusula de prohibición del abuso de derecho⁶ y considerar que el mensaje queda excluido de la protección del artículo 10.1 del Convenio, regulador de la libertad de expresión. Alternativamente, la Corte puede estimar que el mensaje dispone de la garantía de este último precepto y, en este marco, analizar si la restricción ha sido legítima según los parámetros del apartado segundo del artículo 10.

¿Dónde ha situado la Corte el discurso del odio? ¿En el artículo 17 o en el 10 del Convenio? No existe ningún caso que directamente responda a esta cuestión, pero la posición del TEDH puede considerarse sintetizada con cierta claridad en dos de sus sentencias.

Por un lado, la sentencia *Perinçek c. Suiza* (2013) sostiene que el abuso de derecho del artículo 17 sólo puede aplicarse “excepcionalmente y en supuestos extremos, donde resulta manifiestamente claro que la libertad de expresión se ha empleado con una finalidad meridianamente contraria a los valores del Convenio”. Por otro lado, en la sentencia *Lehideux y Isorni c. Francia* (1998), la Corte sigue estructuralmente la siguiente opción: considerar el discurso del odio cubierto por el artículo 10, analizar las restricciones a las que se ha sometido, y emplear el artículo 17 a modo de principio interpretativo cuando evalúa estas restricciones. La opción del TEDH, expresada en estas dos sentencias de referencia, resulta muy relevante, pues implica considerar que el discurso del odio forma parte de la libertad de expresión del artículo 10 y que sólo puede ser limitado conforme a lo establecido en este mismo precepto.

Así, cuando un Estado limita el discurso del odio, la restricción debe hallarse prevista normativamente, perseguir las finalidades establecidas en el artículo 10 y tratarse de una limitación necesaria en una sociedad democrática. Los requisitos de previsión normativa y finalidad legítima resultan de fácil cumplimiento para el Estado.⁷ El quid de la cuestión es si la restricción al discurso del odio que ha realizado es necesaria en una sociedad democrática. Y, paradójicamente, aquí es donde la Corte europea se muestra más confusa.

Cuando la Corte evalúa si existe necesidad de restringir el discurso del odio, ofrece a los Estados cierto margen de apreciación. Este margen es menor en asuntos políticos, puesto que la Corte considera que

⁶ Esta cláusula tiene como objetivo mantener los valores del sistema democrático que subyacen en el Convenio europeo y evitar que se abuse del mismo en beneficio de un poder público o de un particular. Como se recogió expresamente en la sentencia *Lawless c. Irlanda* (1961), la finalidad del precepto es que estos no puedan acogerse a ningún derecho del Convenio que les permita desarrollar una actividad o ejecutar un acto dirigido a socavar, precisamente, los derechos y libertades que reconoce.

El rol del artículo 17 del Convenio se ha reservado principalmente para los casos de discusiones sobre la negación del Holocausto. Un completo análisis sobre el tratamiento del negacionismo en las sentencias del TEDH puede encontrarse en Bustos (2015).

⁷ La previsión de la injerencia en la normativa doméstica ha sido considerada de manera laxa por el TEDH. Fundamentalmente, se exige que la restricción tenga una base normativa en sentido material (no necesariamente formal) y puede recogerse incluso en textos infralegales. La Corte también exige que la norma haya sido accesible al ciudadano afectado por la restricción, quien, además, debe haber podido prever las consecuencias de su incumplimiento.

Tampoco la finalidad legítima resulta de difícil cumplimiento para el Estado debido a la amplitud de las finalidades previstas en el artículo 10.2 del Convenio, puesto que están destinadas a proteger el interés general desde distintos puntos de vista.

el debate sobre los mismos es fundamento de la democracia y que los Estados apenas deben restringirla (Erbakan c. Turquía, 2006). En cambio, el margen de apreciación es máximo en asuntos religiosos, pues la Corte europea considera que no existe un concepto común de religión que permita una protección uniforme en todos los Estados del Consejo de Europa (Wingrove c. Reino Unido, 1996).

Pero el problema fundamental cuando se analiza la necesidad de restringir el discurso del odio no es determinar el margen de apreciación del Estado. El problema es que el TEDH dice usar aquí el test de la proporcionalidad cuando en realidad no lo hace. Como señala Smet (2013), la Corte europea no aplica una versión estricta y ordenada de test⁸ y, como apunta O'Reilly (2016), la ausencia de un test de la proporcionalidad adecuado deja a los ciudadanos a merced de los Estados.⁹

Ciertamente, el TEDH ha optado por distanciarse de la aplicación rigurosa del test de la proporcionalidad y, en su lugar, ha construido lo que ha venido a denominarse *test de Estrasburgo*. Este test podría sintetizarse de la siguiente forma: cuando la Corte evalúa la necesidad de limitar el discurso del odio, aplica unos parámetros *ad hoc*, parámetros que ayudan a determinar si la restricción resulta admisible.

Estos parámetros han sido concebidos por la propia Corte europea y pueden considerarse los siguientes: la materia sobre la que versa el mensaje, el tipo de emisor, la intención del emisor, el colectivo destinatario del mensaje, los medios utilizados para divulgarlo, el ámbito geográfico donde se emite, la sanción impuesta por el Estado y el contexto donde se difunde el mensaje.¹⁰

De esta enumeración de los parámetros que usa el TEDH para evaluar la necesidad de limitar el discurso del odio resulta llamativo que no incluya, como parámetro autónomo, la capacidad del mensaje para incitar a la violencia. No obstante, la ausencia de esta variable es coherente con la aproximación europea a la libertad de expresión, frente a la aproximación estadounidense donde la incitación a la violencia se analiza de forma autónoma y es decisiva.¹¹ En Europa es el análisis conjunto de los parámetros del test de Estrasburgo el que permite concluir si hay o no incitación a una violencia física e inmediata, o creación de atmósfera discriminatoria que pueda provocar violencia física y futura.

Y aquí es donde se evidencia claramente el segundo problema de la jurisprudencia europea que se ha anunciado al inicio de este apartado: dado que existen dos tipos de discurso del odio, deberían tratarse de manera diferente, aunque fuera aplicando, de forma cualitativamente distinta, los mismos parámetros del test de Estrasburgo. a través de estos parámetros, en el primer caso deberían analizarse la capacidad del mensaje para provocar violencia física e inmediata; y en el segundo, su capacidad para crear un clima actual de hostilidad que a largo plazo pudiera provocar actos de violencia.

En suma, se están protegiendo dos bienes distintos puesto que hay dos tipos de discurso del odio: en el primer caso, se evita la lesión actual a la integridad física del colectivo discriminado u otros colectivos que los apoyen; en el segundo, la amenaza de afectación a su integridad física en un futuro por agresión actual a la dignidad del colectivo.

⁸ Smet (2013) sostiene que es excepcional que la Corte separe la necesidad de la proporcionalidad en sentido estricto, porque, generalmente, se ha centrado en verificar la existencia de medidas menos restrictivas como elemento a considerar en el *balancing test* o ha continuado evaluando la proporcionalidad en sentido estricto después de constatar que existían estas medidas.

⁹ O'Reilly (2016: 250) sostiene que la Corte se limita a analizar si la restricción puede justificarse razonablemente por el Estado, cuando sería preferible que el TEDH evaluara si una medida menos restrictiva hubiera sido suficiente para la necesidad social imperiosa que se quiere proteger.

¹⁰ La definición de estas variables y el peso otorgado a cada una no se sistematizan en las sentencias de la Corte, más allá de indicarse que, en el momento de evaluar la restricción, el caso debe analizarse en su conjunto (Jersild c. Dinamarca, 1994). Esta falta de claridad ha contribuido a que estos parámetros reciban denominaciones diversas por parte de la doctrina y que el juego de los mismos tampoco sea valorado de igual modo. Según Weber (2009: 33-46), el parámetro considerado esencial por el TEDH es la intención del emisor del mensaje; sin embargo, como la intención resulta difícil de determinar, la Corte analiza con detalle otras variables: el contenido de la expresión, el rol del emisor, el colectivo al que se refiere el mensaje y su difusión. A diferencia de esta autora, Tulkens (2012) cree que los parámetros esenciales son la intención y el contexto, la combinación de los cuales constituye la fuerza pragmática del discurso, esto es, su habilidad para convencer, dirigir a la audiencia o incitarla a cometer o no un determinado acto.

¹¹ Son muy cuantiosos los estudios que analizan el juego de la incitación a la violencia como límite a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense. Un interesante análisis crítico sobre el test de Brandenburg, que sirve actualmente de parámetro y que exige un peligro claro e inminente de violencia física, puede encontrarse en Schauer (2005) y en Carmi (2008).

El segundo supuesto es el que de forma más diluida se encuentra en las sentencias del TEDH. Ciertamente, la Corte no ha aceptado abiertamente que esté condenando la creación de una atmósfera social discriminatoria hacia cierto grupo, que en un futuro pudiera transformarse en violencia física contra ese colectivo o sus defensores, y no solo condenando un ataque actual a la dignidad de un grupo discriminado.

Este riesgo de daño futuro requiere una relevancia objetiva, un juicio de peligrosidad, que evalúa si el ánimo aversivo favorece la creación de un clima que presagie la producción futura de violencia física e inmediata.¹² Y aquí entra en juego el test de Estrasburgo, cuyos parámetros ya no deben estar dirigidos a evaluar la posibilidad de violencia física e inmediata, sino la creación de una atmósfera actual que pueda provocarla en un futuro.

3 Discurso del odio en las redes a la luz de la jurisprudencia europea

En los apartados anteriores se ha descrito el concepto y tratamiento jurídico del discurso del odio en los casos conocidos por el TEDH. Hasta el momento, todos ellos se han referido a expresiones vertidas a través de lo que podrían denominarse *canales tradicionales de comunicación social*. Por este motivo, las nuevas formas de comunicación social a través de redes obligan a responder a la siguiente cuestión: ¿los límites al discurso del odio que ha marcado la Corte europea serían diferentes si el mismo mensaje se difundiera en la Red?

Para contestar este interrogante, resulta preciso partir del siguiente planteamiento. Dado que el derecho debe brindar respuestas distintas a supuestos de hecho distintos, deben identificarse cuáles son los elementos que diferencian la comunicación en redes sociales respecto del resto de las comunicaciones tradicionales.

Pueden considerarse cuatro los elementos que distinguen la comunicación en la Red.¹³ El primero, la posición del receptor del mensaje, que puede interactuar y convertirse en emisor. El segundo, el muy diverso perfil de los emisores. El tercero, la gran variedad de contenidos en la Red. Y, el cuarto, la evidente mayor difusión de los mensajes.

Es momento ahora de evaluar estos cuatro elementos distintivos de la comunicación en la Red a la luz de los parámetros del test de Estrasburgo; más concretamente, de evaluar estos cuatro elementos a la luz de los baremos del test directamente afectados por la comunicación en la Red. En otras palabras, no procede cruzar los cuatro elementos con todos los parámetros del test de Estrasburgo, sino solo con aquellos que se consideran relevantes para la comunicación a través de redes sociales.

Particularmente, estos baremos podrían ser los siguientes: la materia sobre la que versa el mensaje, el tipo de emisor, la intención del emisor, el ámbito geográfico donde se difunde el mensaje, y el canal empleado para difundirlo.

El objetivo final de este cruce es saber si estos parámetros del test de Estrasburgo que acaban de citarse son válidos para la comunicación en la Red, si conviene adaptarlos o, incluso, explorar otros parámetros.

3.1 Primer parámetro: la materia sobre la que versa el mensaje

En epígrafes anteriores ya se ha hecho referencia a la importancia que la Corte europea otorga a la materia sobre la que versa el mensaje, en orden a ofrecer mayor o menor margen de apreciación al Estado. Entonces,

¹² A este juicio de peligrosidad se refiere Fuentes (2017: 133-150) cuando analiza los delitos de odio desde una perspectiva estrictamente penal. En este campo, concluye que los únicos requisitos objetivos realmente operativos para condenar son la visibilidad de la conducta aversiva, la reiteración por parte del mismo sujeto activo y la exigencia de afectación de alguno de los colectivos protegidos o de sus miembros. Con todo, este autor acaba concluyendo que su capacidad como filtro de la tipicidad es muy limitada, ya que se refiere a aspectos accesorios fácilmente concurrentes.

¹³ Estos elementos se han extraído de la lectura de diversos académicos especialistas en la materia, que han sistematizado las características de la comunicación en la Red; de entre ellos, se ha tomado como especial referencia a Boix (2002: 146 y 162, 2016: 60) y a Carrillo (2013: 14). Por su parte, Moretón (2012: 3) ha analizado concretamente los motivos que facilitan el ciberodio, a saber: la comunicación puede realizarse anónimamente y el acceso es, por lo general, igualmente anónimo; el reenvío de la información y su traducción a distintos idiomas puede ser inmediato; el proceso de comunicación puede realizarse en distintos puntos del mundo; el mensaje puede presentar una multitud de formas (vídeos, juegos *online*, etc.); y existe una apariencia de una libertad de expresión absoluta, en virtud de la cual puede manifestarse cualquier cosa sin temor a las repercusiones que sí habría fuera de la Red.

en un extremo se ponían los asuntos políticos, que dejaban un margen estrecho a las autoridades nacionales, por su conexión con la libertad de expresión como fundamento de la democracia; y en el extremo opuesto se aludía a los asuntos conectados con la religión, que permitían un amplio margen al Estado, por considerar la Corte que no existe una concepción uniforme sobre la protección que deben recibir los ataques a las convicciones religiosas.

Este abanico en el margen de apreciación estatal es solo un reflejo de lo realmente relevante: la protección que la Corte europea otorga a la libertad de expresión varía en función del grado de interés de lo difundido; por ello, el margen del Estado es superior cuanto más alejado se encuentra de los asuntos políticos. No son habituales las formulaciones explícitas de esta doctrina en las sentencias del TEDH, pero a ella se refiere claramente, por ejemplo, en el caso *Cyprus c. Turquía* (2001) cuando advierte expresamente de que la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de forma convincente, particularmente cuando la naturaleza del debate es política más que cuando es comercial.¹⁴

En suma, el TEDH valora si un mensaje es más o menos relevante y si, consecuentemente, requiere mayor o menor protección en el momento del escrutinio sobre la necesidad de la restricción operada por el Estado: cuando el mensaje es político (tema relevante por antonomasia), el escrutinio de la Corte europea es más estricto; cuando es menos relevante o irrelevante (por ejemplo, competencia desleal), el escrutinio es menor y las posibilidades de restricción por parte de los Estados aumentan.¹⁵

Este parámetro del test de Estrasburgo puede aplicarse sin fisuras a los mensajes en la Red. Ciertamente, esta suerte de jerarquización de los contenidos operada por el TEDH, que ofrece mayor protección a los relacionados con el sistema democrático y menor cuanto más se alejan de ellos, puede utilizarse en relación con los mensajes que circulan por la Red, incluidos los que podrían calificarse como discurso del odio.

Es más, este baremo resulta especialmente útil por el gran abanico de temas que se propagan por las redes sociales, pues su empleo permitiría graduar los límites al discurso del odio en la Red en función de la materia sobre la que versara: los discursos sobre temáticas políticas disfrutarían de una protección superior; cuanto más se alejaran de este ámbito, la garantía disminuiría; hasta llegar a los asuntos religiosos donde, recordemos, la Corte europea permite la máxima capacidad de restricción al discurso del odio por parte de los Estados.

3.2 Segundo parámetro: quién es el emisor del mensaje

Respecto al emisor del mensaje, la Corte vuelve a ser coherente con su jurisprudencia, que concibe la libertad de expresión como fundamento del sistema democrático, lo cual justifica una mayor protección de los mensajes difundidos por los representantes políticos y por los medios de comunicación.

En el primer caso, la capacidad de los Estados para restringir mensajes emitidos por políticos es reducida, como se explica en la sentencia *Incal c. Turquía* (1998), donde se analizaba la condena criminal a un miembro del comité ejecutivo del Partido Popular de los Trabajadores por haber contribuido a preparar unos panfletos de propaganda separatista. El TEDH repitió que la libertad de expresión es particularmente importante en el ámbito de los partidos políticos y sus miembros, pues representan a su electorado y fijan la atención en sus preocupaciones e intereses; de acuerdo con ello, la restricción a la libertad de expresión de un político del partido de la oposición al Gobierno, como era el demandante, llamaba a un mayor escrutinio por parte de la Corte.

No obstante, cabe señalar que esta jurisprudencia convive con sentencias como la ya citada *Féret c. Bélgica* (2009), en la que se realizaban una serie de afirmaciones contra el colectivo de inmigrantes: pese a considerar de la máxima relevancia que los mensajes se difundieran en el contexto de una contienda electoral, por lo que su restricción debía producirse únicamente ante razones imperiosas, la Corte sostuvo que el lenguaje

14 Pese a no explicitarse esta jurisprudencia en las sentencias de la Corte, esta doctrina se desprende claramente en el momento del escrutinio, mucho más intenso en temas relacionados con la actividad política (*Castells c. España*, 1992, 42) o la autoridad e imparcialidad del poder judicial (*Sunday Times c. Reino Unido*, 1979, 59) y mucho menor en asuntos relativos a la moralidad (*Handyside c. Reino Unido*, 1976, 48 y 49) o la competencia desleal (*Casado Coca c. España*, 1994, 50).

15 Un análisis pormenorizado sobre el distinto nivel de protección otorgado a la libertad de expresión en función de la temática del mensaje puede encontrarse en Díez (2002).

empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y al odio racial, circunstancia que no podía ser camuflada por el propio proceso electoral.

Respecto a la mayor protección de los medios de comunicación, la cuestión esencial radica en discernir el papel del periodista, editor o propietario del medio de comunicación, como autor del mensaje o como mero agente que lo difunde.

En el caso *Jersild c. Dinamarca* (1994), el TEDH consideró inapropiada la condena por complicidad contra el periodista demandante, quien había entrevistado a una serie de miembros del grupo *The Greenjackets* que habían realizado afirmaciones abiertamente racistas en un programa de televisión. La Corte valoró especialmente que el periodista hubiera presentado al grupo como extremista, haciendo alusión a sus antecedentes penales e incluso replicando algunas de sus argumentaciones racistas, por lo que no consideró que objetivamente hubiera tenido el propósito de propagar esas ideas. Tampoco en *Lehideux e Isorni c. Francia* (1998) los demandantes fueron considerados por la Corte europea culpables de apología del delito, pues apreció que no intentaban negar o revisar lo que en su publicación calificaban de “persecuciones y atrocidades del nazismo”.

No obstante, no puede dejar de reseñarse que esta jurisprudencia coexiste con sentencias como las distintas relativas al caso *Sürek c. Turquía* (1999), donde el demandante y propietario de una revista semanal fue condenado por publicar dos cartas al director que criticaban vehementemente las acciones militares en el sudeste de Turquía. En ambos casos, la Corte sostuvo que, aunque el recurrente personalmente no se asociaba con las ideas expresadas en las cartas, sí proveyó a sus autores de un canal para incitar a la violencia y al odio; además, como propietario tenía el poder de modelar la dirección editorial de la revista.

Así, con las matizaciones expuestas, el TEDH protege especialmente los mensajes difundidos por los representantes políticos y por los medios de comunicación. No parece problemático aplicar este criterio del test de Estrasburgo a la comunicación en la Red, de forma que un elemento a valorar debería ser quién es el emisor de mensajes calificables, en su caso, como discurso del odio.

El único inconveniente para aplicar este baremo a la comunicación a través de redes sociales podría ser la eventual dificultad para identificar al autor del mensaje, como político o como medio de comunicación. Aunque esta dificultad puede superarse fácilmente: si no es posible acreditar su identidad, no se aplicará la mayor protección que la Corte europea otorga a representantes políticos y a medios de comunicación.

3.3 Tercer parámetro: intención del emisor

La pregunta concreta que generalmente la Corte se formula cuando evalúa este parámetro es la que acaba de exponerse en el epígrafe anterior: si el demandante intentó difundir ideas, por ejemplo, racistas; o si, por el contrario, trataba de informar sobre asuntos de interés general. Así, y con los matices comentados, el TEDH examina si el emisor tiene la intención de informar al público sobre materias de interés general sin hacer suyo el mensaje, lo que condujo a la protección del periodista que entrevistó a *The Greenjackets* (*Jersild c. Dinamarca*, 1994), pero que no protegió en cambio al propietario de una revista por el contenido de dos cartas al director (*Sürek c. Turquía*, 1999).

También este parámetro del test de Estrasburgo puede emplearse en la comunicación a través de redes sociales. Para ello, deberán examinarse los datos que permiten entrever la voluntad del emisor, teniendo en cuenta los códigos específicos de cada red social. El problema que se plantea aquí es que estos códigos no son por todos conocidos ni siempre están claros; por ejemplo, retuitear un mensaje, no siempre significa estar de acuerdo con su contenido, sino que a veces la intención es precisamente denunciar el propio mensaje. Como consecuencia, la aplicación de este parámetro será tan útil como difícil y, probablemente, con el paso del tiempo se irán perfilando con mayor precisión estos códigos, de forma que se podrá afinar con mayor grado de exactitud la intención del emisor usuario de redes sociales.

3.4 Cuarto parámetro: el colectivo destinatario del discurso

Los colectivos que el TEDH ha protegido frente al discurso del odio giran en torno al concepto de raza y de religión, en la línea de la normativa europea relativa a este tipo de discurso, como la ya referida

Recomendación n.º R (97) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Existe en la actualidad un interesante debate sobre la conveniencia de identificar el discurso del odio contra la raza y contra la religión: en tanto un sector doctrinal se muestra contrario, pues considera que, a diferencia de la religión, la raza es una cualidad intrínseca no elegida, otros autores sostienen la identificación entre persona y religión, lo que conduce a un mismo tratamiento. En el fondo, como explica Palomino (2014: 43), existen dos tipos de comprensión del fenómeno religioso: la elección personal, que implica una menor protección de la religión y un superior amparo de la raza, puesto que esta es inalterable/no elegible; y la identitaria, que implica una mayor protección de la religión por estar vinculada a los derechos fundamentales, es decir, un amparo que debería asimilarse al ofrecido a la raza.

En cualquier caso, el TEDH considera tradicionalmente discurso del odio aquel dirigido contra un colectivo por la pertenencia a una raza o por profesar una determinada religión. Pero, desde hace unos años, esta jurisprudencia constante ha variado. Como señala Tulkens (2012), desde el 2012 parece que en el campo de los colectivos especialmente protegidos ante el discurso del odio está emergiendo una nueva dimensión, que el autor denomina *discurso del odio sobre la orientación sexual*.

Ciertamente, la sentencia Vejdeland y otros c. Suecia (2012) supone un vuelco porque amplía el colectivo protegido a las personas homosexuales.¹⁶ Ya se ha hecho referencia detallada a esta sentencia en apartados anteriores, por lo que solo interesa añadir aquí que la Corte europea consideró que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en “la raza, el origen o el color de la piel”. Esta jurisprudencia europea, que protege al colectivo homosexual frente al discurso del odio, se reproduce en sentencias recientes, como la del caso Beizaras y Levickas c. Lituania del 2020.

Tampoco parece que exista mayor inconveniente en trasladar, a los mensajes emitidos por redes sociales, la jurisprudencia europea que circunscribe el discurso del odio a la protección de determinados grupos. Más allá de la opinión que merezca la selección de los mismos, o de las eventuales ampliaciones a otros colectivos, puede mantenerse para la red el criterio de protección de grupos aplicable a la comunicación por canales tradicionales.

3.5 Quinto parámetro: el ámbito geográfico donde se difunde el mensaje

A juicio de la Corte europea, la particular situación de la región donde se difunde el mensaje reviste también importancia en el momento de determinar la admisibilidad de la restricción. Por este motivo, el TEDH evalúa la relevancia de la materia en un lugar geográfico concreto y, en función de ello, atribuye mayor o menor margen de apreciación al Estado.

La valoración de este parámetro ha sido habitual en los casos relativos a Turquía, en los temas ligados a la lucha contra el terrorismo, donde se otorga un amplio espacio de apreciación a las autoridades nacionales. Son elocuentes las ocho sentencias dictadas en el caso Bayar c. Turquía (2014), donde la Corte explicita que es plenamente consciente de las dificultades que afronta el Estado turco en la batalla contra el terrorismo, aunque concluye enfatizando también la relevancia de la libertad de expresión y otorgando el amparo al demandante, fundamentalmente, por considerar que no se incitaba a la violencia.

Otro ejemplo que muestra el significado que la Corte ha dado a este parámetro es la sentencia Balsyte-Lideikiene c. Lituania (2008), que analizaba el contenido de un calendario que recogía comentarios sobre las minorías nacionales, presentándolas como ejecutoras de los lituanos durante la Segunda Guerra Mundial o cómplices de la Rusia ocupante. En este caso, el TEDH subrayó que la cuestión de la integridad territorial y de las minorías nacionales era especialmente delicada en Lituania después de su independencia en 1990, lo que ampliaba el margen de apreciación estatal y justificaba las medidas restrictivas.

En relación con temas ya no tan específicos de un país concreto, como puede ser la inmigración, el TEDH continúa tomando en consideración la relevancia del asunto en un lugar determinado. En la sentencia Jean-Marie Le Pen c. Francia (2010) se evaluaban los mensajes proferidos por el fundador del partido Front National contra los inmigrantes, quien sostuvo que “El día en que en lugar de cinco millones (de musulmanes) sean veinticinco, ellos estarán al mando”. En esta ocasión, el TEDH no amparó al político francés e insistió

¹⁶ Sobre la protección del colectivo homosexual en las sentencias del TEDH puede verse Goisis (2013).

en el problema específico que existe en este país en relación con la inmigración y el mayor margen de apreciación que ello implicaba para las autoridades nacionales.

Como se evidencia, el TEDH evalúa la importancia de una materia en el lugar donde se difunde, y admite mayores restricciones del Estado si atañe a asuntos localmente delicados o conflictivos. Este parámetro no puede aplicarse miméticamente al discurso del odio difundido en redes sociales, pues los mensajes en la Red no se circunscriben a un ámbito geográfico concreto. Nos encontramos claramente ante un baremo que deberá reinterpretarse para afrontar el problema de la diferente relevancia, percepción y reacción que puede suscitar una misma materia en un lugar geográfico o en otro. Quizás esta reinterpretación debiera ir en la dirección de tener en cuenta el lugar concreto al que se refiere el mensaje, y no el efecto que este pudiera tener en otras latitudes; en otras palabras, si el mensaje se emite desde Europa en relación con los musulmanes en Holanda, este debiera ser el contexto geográfico a tomar en consideración, y no la repercusión de este mensaje en otras latitudes.

3.6 Sexto: el canal utilizado para difundir el mensaje

En relación con el canal de emisión del mensaje puede considerarse que son tres las sentencias de referencia, por poner sobre la mesa los datos que la Corte considera decisivos. Estos datos son la seriedad del canal, la inmediatez del mensaje y su grado de difusión. Seguidamente van a analizarse aplicándolos a la comunicación en la Red.

Respecto de la seriedad del canal, la diversas veces citada sentencia *Jersild c. Dinamarca* (1996) analiza el tipo de programa donde se emite el discurso del odio y le ofrece mayor protección por ser “un programa de noticias serio y dirigido a una audiencia bien informada” (§ 34). Concretamente, la sentencia toma de forma expresa en consideración que el periodista Olaf Jersild era empleado de la Danish Broadcasting Corporation, adscrito a su *Sunday News Magazine*, un programa de televisión serio destinado a una audiencia bien informada, que trata una amplia gama de cuestiones sociales y políticas, incluidas la xenofobia, la inmigración y los refugiados” (§ 9).

Se ha defendido que la seriedad de los mensajes es menor en las redes sociales por la pluralidad de emisores y por su menor nivel de profesionalidad. Sin entrar a valorar esta opinión, quizás la comunicación en la Red no merezca la mayor protección de ciertos “programas de noticias serios y dirigidos a audiencias bien informadas” emitidos por medios convencionales. No obstante, tampoco se desprende de la jurisprudencia europea que deba penalizarse la comunicación en redes sociales por su supuesta falta de seriedad.

Respecto de la inmediatez, la sentencia *Gündüz c. Turquía* (2003) ampara unas apreciaciones insultantes por haberse realizado en un programa de televisión en directo, lo cual impedía su reformulación o retirada. Concretamente, la Corte señala que “las declaraciones del demandante se hicieron oralmente durante una emisión televisiva en directo, por lo que no tenía posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retractarse antes de que se hicieran públicas” (§ 49).

La rápida reacción a acontecimientos o mensajes previos es el valor añadido de ciertas redes sociales, así que por su inmediatez podría plantearse que estos mensajes reciban mayor protección. Aunque la otra cara de la moneda es que la Corte también tiene en cuenta la capacidad de retractarse del emisor: como esta capacidad es más sencilla y rápida en la Red, parece que debería ser más exigible al emisor en redes sociales.

Finalmente, respecto del grado de difusión del mensaje, la sentencia *Karataş c. Turquía* (1999) considera que un poema que hiera los sentimientos religiosos está más protegido por el limitado número de personas que lee poesía. Concretamente, la Corte afirma que “considerados literalmente, los poemas pueden interpretarse como una incitación a los lectores al odio, la rebelión y el uso de la violencia. No obstante, al decidir si lo hicieron, debe tenerse en cuenta que el medio utilizado por el solicitante fue la poesía, una forma de expresión artística que atrae sólo a una minoría de lectores” (§ 49).

Si trasladamos este dato a la comunicación en la Red, y a *sensu contrario*, la elevada difusión de los mensajes jugará a favor de una mayor restricción del discurso del odio. Esta pauta tendrá una fuerza superior si se constata que el emisor usó las redes sociales, precisamente, para dar una mayor visibilidad a su mensaje.

Bibliografía citada

- Alcácer Guirao, Rafael. (2015). Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 45-86.
- Boix Palop, Andrés. (2002). Libertad de expresión y pluralismo en la red. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 133-180.
- Boix Palop, Andrés. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112.
- Bollinger, Lee. (1986). *The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America*. Nueva York: Oxford University Press.
- Bustos Gisbert, Rafael. (2015). Libertad de expresión y discurso negacionista. En Miguel Revenga (dir.), [*Libertad de expresión y discursos del odio*](#) (p. 123-148). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- Carmi, Guy. (2008). Dignity versus liberty: the two western cultures of free speech. *Boston University International Law Journal*, 26, 277-374.
- Carrillo López, Marc. (2013). Internet como espacio público de la información. En Paloma Requejo (coord.), *Derechos y espacio público* (p. 11-28). Oviedo: Universidad de Oviedo y Procuradora General del Principado de Asturias.
- Díez Bueso, Laura. (2002). La relevancia pública en el derecho a la información: algunas consideraciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 213-238.
- Díez Bueso, Laura. (2017). *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa. Entre la expresión y el discurso del odio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Dworkin, Ronald. (1996). *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald. (2009). Foreword. En Ivan Hare y James Weinstein (comps.), *Extreme speech and democracy*. Oxford: Oxford University Press, p. 5 y ss.
- Fuentes Osorio, Juan Luis. (2017). Concepto de “odio” y sus consecuencias penales. En Fernando Miró (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet* (p. 131-154). Madrid: Marcial Pons.
- Goisis, Luciana. (2013). Libertà d'espressione e odio omofóbico. La Corte Europea dei Diritti del L'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale. *Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1, 418-441.
- Marciani Burgos, Betzabé. (2013). El lenguaje sexista y el *hate speech*: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal. *Revista Derecho del Estado*, 30, 157-198.
- Moretón Torquero, María Aranzazu. (2012). El ciberodio, la nueva cara del mensaje del odio: entre la criminalidad y la libertad de expresión. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27, 2-32.
- Muñoz Machado, Santiago. (2000). *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Madrid: Taurus.
- Muñoz Machado, Santiago. (2013). *Los itinerarios de la libertad de palabra*. Barcelona: Planeta.
- O'Reilly, Aoife. (2016). In defence of offence: freedom of expression, offensive speech, and the approach of the European Court of Human Rights. *Trinity College Law Review*, 19, 234-248.
- Palomino Lozano, Rafael. (2014). Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto. En Javier Martínez-Torrón y Santiago Cañamares (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa* (p. 34-68). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Popper, Karl. (1994). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós.
- Post, Robert. (2009). Hate speech. En Ivan Hare y James Weinstein (comps.), *Extreme speech and democracy* (p. 123-138). Oxford: Oxford University Press,.
- Rosenfeld, Michel. (2003). Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, 24, 1523-1567.
- Schauer, Frederick. (1978). Fear, risk and the first amendment: unraveling the 'chilling effect'. *Boston University Law Review*, 58, 685-732.
- Schauer, Frederick. (2005). The exceptional First Amendment. En Michael Ignatieff (ed.), *American Excepcionalism and Human Righths* (p. 29-56). Princenton, Oxford: Princeton University Press.
- Smet, Stijn. (1 de mayo de 2013). [ECTHR really applies less restrictive alternative: Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxembourg](#). [Entrada de blog]. *Strasbourg Observers*.
- Sunstein, Cass. (1993). *Democracy and the problem of free speech*. Nueva York: The Free Press.
- Tulkens, Françoise. (2012). When to say is to do: freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights. En Josep Casadevall, Egbert Myjer, Michael O'Boyle y Anna Austin (eds.), *Freedom of expression. Essays in honour of Nicolas Bratza*. Estrasburgo: Wolf Legal Publishers-Council of Europe, 279 y ss.
- Vázquez Alonso, Víctor Javier. (2015). Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular. En Miguel Revenga (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio* (p. 89-122). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- Waldron, Jeremy. (2012). *The harm in hate speech*. Harvard: Harvard University Press.
- Weber, Anne. (2009). *Manual on hate speech*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing.