

# EL DISCURSO DEL ODIO

María Ángeles Villegas García  
Magistrada. Coordinadora Gabinete Técnico  
Sala de lo Penal. Tribunal Supremo

**SUMARIO. - I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO. III. LA SANCIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO.**1. La intolerancia europea frente al discurso del odio. 2. La sanción penal del discurso del odio. 3. Otras formas de sanción del discurso del odio. El marco antidiscriminatorio europeo. **IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIO. V. DISCURSO DEL ODIO E INTERNET.** 1. La especificidad del discurso *online*.2. El código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet.**VI. UNA REFLEXIÓN FINAL.**

**RESUMEN.** – El debate en Europa sobre el discurso del odio no está exento de polémica. Su propia definición o la determinación de las herramientas más útiles para combatirlo admiten matices relevantes. Incluso puede ser controvertido la utilidad y eficacia de este combate en una sociedad en la que un *post* en una red social puede ser difundido en segundos entre millones de usuarios. Resulta, pues, más pertinente que nunca un acercamiento a la posición de la Unión Europea sobre este fenómeno, que aporte elementos para una reflexión pausada al respecto.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante los años 2014 a 2016, un usuario español de Twitter publicó en su cuenta de esta red social los siguientes comentarios<sup>1</sup>:

- «53 asesinadas por violencia de género machistas en lo que va de año, pocas aparecen con la de putas que hay sueltas»; «2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos la cifra».

---

<sup>1</sup> Así se refleja en los hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 72/2018, de 9 febrero.

- «ya tengo los explosivos preparados para esta noche en la plaza del Sol, feliz año, Ala es grande»; «ahora sólo falta un atentado en Madrid con unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre»;

- «ya no se ven atentados como los del 11 de ese, estos de la Yihad valen, si van a masacrar gente que lo haga con estilo, vuelve Ben Laden»;

- «Beatriz era feminista, y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad»; «a mi me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble».

- (junto a la foto de una mujer, respecto a la que no consta si fue víctima del maltrato de violencia) «ya la he maltratado tu eres la siguiente».

En diciembre del año 2014, un residente lituano subió a su cuenta de Facebook una fotografía besándose con su pareja, que era del mismo sexo.

Recibieron, entre otros, los siguientes comentarios<sup>2</sup>:

- «deberíais ser castrados o quemados».

- «si nacisteis pervertidos y sufrís ese desorden, entonces idos y esconderos en un sótano y hacer allí lo que os guste, “maricas”. Pero no arruinaréis nuestra belleza».

- «a la cámara de gas con los dos, os compraré un viaje de luna de miel al crematorio».

- «a la hoguera con estos maricas».

- «putos gays, deberíais ser exterminados».

- «porque sois “maricas” y los niños pueden ver fotos como esa, Hitler no solo debería haber quemado judíos».

- «por favor, dejadme que les aplaste la cabeza contra la pared».

Manifestaciones o discursos como estos u otros similares, que se dirigen contra determinados grupos por razón de su raza, género, orientación sexual o cualquier otra característica personal que los defina provocan en la gran mayoría de nosotros un rechazo casi instantáneo, que nos conduce a plantearnos si debemos tolerarlos en nuestras

---

<sup>2</sup> Véase STEDH (Sección 2ª) de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas v. Lituania*.

sociedades democráticas, si debemos no interferir<sup>3</sup> o si es más justa aquella sociedad que tolera al intolerante<sup>4</sup>.

El Parlamento Europeo, en su informe anual de 19 de noviembre de 2020 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea<sup>5</sup> advertía que la Unión viene presenciando la expansión del racismo, la intolerancia, el extremismo, la xenofobia, la islamofobia, el antisemitismo y el antigitanismo, sentimientos que se han normalizado en determinados Estados miembros y que son abrazados por líderes de opinión y políticos de toda la Unión, fomentando un clima social que abona el terreno para el racismo, la discriminación y los delitos motivados por el odio.

El objetivo de este trabajo es acercarse al fenómeno conocido como discurso del odio y, particularmente, al marco general en el que el mismo es y/o debe ser tratado en la Unión Europea. Pero, sobre todo y fundamentalmente, aportar elementos para una reflexión pausada al respecto.

## II. CONCEPTO

La expresión «discurso del odio» suele aparecer ligada a conceptos tales como discriminación, hostilidad, humillación, intolerancia, menosprecio, violencia, incitación a la violencia o vulnerabilidad, pero su definición o, concretamente, qué comportamientos deben ser calificados como tales, plantea importantes dificultades y está lejos de ser incontrovertido.

De conformidad con la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa, la expresión «discurso del odio» abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante.

---

<sup>3</sup> La tolerancia implica no interferir y que el comportamiento, de alguna manera, pueda ser tolerado. No implica, sin embargo, indiferencia. Véase, Cohen J. A., «What toleration is?», *Ethics* 115, octubre (2004), págs. 68–95, pág. 71.

<sup>4</sup> Cruz Angeles, J., «Libertad de expresión vs. discurso de odio en internet: análisis del marco jurídico internacional», en *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Martín Ríos, B. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019.

<sup>5</sup> Véase el informe, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0226\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0226_ES.html).

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, habla (en su artículo 1) de la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico. También de la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

La Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio adoptada el 8 de diciembre de 2015 por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), por su parte, declara que el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales.

Y añade que el discurso de odio puede adoptar la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia en los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido.

También resulta interesante la aproximación a la definición del discurso del odio que podemos encontrar en la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causa de su religión, que considera discursos de odio «las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión o por cualquier otro motivo»<sup>6</sup>.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene ni definición ni provisión específica sobre el

---

<sup>6</sup> En este sentido, Quesada Alcalá, C., «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº 30, 2015, pág. 8.

discurso del odio<sup>7</sup>. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha acogido en la mayoría de sus resoluciones la definición contenida en la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa.

En este marco, podemos concluir, en una primera aproximación, que el discurso del odio no hace referencia propiamente a una actitud interna sino a determinadas formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia<sup>8</sup> y con ello menoscaban la igualdad y la dignidad que corresponde a todas las personas en una sociedad democrática.

El discurso del odio expresa discriminación, intimidación, desaprobación, antagonismo y/o prejuicios hacia ciertas características como pueden ser el sexo, la raza, la religión, la etnia, el color, la discapacidad o el origen nacional<sup>9</sup>. Y su impacto no será

---

<sup>7</sup> Rollnert Liern, G., «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista española de Derecho Constitucional*, 115, 81-109, pág. 91.

El artículo 19 y 20 del PIDCP declaran lo siguiente:

Art. 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, 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.

Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Algunos de los términos de este artículo 20 han sido definidos en el marco del Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, que, auspiciado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos fundamentales, fue aprobado en octubre del año 2012, tras agrupar las conclusiones y recomendaciones de varios expertos.

Las definiciones propuestas son las siguientes: 1) los términos «odio» y «hostilidad» se refieren a sentimientos intensos e irracionales de oprobio, enemistad y desprecio hacia el colectivo objetivo; 2) el término «apología» debe ser entendido como la necesidad de una intención para promover públicamente el odio hacia el colectivo objetivo; 3) el término «incitación» se refiere a declaraciones sobre colectivos nacionales, raciales o religiosos que generen un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia hacia personas que pertenezcan a esos colectivos. Véase la información y los documentos disponibles en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>.

<sup>8</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional español núm. 112/2016, de 20 de junio, y 177/2015, de 22 de julio.

<sup>9</sup> Cohen-Almagor, R., «Taking North American white supremacist groups seriously: The scope and challenge of hate speech on the Internet», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 7(2), 2018, págs. 38-57, pág. 40.

siempre el mismo, dependiendo de las personas implicadas y demás circunstancias concurrentes. El quién, el qué y el dónde determinan este impacto y su control<sup>10</sup>.

### **III. LA SANCIÓN DEL DISCURSO DEL ODIOS**

#### **1. La intolerancia europea frente al discurso del odio**

En el ámbito europeo, y valorando alguno de los instrumentos jurídicos que hemos expuesto en el apartado anterior, la intolerancia hacia el discurso del odio no admite dudas.

La recomendación general nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorandum explicativo adoptada el 8 de diciembre de 2015 declara *«que de la historia europea nace la obligación de recordar, vigilar y combatir el aumento del racismo, la discriminación racial, la discriminación basada en el género, el sexismo, la homofobia, la transfobia, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia, la discriminación contra los gitanos y la intolerancia, así como los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o los delitos en caso de conflicto armado y la negación, trivialización, justificación o condonación en público de tales actos delictivos»*. Y añade que esta obligación de recuerdo, vigilancia y represión *«forma parte de la protección y promoción de los derechos humanos, universales e indivisibles, en defensa de los derechos de todas las personas»*.

Para la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, el discurso del odio encierra graves peligros para la cohesión de una sociedad democrática, la protección de los derechos humanos y el Estado de Derecho, aunque simultáneamente reconoce la necesidad de velar porque las restricciones a estas expresiones no se empleen para silenciar a las minorías ni para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas.

En esta misma línea de intolerancia hacia el discurso del odio se sitúa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para este Tribunal, los ataques contra las personas cometidos al abusar, ridiculizar o difamar a determinados sectores de la población y grupos específicos de la misma o que

---

<sup>10</sup> En este sentido, Naganna, C. y Sreejith, A., «Hate speech review in the context of online social networks», *Agression and Violent Behaviour*, vol. 40, 2018, págs.108-118.

inciten a la discriminación son suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable, que atenta contra la dignidad e incluso la seguridad de estas 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<sup>11</sup>.

Para el Tribunal Europeo es de suma importancia actuar a nivel europeo y mantener una acción firme y sostenida para luchar contra el fenómeno del racismo, la xenofobia, el antisemitismo o la intolerancia<sup>12</sup>.

Todos estos fenómenos atacan a la igualdad predicable de todo ser humano y constituyen una forma de discriminación en íntima conexión con la dignidad, que debe ser entendida como el respeto que merece y el valor que debe otorgarse a cualquier ser humano por el mero hecho de serlo<sup>13</sup>.

Cabe aquí destacar que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Y que el artículo 17 del mismo Convenio establece que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

Asimismo, el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

---

<sup>11</sup> STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso *Feret contra Bélgica* (párrafo 73).

<sup>12</sup> STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso *Feret contra Bélgica* (párrafo 72).

<sup>13</sup> En este sentido véase la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado de España, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771).

Al contrario de lo que ocurre con el artículo 14 del CEDH, la prohibición de la discriminación prevista en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea introduce un derecho independiente que se aplica a situaciones que no necesitan estar cubiertas por ninguna otra disposición de la Carta. Por su parte, el artículo 20 de la Carta de la UE establece que todas las personas son iguales ante la ley<sup>14</sup>

El compromiso de la Unión Europea en la represión del discurso del odio tampoco admite duda.

La resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio<sup>15</sup> subrayaba que en la Unión Europea nunca debe aceptarse ningún tipo de intolerancia ni discriminación y pedía a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros que reforzaran la lucha contra los delitos motivados por el odio y las actitudes y las conductas discriminatorias. Pedía el Parlamento una estrategia global de lucha contra los delitos motivados por el odio, la violencia motivada por prejuicios y la discriminación.

Varios años antes, el Consejo había aprobado la Decisión Marco 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008 sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

## **2. La sanción penal del discurso del odio**

En el ámbito europeo, el Derecho penal aparece como uno de los instrumentos para la lucha contra el discurso del odio.

Al respecto, la ya citada Recomendación general nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, destaca, entre otros, los siguientes aspectos:

1) No se debe recurrir a las sanciones penales si se puede tratar eficazmente el uso del discurso del odio con medidas menos restrictivas.

2) Las sanciones penales han de ser proporcionales, efectivas y disuasorias.

---

<sup>14</sup> Manual publicado por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales y el Consejo de Europa. edición 2018, pág. 37. Disponible en [https://www.echr.coe.int/documents/handbook\\_non\\_discr\\_iaw\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_iaw_spa.pdf)

<sup>15</sup> Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013IP0090&from=ES>



3) La responsabilidad penal debe derivarse de los comportamientos más graves, es decir, cuando tengan la finalidad (o quepa suponer razonablemente que van a tener dicho efecto) de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación y cuando el uso de expresiones de este tipo tiene lugar en público.

4) Los tipos penales pueden ser más generales o tratar de forma específica el uso del discurso de odio.

5) La redacción de las disposiciones penales ha de ser clara y precisa.

En la misma línea la Decisión Marco 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008. Según esta norma, el racismo y la xenofobia constituyen una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento y es necesario definir un enfoque penal para estos fenómenos que sea común a la Unión Europea con el fin de que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados miembros y se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o que sean responsables de los mismos.

Estos comportamientos penalmente relevantes serán las formas más graves del discurso del odio, aquellas que, según el artículo 1 de la Decisión Marco:

1) constituyan apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, comprendidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional o en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, cuando se cometan contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

2) impliquen una incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> La Resolución del Parlamento Europeo, sobre la hoja de ruta de la Unión Europea contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de 4 de febrero de 2014 disponía que la Comisión debía proponer una refundición de esta Decisión Marco de forma que se incluyeran otras formas de delitos motivados por prejuicios y de incitación al odio, entre otros, por motivos de orientación sexual e identidad de género.

En definitiva, varios pilares deben sustentar la criminalización del discurso del odio (al margen de la apología del genocidio y otros delitos de guerra o contra la humanidad), cuales son: la gravedad del comportamiento, la incitación a la violencia, a la intimidación, a la hostilidad o la discriminación contra un grupo de personas determinado, la publicidad de los hechos y la proporcionalidad del castigo.

Cabe destacar, además, otros dos elementos esenciales en este tipo de infracciones penales: 1) su alcance; y 2) la motivación.

El alcance del delito no se limita a la propia víctima, sino que afecta a todo el grupo con el que esta se identifique y puede provocar una división social entre este grupo y el resto de la sociedad<sup>17</sup>.

En la actuación del autor del delito, en segundo lugar, ha de concurrir una especial motivación.

La Decisión Marco declara que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las «conductas intencionadas» (*intentional conduct*) que allí se contemplan.

En esta línea, el Tribunal Constitucional Español, en su STC 112/2016, de 20 de junio, declaraba, con respecto a un delito de enaltecimiento del terrorismo, lo siguiente: *«en esta clase de delitos es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizados, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de enaltecimiento del terrorismo, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada ocasión concreta»*.

---

El único instrumento jurídico de la UE que protege en la actualidad a lesbianas, gais, bisexuales, personas transgénero e intersexuales (LGBTI) que sean víctimas de delitos de odio es la Directiva de la UE sobre los derechos de las víctimas. Esta incluye los motivos de orientación sexual, identidad de género y expresión de género al reconocer los derechos de las víctimas, contribuyendo así a garantizar que las víctimas del delito reciban una información, un apoyo y una protección suficientes y puedan participar en el proceso penal. Además, obliga a los Estados a llevar a cabo una evaluación individual para identificar las necesidades específicas de protección de las víctimas de delitos motivados por prejuicios o discriminación (artículo 22 de la Directiva). En este sentido, Manual de legislación europea contra la discriminación, cit., pág. 92.

<sup>17</sup> Manual de legislación europea contra la discriminación, cit., pág. 91.

A este respecto, y desde el momento en que se trata de determinar algo que pertenece a la psique del sujeto, resultan interesantes los indicadores recogidos en la guía para prevenir y responder frente a los delitos de odio publicada por la OSCE (Organización para la seguridad y cooperación en Europa) en 2009, citados, entre otras, en la STEDH (Sección 2ª) de 20 de octubre de 2015, caso *Balázs v. Hungría*. Según esta guía tales indicadores son hechos objetivos que ponen de manifiesto que nos podemos hallar ante un crimen de odio -*Hate Crime Indicators*-.

Son los siguientes: a) la percepción de la víctima y la de los testigos; b) la conducta del autor; c) las características de este y las de la víctima; d) la existencia de incidentes o delitos previos; y e) la posibilidad de que en la conducta concurren varias motivaciones.

También son útiles las indicaciones que se contienen en el Plan de Acción de Rabat<sup>18</sup>, que propone un umbral para que una determinada declaración pueda ser constitutiva de delito.

Este umbral implica la valoración de todos y cada uno de los siguientes elementos<sup>19</sup>:

*«(1) El contexto: El contexto es de gran importancia al valorar la probabilidad de que determinadas declaraciones inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra el colectivo objetivo, y podría tener una relación directa con la intención y/o la causalidad. El análisis del contexto debería ubicar al discurso dentro del contexto social y político predominante en el momento en el que éste fue hecho y difundido;*

*(2) El/la oradora: La posición o estatus social de la o el orador debería ser tomada en cuenta, especialmente la reputación del individuo u organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso;*

*(3) La intención: El artículo 20 del ICCPR prevé la intención. La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto constituya delito según el artículo 20 del ICCPR, ya que éste incluye disposiciones sobre la “apología” e “incitación” en lugar de la sola distribución o circulación de material. En este aspecto, requiere de la*

---

<sup>18</sup> El conocido como Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, auspiciado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos fundamentales, fue aprobado en octubre del año 2012, tras agrupar las conclusiones y recomendaciones de varios expertos.

<sup>19</sup> El documento está disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Articles19-20/ThresholdTestTranslations/Rabat\\_threshold\\_test\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Articles19-20/ThresholdTestTranslations/Rabat_threshold_test_Spanish.pdf)

*activación de una relación triangular entre el objeto del discurso, el sujeto del discurso y la audiencia;*

*(4) El contenido y la forma: El contenido del discurso constituye uno de los enfoques principales en las decisiones del tribunal y es un elemento esencial de la incitación. El análisis del contenido puede incluir el grado en el cual el discurso fue provocador y directo, así como la forma, estilo y naturaleza de los argumentos empleados en el discurso o el equilibrio entre los argumentos empleados;*

*(5) La extensión del discurso: La extensión incluye elementos tales como el alcance del discurso, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de su audiencia. Otros elementos a considerar incluyen si el discurso es público, los medios de difusión empleados, por ejemplo, por un único folleto o transmisión en los medios convencionales o a través de Internet, la frecuencia, la cantidad y la extensión de las comunicaciones, si los destinatarios tenían los medios para responder a la incitación, si la declaración (u obra) es distribuida en un entorno restringido o es fácilmente accesible al público en general;*

*y (6) La probabilidad, incluyendo la inminencia: La incitación, por definición, es un delito incipiente. La acción promovida a través de discursos de incitación no tiene que ser llevada a cabo para que dicho discurso sea un delito. Sin embargo, algún grado de riesgo de daños debe ser identificado. Esto quiere decir que los tribunales tendrán que determinar si existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar una acción real contra el colectivo objetivo, reconociendo que dicha causación debe ser bastante directa».*

En definitiva, la aplicación del Derecho penal y, concretamente, la definición por cada país, en el marco expuesto, de los tipos objetivo y subjetivo no está exenta de dificultades.

Porque, como señala el Tribunal Constitucional español en su STC 112/2016, de 20 de junio, con cita de la STC 177/2015, de 22 de julio, la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión genera riesgos por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión (y sobre los que volveremos a continuación) deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que

ocupa, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático.

En la misma línea la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español en la STS 646/2018, de 14 de diciembre, que declara lo siguiente:

*«Los delitos de discurso del odio, genérico y específico, precisan de los necesarios límites para no llevar a la tipicidad a meras transgresiones a la libertad de expresión.*

*La necesaria ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadores de un odio, ha de realizarse a partir de la constatación de los siguientes elementos: a) en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas. b) en segundo lugar, la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza. c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiría excluir de la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano. d) Además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (art. 579 Cp), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad. e) El ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria medida».*

La necesidad de acudir al Derecho penal para combatir las expresiones más graves del discurso del odio, pero también los riesgos que ello genera, ha sido reconocida asimismo por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

El TEDH admite que, para los casos más graves de odio e incitación a la violencia, puede acudirse al Derecho penal como *ultima ratio*. En estos casos, solo el castigo penal puede ser eficiente para proteger la integridad física y moral de las víctimas y disuadir de tales comportamientos. Y será así, concretamente, en los casos de ataques verbales directos y amenazas físicas motivadas por actitudes discriminatorias. El Tribunal ha recordado que no es su función determinar cuáles han de ser los elementos de los distintos tipos penales o su aplicación e interpretación, que corresponde a los tribunales nacionales. La función del Tribunal es comprobar si en el ejercicio de estas funciones los órganos nacionales respetan la Convención<sup>20</sup>.

### **3. Otras formas de sanción del discurso del odio. El marco antidiscriminatorio europeo**

La reacción penal frente al discurso del odio se reserva, según hemos dicho, a los casos más graves por presentar las características expuestas. Junto a ellos existen, sin embargo, otros comportamientos que sin ser constitutivos de delitos sí pueden justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas<sup>21</sup>.

Así, entre las medidas específicas para luchar contra el uso del discurso de odio que la ECRI considera necesarias, se incluyen, además de la imposición de sanciones penales en algunas circunstancias específicas y limitadas, la exigencia de responsabilidades civiles y administrativas<sup>22</sup>, que pueden ir desde la imposición de sanciones pecuniarias y otras destinadas a la reparación, en su caso, del daño causado a la víctima, a la eliminación y rectificación de contenidos, bloqueos de páginas web o prohibiciones de difusión<sup>23</sup>. Estas medidas deberán ser en todo caso proporcionales a la gravedad de la conducta y, cuando sea necesario, contar con aprobación o autorización

---

<sup>20</sup> Véase STEDH (Sección 2ª) de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas v. Lituania*, con cita de otras sentencias del Tribunal.

<sup>21</sup> Véase el apartado 59, del apartado A (introducción) de la Recomendación General nº15, que sigue en este punto el Plan de Acción de Rabat. Véase la información disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>

<sup>22</sup> Véase la Recomendación General nº 15, que incluye además otras medidas tales como: el aumento de la concienciación pública; la lucha contra cualquier tipo de uso de discurso de odio; el apoyo a las víctimas; promover la autorregulación; o retirar el apoyo a algunas organizaciones y prohibir otras.

<sup>23</sup> Véanse las recomendaciones 8 y 9 de la Recomendación general nº 15.

judicial. Su efectividad, por otro lado, deber ir acompañado de un fortalecimiento del acceso de las víctimas a los mecanismos de denuncia y reparación.

Para lograr estos objetivos, las directivas comunitarias en materia de discriminación<sup>24</sup> pueden ser, dentro de su ámbito de aplicación, un instrumento eficaz, cuando estas expresiones de odio, sin ser penalmente relevantes, sí se traduzcan o reflejen en un comportamiento discriminatorio amparado por esta legislación. Porque, así como estas directivas, a diferencia de la Decisión Marco ya citada, no obligan a los Estados miembros a hacer uso del Derecho penal para sancionar los actos de discriminación<sup>25</sup>, sí les obligan a establecer unos procedimientos judiciales y/o administrativos que permitan a los particulares hacer valer los derechos que estas directivas les reconocen<sup>26</sup>. Se prevé, además, que las sanciones, que pueden incluir la indemnización a la víctima, deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. El TJUE ha subrayado en varias ocasiones la necesidad de unas sanciones efectivas, ya que constituyen una importante herramienta para desalentar y sancionar los casos de discriminación<sup>27</sup>.

En este sentido, el Parlamento Europeo, en su informe anual de 19 de noviembre de 2020 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea instaba a los Estados miembros a que garantizaran la plena aplicación de la Directiva sobre igualdad racial (2000/43/CE), con el fin de luchar contra el racismo persistente contra las personas negras y de color, la transfobia, el antigitanismo, el antisemitismo y la islamofobia; y condenaba el hecho de que las minorías raciales, étnicas, lingüísticas y religiosas sean víctimas de racismo estructural, discriminación, delitos de odio e incitación al odio, falta de acceso a la justicia y desigualdades socioeconómicas sostenidas en ámbitos como la vivienda, la sanidad, el empleo y la educación, que deben reconocerse

---

<sup>24</sup> Serían las siguientes: La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

<sup>25</sup> En este sentido el Manual de legislación europea contra la discriminación, cit., pág. 92.

<sup>26</sup> Manual de legislación europea contra la discriminación, cit., pág. 283.

<sup>27</sup> Manual de legislación europea contra la discriminación, cit., pág. 283.

como importantes obstáculos al pleno disfrute de los derechos fundamentales y barreras de primer orden a la inclusión y la igualdad<sup>28</sup>.

Se trataría, en definitiva, como ha sugerido algún autor, de transponer correctamente el modelo europeo de lucha contra la discriminación y, en consecuencia, de sancionar por vía administrativa ese tipo de infracciones derivadas de discursos discriminatorios<sup>29</sup>.

En esta línea, se apunta también a la necesidad de crear y fortalecer los organismos autónomos de lucha contra la discriminación para que en efecto puedan ser instrumentos de protección frente a la misma<sup>30</sup>.

También como herramienta eficaz para la lucha contra el discurso del odio adquieren sin duda importancia la autoregulación y los códigos de conducta, ya sean dirigidos a los miembros de determinadas organizaciones (empresariales o no), o a determinados colectivos profesionales, que pueden ir acompañados de sanciones en caso de incumplimiento<sup>31</sup>.

Como conclusión, y de conformidad con el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación

---

<sup>28</sup> Véase el informe, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0226\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0226_ES.html)

<sup>29</sup> Rey Martínez F., *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019, pág. 66.

<sup>30</sup> Rey Martínez F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit, pág. 66. También, Solanes Corella, Á., «La discriminación racial o étnica: marco jurídico, formas y protección», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 2019, págs. 35-67, pág. 58.

<sup>31</sup> El artículo 16 de la 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, declara sobre los códigos de conducta, que los Estados miembros y la Comisión fomentarán:

a) la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15;b) el envío voluntario a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario; c) la posibilidad de acceder a los códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias; d) la comunicación a los Estados miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la evaluación que éstas hagan de la aplicación de sus códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico; e) la elaboración de códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana.

2. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la participación de asociaciones u organizaciones que representen a los consumidores en la redacción y aplicación de los códigos de conducta que afecten a sus intereses, y que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1. Cuando resulte adecuado, a fin de tener en cuenta sus necesidades específicas, deberá consultarse a las asociaciones que representen a los discapacitados y a los malvidentes (*sic*).



a la discriminación, la hostilidad o la violencia<sup>32</sup>, entre las distintas expresiones del discurso del odio debe existir una distinción clara entre:

(a) expresión constitutiva de delito penal;

(b) expresión que no es penalmente punible, pero que puede justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas;

y (c) expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles pero que, aun así, plantea problemas de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los demás.

#### **IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIOS**

El carácter esencial de la libertad de expresión en nuestras sociedades democráticas está fuera de toda duda.

Este derecho fundamental, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>33</sup>, no solo ampara la información o las ideas que son recibidas favorablemente, sino también las que ofenden o generan malestar. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de mentes sin las cuales no existe una sociedad democrática. La libertad de expresión, de acuerdo con el artículo 10 del CEDH, está sujeta a restricciones, aunque estas deben ser interpretadas restrictivamente y su necesidad debe ser convincentemente determinada<sup>34</sup>.

En línea precisamente con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Recomendación General n° 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, excluye de forma explícita de la definición de discurso de odio, cualquier forma de expresión, tales como la sátira o informes o análisis realizados de forma objetiva, que simplemente ofenden, dañan o molestan, si bien recuerda que, en determinadas circunstancias, la incitación al odio puede ser resultado del insulto, la ridiculización o difamación irresponsables de determinados grupos de población, cuya consecuencia puede ser la ofensa innecesaria, la defensa de la discriminación, el uso de un lenguaje vejatorio o humillante o la inevitable exposición de la víctima<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>

<sup>33</sup> STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso *Perincek v. Switzerland* (párrafo 196).

<sup>34</sup> STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso *Perincek v. Switzerland* (párrafo 196).

<sup>35</sup> Véase el apartado 16, del apartado A (introducción), de la Recomendación General 15.

El derecho a la libertad de expresión, reconoce la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español en la STS 646/2018, de 14 de diciembre y en la STS 72/2018, de 9 febrero, permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, sino expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás.

La restricción del derecho, continúan estas resoluciones, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación.

Para realizar esta ponderación, absolutamente necesaria cuando aquél al que se imputa un comportamiento calificable *prima facie* como discurso del odio alega que dicho comportamiento está amparado en su derecho fundamental a la libertad de expresión, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca como elementos a valorar los siguientes<sup>36</sup>:

1) Si las declaraciones en cuestión fueron realizadas en un clima de tensión política o social.

La presencia de este clima subyacente de tensión ha conducido de ordinario al Tribunal a considerar que el discurso en cuestión no estaba amparado por la libertad de expresión.

2) Si las declaraciones o expresiones analizadas en su contexto podían ser calificadas como una llamada directa o indirecta a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia.

A estos efectos, el TEDH<sup>37</sup> ha tenido particularmente en cuenta aquellos supuestos en los que el discurso ataca o se dirige, en general, contra todo un grupo, sea étnico, religioso o de cualquier otra naturaleza.

---

<sup>36</sup> STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso *Perincek v. Switzerland* (párrafos 205 y ss.). Este pronunciamiento del TEDH es calificado como *leading case* en esta materia.

<sup>37</sup> STEDH (Sección 3ª) de 11 de febrero de 2020, caso *Atamanchuk v. Rusia* (párrafo 51).

A este elemento de la incitación al odio o a la violencia se refiere la Recomendación General nº 15, según la cual se puede considerar que existe intención de incitar «cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador». Véase el apartado 15, del apartado A (introducción), de la Recomendación General nº15.

3) La forma en la que las expresiones fueron proferidas y su capacidad -directa o indirecta- de provocar consecuencias dañosas.

Para evaluar la probabilidad de que se produzcan estos daños, resultan interesantes las consideraciones que se realizan en la Recomendación General nº 15, que invita a valorar los siguientes factores<sup>38</sup>:

a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad);

b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad);

c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación);

d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate);

e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo);

f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación).

Junto a los tres elementos citados (posible clima de tensión, incitación directa o indirecta a la violencia o al odio y capacidad directa o indirecta de que se produzcan consecuencias dañosas) y, particularmente, a la hora de valorar el segundo y el tercero de ellos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho también referencia a la motivación o la intención del sujeto<sup>39</sup>, si bien en determinados supuestos este elemento

---

<sup>38</sup> Véase el apartado 16, del apartado A (introducción) de la Recomendación General nº 15.

<sup>39</sup>STEDH (Sección 2ª) de 20 de octubre de 2015, caso *Balázs v. Hungría*.

pierde peso dado el propio tenor objetivo de las expresiones en cuestión; por ejemplo, por ser éstas explícitamente racistas o negacionistas<sup>40</sup>.

Todos estos elementos, por otro lado, deben ser tratados conjuntamente y el propio Tribunal califica la aproximación a los mismos como *highly context-specific*.

En definitiva, la búsqueda del equilibrio entre la libertad de expresión y la justificación de las injerencias necesarias que en ella reclama una sociedad democrática no está exenta de dificultades y está sometida a criterios en ocasiones volátiles y poco concretos que exigen un examen detallado del caso concreto y de las circunstancias concurrentes.

En este sentido, cualquier intento de generalización o de establecimiento de criterios rígidos está abocada al fracaso.

## **V. DISCURSO DEL OUDIO E INTERNET**

### **1. La especificidad del discurso *online***

Internet es una de las innovaciones más grandes de la Humanidad que ha unido a personas de todas las razas, religiones y nacionalidades<sup>41</sup>. Redes sociales como Twitter o Facebook han conectado a millones de personas y les han permitido compartir ideas y opiniones de forma instantánea<sup>42</sup>.

Simultáneamente, gracias a internet, los discursos de odio, como otras clases de discursos o expresiones difamatorias, pueden diseminarse en cuestión de segundos por todo el mundo y, en ocasiones, permanecen para siempre *online*<sup>43</sup>; lo que supone que el daño potencial que pueden generar sus contenidos y comunicaciones es más alto que el asociado a otros medios de comunicación<sup>44</sup>.

De hecho, algunos análisis revelan que este tipo de *posts* se difunden más extensamente y más rápido que otras publicaciones<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Quesada Alcalá, C., «la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», cit., pág. 10.

<sup>41</sup> Mathew B., Dutt R., Goyal P. y Mukherjee A., «Spread of hate speech in online social media», *Computer Science, Sociology, WebSci*, 4 Diciembre 2018, pág. 1.

<sup>42</sup> Mathew B., Dutt R., Goyal P. y Mukherjee A., «Spread...», cit., pág. 1.

<sup>43</sup> STEDH (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, caso *Delfi v. Estonia* (párrafo 110).

<sup>44</sup> STEDH (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, caso *Delfi v. Estonia* (párrafo 110).

<sup>45</sup> En este sentido, Mathew B., Dutt R., Goyal P. y Mukherjee A., «Spread...», cit., pág. 1.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia de 2001 fue el primer instrumento multilateral de lucha contra los delitos informáticos a través de la cooperación entre las distintas naciones, la armonización de las legislaciones nacionales y las técnicas de investigación<sup>46</sup>.

Este convenio cuenta con un Protocolo adicional relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, de 28 de enero de 2003<sup>47</sup>. De conformidad con su texto<sup>48</sup>, los Estados partes están obligados a tipificar como delito, cuando se lleve a cabo «por medio de un sistema informático», la difusión de «material racista y xenófobo» (art. 3.1) -entendiendo por tal el que «propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia» (art. 2.1)-, las amenazas con la comisión de un delito grave y los insultos públicos con motivación racista y xenófoba (arts. 4 y 5) y la difusión de material negacionista de crímenes contra la humanidad (art. 6.1). Se extiende, pues, la conducta sancionable más allá de la difusión de material incitador, abarcando también el material que «propugne» o «promueva» el odio, la discriminación o la violencia, permitiendo a los Estados signatarios reservarse no penalizar la difusión de material discriminatorio no asociado<sup>49</sup>.

La Recomendación General nº 15, por su parte, exhorta a los Estados a que empleen sus facultades reguladoras en relación con los medios de comunicación (incluidos prestadores de servicios de internet, intermediarios *online* y redes sociales) para promover la lucha contra el discurso de odio y combatir su aceptación, velando al mismo tiempo porque estas medidas no vulneren la libertad de expresión y opinión y, en consecuencia:

a) se aseguren de hacer uso de todos los medios idóneos a este fin, sin por ello dejar de lado los mecanismos de autorregulación; fomenten la adopción y uso de los pertinentes códigos de conducta o condiciones de uso en materia de discurso de odio, así como de canales de información eficaces;

---

<sup>46</sup> Banks, J., «Regulating hate speech online», *International Review of Law, Computers and Technology*, 24 (3), págs. 233-239.

<sup>47</sup> Aunque Estados Unidos no es miembro del Consejo de Europa fue invitado a la ratificación de la Convención lo que hizo solo después de que, precisamente, las previsiones de la convención sobre el «discurso del odio» fueran extraídas e incluidas en este protocolo adicional. Véase al respecto, Banks, J., «Regulating hate...», cit.

<sup>48</sup> Para consultar la lista actualizada de los países que lo han ratificado, véase <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189>

<sup>49</sup> Rollnert Liern, G., «El discurso del odio: una lectura...», cit., pág. 93.

- b) promuevan el seguimiento y la condena del uso y difusión del discurso de odio;
- c) fomenten la adopción, si procede, de restricciones de contenido, instrumentos de filtrado de términos y otras técnicas similares;
- d) animen a que se organice la formación adecuada de directores, periodistas y demás personal de los medios de comunicación en cuanto a la naturaleza del discurso de odio y al modo de hacerle frente;
- e) promuevan y colaboren en el establecimiento de mecanismos de reclamación;
- f) exhorten a los profesionales de los medios de comunicación a defender un periodismo de raíces éticas

Consciente de esta realidad y que el medio a través del cual se produce la supuesta injerencia no es indiferente, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la protección de los derechos fundamentales y los principios generales de su doctrina también deben extenderse y aplicarse a las publicaciones *online*.

En la STEDH (Sección 2ª) de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas v. Lituania*, el Tribunal condenó a Lituania por no haber investigado la posible relevancia penal de determinados comentarios publicados en la red social Facebook después de que un usuario, como describimos con anterioridad, publicara una fotografía en la que se besaba con su pareja, que era del mismo sexo<sup>50</sup>.

Para el Tribunal, a pesar de que el Derecho penal debía ser considerado como la *última ratio*, en este caso, su aplicación estaba justificada dado que las llamadas a atacar la integridad física de los demandantes eran claras. De hecho, según el Tribunal (párrafo 128) esta aplicación hubiera sido posible a la vista del Código Penal lituano, y fue, sin embargo, la actitud de las autoridades nacionales lo que lo impidió, esgrimiendo para ello razones (las fotografías eran «provocadoras» o se tenían que haber compartido solo con los amigos) que indicaban, según el Tribunal, una mentalidad «discriminatoria».

En esta misma línea de protección *online* de los derechos fundamentales, pero desde otra perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado compatibles con el Convenio las sanciones impuestas a portales de internet por

---

<sup>50</sup> Los demandantes, amparándose en los artículos 8 y 14 del Convenio, habían alegado que habían sido discriminados por su condición y que esta era la razón por la que las autoridades nacionales se habían negado a iniciar una investigación judicial respecto a los comentarios publicados en la red social.

comentarios, considerados como expresión del discurso del odio, y publicados por sus usuarios.

Es el caso, entre otras, de la STEDH (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, caso *Delfi v. Estonia*, donde el Tribunal consideró que la sanción impuesta por las autoridades nacionales al portal de internet donde se publicaron comentarios de esta naturaleza no implicaba una vulneración del artículo 10 del Convenio. Destacaba esta resolución, entre otras ideas, que a pesar de que la compañía tenía medidas para detectar y retirar este tipo de comentarios, en el caso, no funcionaron porque los mismos permanecieron en la página unas seis semanas.

Para el Tribunal<sup>51</sup>, estas compañías están obligadas a tomar medidas que limiten la propagación del discurso del odio y de aquellos que inciten a la violencia, y descarta que tales medidas puedan ser calificadas o consideradas como una forma de censura privada. Las entidades están en mejor posición que las propias víctimas para identificar y eliminar rápidamente este tipo de discurso. De hecho, podrán ser sancionadas sin vulnerar el artículo 10 del Convenio, si no lo hacen sin dilación y ello aun cuando, como resalta el Tribunal, no haya existido una notificación o denuncia al respecto de las supuestas víctimas o de terceros.

## **2. El código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet**

En agosto de 2018, Facebook era acusada por los investigadores de Naciones Unidas de jugar un papel clave en el posible genocidio de la comunidad Rohinyá en Myanmar mediante la difusión de «un discurso del odio»<sup>52</sup>. Uno de estos investigadores había declarado, según publicaba la agencia Reuter<sup>53</sup>, que la plataforma «se había convertido en una bestia».

Algunos de los *post* publicados y referidos a la citada comunidad fueron los siguientes: «Debemos luchar contra ellos de la forma que Hitler lo hizo con los judíos», o «estos perros nos están matando y destruyendo nuestra tierra, nuestra agua y a las personas de nuestra etnia. Debemos destruir su raza»<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Véase párrafo 157 y ss.

<sup>52</sup> Mathew B., Dutt R., Goyal P. y Mukherjee A., «Spread...», cit., pág. 1.

<sup>53</sup> <https://www.reuters.com/investigates/special-report/myanmar-facebook-hate/>

<sup>54</sup> <https://www.reuters.com/investigates/special-report/myanmar-facebook-hate/>

Esta compañía, sin embargo, incluye entre sus «normas comunitarias» una específica dirigida al discurso del odio o incitación al odio que comienza con la siguiente declaración:

*«Creemos que las personas se expresan libremente y conectan entre sí con mayor confianza cuando no se sienten atacadas por quiénes son. Es por ello por lo que no permitimos el lenguaje que incita al odio en Facebook, porque crea un entorno intimidatorio y excluyente que, en algunos casos, puede incitar a la violencia en la vida real.*

*Consideramos discurso de odio o lenguaje que incita al odio todo contenido que ataca directamente a las personas por lo que denominamos “características protegidas”: raza, etnia, nacionalidad, discapacidad, religión, clase, orientación sexual, sexo, identidad de género y enfermedad grave. Consideramos ataque aquellas expresiones violentas o deshumanizadoras, estereotipos dañinos, declaraciones de inferioridad, expresiones de desprecio, repulsión o rechazo, insultos, o peticiones de exclusión o segregación. Consideramos que la edad es una característica protegida cuando se menciona junto con otra característica protegida. También protegemos a los refugiados, migrantes, inmigrantes y solicitantes de asilo de ataques graves, aunque sí permitimos los comentarios y las críticas relacionadas con las políticas de inmigración. De manera similar, también ofrecemos ciertas protecciones para características, como la profesión, cuando se mencionan junto con una característica protegida.*

*Somos conscientes de que, a veces, las personas comparten contenido con expresiones que incitan al odio emitidas por otra persona con la intención de reprobarlas o concienciar a los demás. En otros casos, el lenguaje que, de otra manera, infringiría nuestras normas se puede usar de forma autorreferencial o motivadora. Nuestras políticas están diseñadas para dar espacio a estos tipos de lenguaje, pero exigimos que la intención quede clara. Si no es el caso, el contenido podría eliminarse».*

También la compañía Twitter incluye entre sus reglas y políticas la siguiente norma:

*«Comportamientos de incitación al odio: No puedes fomentar la violencia contra otras personas ni amenazarlas o acosarlas por motivo de su raza, origen étnico,*



*nacionalidad, pertenencia a una casta, orientación sexual, género, identidad de género, afiliación religiosa, edad, discapacidad o enfermedad grave»<sup>55</sup>.*

Otra regla es la siguiente: «*Violencia: No puedes hacer amenazas violentas contra una persona o un grupo de personas. También prohibimos la glorificación de la violencia*».

Frente a estas redes sociales, Gab se presenta como «*the home of free speech online*» y permite a sus usuarios publicar contenidos que podrían constituir formas de discurso del odio sin temor a ninguna represalia, lo que ha conducido a que usuarios de otras redes, cuyas cuentas habían sido suspendidas o prohibidas por infringir las normas de uso, hayan migrado a ella<sup>56</sup>.

Gab no es precisamente una de las compañías que junto a Facebook, Twitter, Microsoft y YouTube firmaron con la Comisión Europea, en junio del año 2016, un código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet<sup>57</sup>. Entre las declaraciones iniciales de este código se incluye una, según la cual, todas estas compañías comparten una responsabilidad colectiva y un sentimiento de orgullo por promover y facilitar la libertad de expresión en línea por todo el mundo, así como también el compromiso de la Comisión Europea y de los Estados miembros de la UE para hacer frente a la incitación ilegal al odio en Internet.

En este código de conducta<sup>58</sup>, además de fomentar la formación de su personal y la de los usuarios, la colaboración entre ellas y con las organizaciones de la sociedad civil o la señalización por parte de expertos de los contenidos que promuevan la incitación a la violencia y conductas odiosas, las empresas se comprometen:

a) a contar con procedimientos claros y eficaces para examinar las notificaciones relativas a la incitación ilegal al odio que se produzcan en el marco de los servicios que prestan, de manera que puedan retirar o deshabilitar el acceso a dicho contenido (las empresas dispondrán de normas o directrices comunitarias en las que se aclare que prohíben la promoción de la incitación a la violencia y las conductas odiosas);

---

<sup>55</sup> Mathew B., Dutt R., Goyal P. y Mukherjee A., «Spread...», cit., pág. 1.

<sup>56</sup> Mathew B., Dutt R., Goyal P. y Mukherjee A., «Spread...», cit., pág. 1.

<sup>57</sup> En el año 2018 se unieron Google+, Instagram, Snapchat y Dailymotion.

<sup>58</sup> Disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_19\\_805](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_805)

b) a la valoración de las solicitudes de retirada de contenidos con arreglo a sus normas y directrices comunitarias y, en caso necesario, a las legislaciones nacionales de transposición de la Decisión marco 2008/913/JAI, con equipos especializados en examinar solicitudes;

c) a revisar la mayoría de las notificaciones válidas para la retirada de manifestaciones de incitación ilegal al odio, en menos de 24 horas, y a retirar o deshabilitar, si fuera necesario, el acceso a dicho contenido.

En junio de 2020, la Comisión Europea publicaba la quinta evaluación sobre la implementación del Código de Conducta<sup>59</sup>, que se calificaba de positiva.

El 90% de las notificaciones se revisaban en un plazo de 24 horas y un 71 % del contenido al que estas se referían era retirado. El porcentaje de retirada dependía de la gravedad del contenido en cuestión. De media, este porcentaje llegaba al 83,5% cuando se trataba de discursos que incitaban al asesinato o la violencia contra grupos determinados, mientras que descendía hasta el 57,8% en los casos de contenidos que utilizaran palabras o imágenes simplemente difamatorias.

Los porcentajes también variaban en función de la compañía. Así Facebook había eliminado el 87.6% del contenido cuestionado; YouTube, el 79.7%; Twitter, el 35.9%, e Instagram, el 42%.

La evaluación también ponía de manifiesto que la orientación sexual era el motivo más frecuente bajo el que se amparaban estos discursos de incitación al odio (un 33%)<sup>60</sup>, seguidos de la xenofobia -incluyendo el odio al inmigrante, un 15%- y las declaraciones contra los gitanos (un 9,9%).

Si las dificultades de frenar el discurso del odio *offline* son enormes, la de tratar de hacerlo *online* resultan, en ocasiones, casi titánicas.

---

<sup>59</sup> El documento está disponible en [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/codeofconduct\\_2020\\_factsheet\\_12.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/codeofconduct_2020_factsheet_12.pdf)

<sup>60</sup> Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2019, sobre la discriminación pública y el discurso de odio contra las personas LGBTI, incluido el concepto de «zonas sin LGBTI», que alerta sobre la intensificación de la discriminación pública y el discurso de odio contra las personas LGBTI en toda la Unión Europea, y destaca que los delitos de odio motivados por la fobia contra las personas LGBTI están aumentando en la Unión.

## **VI. UNA REFLEXIÓN FINAL**

El debate sobre el discurso del odio y su tratamiento es, en definitiva, un debate sobre qué sociedad queremos y, también, sobre cuál queremos que sea en ella la eficacia de los derechos fundamentales.

Sin necesidad de apelar a lo que se ha llamado «democracia militante», sí parece necesario que alcancemos un consenso mínimo sobre el alcance y los contornos de tales derechos para que todos podamos disfrutarlos en igualdad de condiciones. Y todos es cualquier persona, porque la dignidad de la que nacen es solo una.