

# HURI-AGE

**Red Tiempo de los Derechos**



## **Papeles el tiempo de los derechos**

### **EL CONCEPTO DE “HATE SPEECH” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

**Juan Álvarez Suárez**

**Palabras clave:** discurso del odio, minorías, grupos vulnerables

Número: 16      Año: 2020

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)  
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)  
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)  
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)  
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)  
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)  
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)  
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)  
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)  
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)  
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)  
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)  
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)  
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)  
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)  
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

# El concepto de “Hate Speech” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Juan Álvarez Suárez

## 1. Introducción

El propósito de este trabajo es contribuir a la clarificación del concepto de “hate speech” (en español, discurso del odio) a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

Como es sabido, las manifestaciones que se encuadran en esta categoría sobrepasan los límites del ejercicio de la libertad de expresión, aunque sus contornos no siempre están claramente delimitados. Por este motivo, algunas jurisdicciones nacionales como la española han empleado erróneamente el concepto de “discurso del odio”. Así, el Tribunal Constitucional ha concebido el discurso antimonárquico como una manifestación del “hate speech”, resultando como consecuencia una condena por parte del TEDH.

En otras ocasiones, expresiones polémicas manifestadas por artistas, cantantes o ciudadanos en las redes sociales han sido judicializadas, iniciándose procesos penales contra los mismos. En este sentido, se ha producido una flexibilización del concepto, con el riesgo de que un recurso excesivo al Derecho penal pueda generar un efecto disuasorio (*chilling effect*) a la hora de ejercer el derecho fundamental a la libertad de expresión, cuya importancia está fuera de dudas en una sociedad democrática. Por lo tanto, la fijación de unos estándares homogéneos y unos criterios estables por parte del TEDH a la hora de enjuiciar los diversos asuntos y la clarificación del concepto pueden

contribuir a preservar una sociedad democrática sana, en la que las manifestaciones que puedan desagradar a algunas personas no sean expulsadas de la esfera pública si no están revestidas de una cierta gravedad.

## 2. La libertad de expresión y su relevancia

“No estoy de acuerdo con lo que dices, pero defenderé con mi vida tu derecho a expresarlo”<sup>1</sup>. Con esta frase, con la que BEATRICE HALL parafrasea a VOLTAIRE, se sintetiza perfectamente la importancia que merece la libertad de expresión en una sociedad democrática. La gran trascendencia que se le ha atribuido históricamente y su vinculación con la dignidad humana explican las reivindicaciones contundentes por parte de los ciudadanos ante el más mínimo atisbo de censura, máxime cuando su consecución ha sido fruto de una tarea ardua y de largo recorrido. En esta línea, recuerda MONTAÑÉS en su trabajo una de las ideas centrales de la teoría de la libertad de expresión contemporánea, que la eleva a condición esencial de la pervivencia del sistema democrático<sup>2</sup>.

En la actualidad, resulta inimaginable pensar en un Estado democrático en el que la libertad de expresión no esté protegida explícita o implícitamente, pues la generación de un debate robusto y constante entre los ciudadanos es la base del progreso social.

Además de su reconocimiento estatal, la libertad de expresión se ha consagrado en diversos textos normativos a nivel internacional. El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 sostiene que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, incluyendo este derecho el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante, CEDH) también reconoce este derecho en el artículo 10. Así, en el primer apartado se lleva a cabo un reconocimiento similar al mencionado anteriormente, poniendo énfasis en la importancia de que las autoridades públicas se abstengan de perturbar su ejercicio: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este

---

<sup>1</sup> BEATRICE HALL, E., *Los amigos de Voltaire*, London Smith, EE.UU, 1906.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS argumenta que la libertad de expresión es necesaria para preservar la dignidad humana, pues la mente ha de ser libre para que el hombre pueda desarrollar su carácter e identidad. Privar a una persona de la libertad de expresarse equivale a atacar contra su propia naturaleza. Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Alternativa, Valencia, 2012, pp. 107-112.

derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

Un reconocimiento similar es el recogido en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

El TEDH y del TC también han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en su jurisprudencia. En primer lugar, el TEDH ha señalado que la libertad de expresión se trata de “uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales del progreso y del desarrollo individual” (*Handyside c. el Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976), y el TC español ha señalado que la libertad de expresión “garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real los otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política” (STC 6/1981 de 14 de abril, FJ 3)<sup>3</sup>.

A pesar de este amplio reconocimiento en favor de la libertad de expresión, los mismos textos normativos incluyen una serie de limitaciones. A modo de ejemplo, la DUDH hace referencia a la “protección de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática”, y el CEDH pone de manifiesto la existencia de “deberes y responsabilidades” y la posibilidad de someter la libertad de expresión a diversas formalidades y restricciones en beneficio de la seguridad, la moral o los derechos ajenos, entre otros.

---

<sup>3</sup> En la STC 6/1981 de 14 de abril se planteó un recurso de amparo a raíz de la suspensión de la publicación de dos periódicos del Estado, alegando los recurrentes la vulneración de su derecho a la libertad de expresión. El TC argumenta que “sin una comunicación pública libre no hay una sociedad libre ni soberanía popular” (Fj 3). El derecho fundamental reconocido en el art. 20 CE protege frente a las injerencias de los poderes públicos no previstas en la Ley, y también frente a todas aquellas leyes que fijen límites distintos a los del propio texto constitucional (Fj 4). A pesar de que la CE impone un mandato a los poderes públicos para remover los obstáculos que impidan ejercitar los derechos y libertades, en este caso se desestimó el amparo ya que no existe obligación alguna de sostener con fondos públicos un determinado medio de comunicación y la supresión de los diarios no cerró a estos periodistas el acceso a un medio de comunicación abierto para otros, es decir, no hubo discriminación.

En Europa es preciso tener en cuenta que el radicalismo ideológico y su proselitismo, que desembocarían en el pogromo judío, son elementos imborrables y presentes en la memoria colectiva de los europeos. Habiendo sido redactado el CEDH recién finalizada la Segunda Guerra Mundial, no ha de resultar extraño que la postura europea resulte ciertamente restrictiva al analizar determinados discursos. Por este motivo, y tal y como señalan VALERO HEREDIA Y LANDA GOROSTIZA, en Europa hay una desconfianza arraigada respecto de los discursos extremos, tras haber podido constatar en nuestra historia reciente que la democracia y la dignidad humana pueden llegar a sucumbir ante este tipo de manifestaciones<sup>4</sup>.

Siendo el discurso del odio un límite a la libertad de expresión, en las siguientes líneas procederemos a analizar su conceptualización por la doctrina y la jurisprudencia.

### 3. El discurso del odio como límite a la libertad de expresión

El “discurso del odio” es la traducción de la expresión inglesa “hate speech”, terminología consolidada en la jurisprudencia norteamericana. Muchos autores han criticado la mencionada traducción<sup>5</sup> ya que, en primer lugar, de un discurso se presume una racionalidad que no está presente en este tipo de manifestaciones y, en segundo lugar, el “odio” no siempre se aprecia nítidamente, como pudiera suceder con el negacionismo<sup>6</sup>.

Definir el discurso del odio no es una tarea sencilla por la falta de consenso, no pudiendo encontrar un concepto universalmente aceptado. Además, ninguno de los instrumentos normativos mencionados en el apartado anterior proporciona una definición del mismo, ni existe norma jurídica vinculante que lo regule y tipifique expresamente. Se trata, por tanto, de una categoría de expresiones (entendiendo las

---

<sup>4</sup>VALERO HEREDIA, A. “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, p. 308 y LANDA GOROSTIZA, J. *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 27.

<sup>5</sup> Entre otros, vid. CARRILLO DONAIRE, J. Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio”, en Alonso, V. y Vázquez, L. (dirs): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, 2017., pp. 27-28, REVENGA SÁNCHEZ, M., *Libertad de expresión y discursos del odio*, pp. 18-19 y REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, *Libertad de expresión y discursos del odio*, pp. 51-88.

<sup>6</sup> Podemos entender por negacionismo la afirmación de que un hecho histórico verificado y constatado no ha existido, normalmente por una motivación discriminatoria. La RAE lo define como una *actitud consistente en la negación de hechos históricos recientes y muy graves que están generalmente aceptados*. Suele referirse al negacionismo del holocausto judío por parte del régimen nazi en Alemania en la primera mitad del s. XX.

expresiones desde un punto de vista amplio, a través de conductas y palabras), de creación jurisprudencial y doctrinal<sup>7</sup>.

En una primera aproximación, podríamos plantearnos qué es el “odio”.

La Real Academia Española define el odio como la “antipatía o aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”. Por tanto, podemos concebir el odio como la discrepancia con el *otro* o la falta de comprensión y la necesidad de reafirmación del pensamiento y el modo de vida propios, alimentado por el dogmatismo y la falta de espíritu crítico. La rigidez de pensamiento conduce a la imposición de una verdad tenida por absoluta, silenciando al disidente y expulsando sus planteamientos de la vida pública, o despreciando todo aquello que resulte extraño al intolerante.

El pensamiento único, apreciable en regímenes dictatoriales impuestos históricamente, ha dejado huellas imborrables en la Historia. Consecuencia de ello ha sido precisamente el impedimento del crecimiento y florecimiento de muchas personas al que alude el TEDH en el asunto *Handyside c. Reino Unido*. Los individuos adheridos a una verdad incuestionable nunca tolerarán sociedades en las que el diálogo y el enriquecimiento personal conduzcan al progreso. Y, lo peor de todo, es su pretensión de imponer esas mismas cadenas al disidente.

El discurso del odio se convierte, por tanto, en la exteriorización de la intolerancia y la aversión interna hacia determinadas personas en virtud de su pertenencia a un grupo mediante la palabra o la conducta.

Al definir el discurso del odio podemos tomar como referencia el concepto de la Recomendación (97) 20 del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997 (jurídicamente no vinculante), que lo define como “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio fundadas en la intolerancia, comprendiendo la intolerancia que se manifiesta en forma de un nacionalismo agresivo y de etnocentrismo, discriminación y hostilidad en contra de minorías, inmigrantes y de personas de origen inmigrante”

---

<sup>7</sup> Tal y como señala críticamente el Magistrado de la Audiencia Nacional, SÁEZ VALCÁRCEL, “ha habido una expansión penal a partir de la idea de odio, que ha generado un auténtico dispositivo jurídico-político. Un concepto no jurídico, algo así como un sentimiento cargado emocionalmente, indefinible y que no se puede reconstruir con elementos normativos, sino con criterios sociológicos y periodísticos, lo que dificulta, cuando no impide, la vinculación del juez a la ley”. Vid. SÁENZ VALCÁRCEL, R. “Límites a la libertad de expresión”, *Boletín de Jueces y Juezas para la democracia*, 2018, pp. 3-5.

Por otro lado, la Recomendación de Política General nº 15 de la Comisión Europea de 8 de diciembre de 2015 relativa a la lucha contra este tipo de discurso, proporciona una definición aún más amplia, y deja la puerta abierta a la existencia de otras manifestaciones al afirmar que la enumeración contenida no es taxativa: “El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas. Por ejemplo, la defensa, promoción o instigación al odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

De estas definiciones se colige que hay quienes, amparándose frecuentemente en el pretexto de la existencia de una libertad de expresión pretendidamente ilimitada, han procedido a la difusión de mensajes y manifestaciones agresivas y odiosas dirigidas contra personas o grupos de personas buscando el escarnio, la vejación, el uso de la violencia, la discriminación o la generación de un clima hostil por motivos de raza, orientación sexual, género, o discapacidad, poniendo en peligro a los integrantes de estos grupos y menoscabando su dignidad.

Son expresiones que pueden ser consideradas inadmisibles, por tanto, debido a su contenido ofensivo y su aptitud para ocasionar un daño, de modo que, una vez vertidas, menoscaban la autoestima de la persona objeto de denigración o promueven la comisión de actos violentos contra los integrantes de una minoría social.

De acuerdo con el filósofo KARL POPPER, de tolerarse todo tipo de expresiones se cumpliría la denominada “paradoja de la tolerancia”. De acuerdo con la postura de este autor, el límite de la tolerancia ha de ser, valga la redundancia, la toleración de la intolerancia. “Una tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia ya que, de no defender una sociedad de las tropelías de los intolerantes, estos últimos terminarán por imponerse”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> POPPER, K.R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós Surcos, Madrid, 2010, pp.



Por lo que respecta a los aportes doctrinales, ASSIEGO CRUZ y otros señalan como elemento definitorio de los “delitos de odio” (siendo extensible en este caso al “hate speech”) la “condición simbólica” de la persona contra la que se dirige la expresión, pudiendo ser ella u otra cualquiera que comparta su misma condición<sup>9</sup>. Dicho de otro modo, la aversión se dirige contra lo que la persona representa, de modo que se instrumentaliza al individuo para dirigir un mensaje contrario a todo un colectivo.

CRUZ ÁNGELES lo define como el “ejercicio abusivo de la libertad de expresión que incita el odio y la violencia hacia minorías, entendidas estas en un sentido amplio”<sup>10</sup>.

WALDRON identifica a modo de ejemplo distintas formas del discurso del odio: la imputación de delitos a un grupo (v.gr. atribuir a personas de una nacionalidad determinada la comisión de hurtos u otros hechos delictivos o inmorales), las caracterizaciones atribuidas a una colectividad (v.gr. señalar que los miembros de una comunidad tienen una característica negativa particular), la deshumanización de las personas (v.gr. equiparar a ciertas personas con animales u objetos) y la exclusión de ciertos grupos del disfrute de lugares o servicios públicos (v.gr. prohibir la entrada a un lugar público a personas con discapacidad intelectual)<sup>11</sup>.

Las notas definitorias del discurso del odio son, en consecuencia:

- La existencia de una aversión o rechazo hacia una persona o un grupo de personas. No obstante, por sí mismo este elemento jamás podría ser merecedor de un reproche penal. Un sentimiento, por reprochable que pueda resultar desde un punto de vista moral, no ha de ser reprimido en un Estado democrático en el que se garantice la libertad. Hay, por tanto, una “libertad de odiar”, como no pudiera ser de otra manera, siempre y cuando este sentimiento perteneciente al “forum internum” no se materialice en actos concretos. Por otro lado, resulta necesario aclarar que no todo discurso movido por el odio puede ser incluido en la categoría de “hate speech” ya que, reiterando lo señalado, el elemento subjetivo no es por sí mismo

---

<sup>10</sup> CRUZ ÁNGELES, J.; La protección de las minorías frente a los discursos de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, Alonso, L., Vázquez, V. (dirs), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, 2017, p. 101.

<sup>11</sup> WALDRON, J.; *The harm in hate speech*, The MIT Press, 2014.

suficiente para justificar la exclusión de un discurso del objeto de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión<sup>12</sup>.

- La existencia de un grupo vulnerable, pudiendo dirigirse las expresiones contra la colectividad o contra un miembro en virtud de su pertenencia a dicho grupo<sup>13</sup>. No serían discurso del odio, por tanto, las expresiones dirigidas contra políticos, monarcas u otros representantes públicos, ni tampoco los dirigidos contra individuos que no se encuentren en una situación de vulnerabilidad.
- Un *ánimus nocendi* o intención de dañar<sup>14</sup>. Esto excluiría aquellas expresiones realizadas en un tono jocoso, comentarios humorísticos o sátiras.

Hemos de coincidir, por tanto, con la definición proporcionada por TERUEL LOZANO<sup>15</sup>, que considera que los elementos configuradores del discurso del odio son la existencia de un grupo vulnerable, un elemento ofensivo y una intencionalidad, aunque incluyendo un elemento adicional: la aptitud para que tal daño llegue a materializarse. Una expresión motivada por la animadversión, dirigida contra un grupo vulnerable y manifestada con dolo, ha de ser apta para perturbar al receptor, o bien para incitar a terceros a la acción. La gravedad y desvalor del comentario, por tanto, ha de manifestarse con viveza y ser persuasivo o denigrante, no debiendo perseguirse una mera sátira o comentario desafortunado. De no ser así, se estaría prohibiendo la expresión de comentarios inocuos, cercenándose el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Hecha esta primera aproximación, en el siguiente epígrafe nos centraremos en la jurisprudencia del TEDH.

#### 4. El discurso del odio y su enjuiciamiento por parte del TEDH

---

<sup>12</sup> En esta línea reflexiona URÍAS, J. Vid. “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”, en en Alonso, V. y Vázquez, L. (dirs): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica,, págs.. 35-63.

<sup>13</sup> TERUEL LOZANO, G. “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio europeo”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 27, 2017. (Disponible en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03\\_TERUEL.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm)).

<sup>14</sup> CRUZ ÁNGELES señala que ese daño se materializa en la creación de *un sentimiento de angustia, terror o inferioridad al destinatario debido al ataque sufrido*. (CRUZ ÁNGELES, J. “La protección de las minorías frente a los discursos de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, Alonso, L., Vázquez, V. (dirs), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, 2017, pp. 77-102).

<sup>15</sup> TERUEL LOZANO, G. “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio europeo”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 27, 2017

En Europa, tal y como se ha señalado, pervive el temor de que la democracia pueda sucumbir nuevamente ante el totalitarismo y, por tanto, existen discursos especialmente lesivos que el TEDH ha considerado inadmisibles<sup>16</sup>.

Así, el TEDH ha definido el discurso del odio en diversos asuntos. Por ejemplo, en los asuntos *Günduz contra Turquía* de 4 de diciembre de 2003 o en *Erbakan contra Turquía* de 6 de julio de 2006 ha señalado que consiste en aquellas “formas de expresión que propagan, incitan y promueven o justifican el odio basado en la intolerancia”.

A partir de la lectura de la jurisprudencia puede concluirse que el tribunal adopta dos vías de enjuiciamiento dependiendo del tipo de expresiones o manifestaciones de las que se trate. En aquellas ocasiones en las que se estima que estas pueden destruir los derechos consagrados en el Convenio, el TEDH ha recurrido a la aplicación del art. 17 CEDH, que proscrib el abuso del derecho. En estos casos, el Tribunal inadmite la demanda. Por otro lado, cuando las expresiones no revisten la suficiente gravedad, se lleva a cabo un test de ponderación con base en el art. 10.2 CEDH. El Tribunal procede entonces a analizar si la restricción de la libertad de expresión por parte del Estado de que se trate estaba prevista por Ley, si perseguía un objetivo legítimo y si era necesaria en una sociedad democrática.

El recurso al artículo 17 CEDH ha sido considerado inadecuado por parte de la doctrina. Autores como BILBAO UBILLOS consideran que ese precepto tiene un “efecto guillotinator”<sup>17</sup>, es decir, su aplicación acarrea consecuencias “duras” puesto que el Tribunal no procede a analizar con exhaustividad el caso, inadmitiéndolo. Normalmente, se ha aplicado en casos de odio racial y étnico como sucedió en los asuntos *Glimmerveen y Hagenbeek contra los Países Bajos*, de 11 de octubre de 1979 y *Pavel Ivanov contra Rusia*, de 10 de febrero de 2007. En el primer asunto la polémica se suscitó a raíz de la imposibilidad por parte de los recurrentes de presentarse a unas elecciones por haber pertenecido a un partido declarado ilegal, tras haber incitado a la expulsión de los extranjeros del país. En el segundo, el recurrente fue juzgado a partir de unas publicaciones en su periódico de carácter antisemita.

---

<sup>16</sup> LANDA GOROSTIZA, J. *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 27.

<sup>17</sup> BILBAO UBILLOS, J.M.; “La negación del holocausto en la jurisprudencia del TEDH: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, pp. 19- 56.

Por otro lado, el discurso negacionista también se ha configurado como una línea roja en el TEDH, mostrándose contundente ante este tipo de expresiones que ponen en tela de juicio la existencia del genocidio nazi contra el pueblo judío. Existe todo un acervo jurisprudencial al respecto, y se prohíbe la mera negación independientemente de cual sea la finalidad o el *ánimus* del emisor. De hecho, incluso en asuntos en los que se llevaba a cabo un análisis técnico en una publicación científica que negaba la existencia de una cámara de gas concreta, por considerar que era técnicamente inviable su uso, el TEDH decidió no amparar las pretensiones del recurrente (asunto *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996)<sup>18</sup>.

Finalmente, el art. 17 CEDH se ha aplicado a dos tipos de discursos basados en el odio religioso. Por un lado, en el asunto *Norwood contra Reino Unido* de 16 de noviembre de 2004, el TEDH no apreció una vulneración del derecho a la libertad de expresión de un hombre condenado por haber exhibido una bandera calificando de terroristas a los musulmanes. Por otro lado, en el asunto *Belkacem contra Bélgica* de 27 de junio de 2017, el TEDH consideró inadmisibles las expresiones de un fundamentalista islámico que había proferido mensajes en internet contrarios a los no musulmanes y se alegraba de las enfermedades sufridas por no creyentes, expresándose en un tono amenazante.

En todos estos asuntos, el TEDH ha reiterado que la finalidad del artículo 17 CEDH es la de evitar que grupos totalitarios utilicen interesadamente los principios del CEDH para destruir otros derechos o libertades.

Por lo que respecta a la ponderación del art. 10.2 CEDH, esta ha sido utilizado en asuntos muy diversos. Normalmente, el Tribunal tiene en cuenta las características personales y profesionales de quien emite el mensaje, y se ha mostrado más tolerante respecto de periodistas que llevan a cabo un reportaje neutral (asunto *Jersild contra Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994) o cuando se trata de una expresión llevada a cabo en el marco de una actividad política o llevada a cabo por un político (asunto *Féret*

---

<sup>18</sup> Considero interesante señalar que en nuestro país el Tribunal Constitucional ha señalado que la mera negación del holocausto está amparada por la libertad de expresión, pero no así su justificación (STC 235/2007 de 7 de noviembre). En esta sentencia, el TC sostiene que el negacionismo “no constituye, siquiera, un peligro potencial, de modo que hay una vulneración del derecho a la libertad de expresión”. No cabe predicar lo mismo, sin embargo, respecto a la justificación pública del genocidio, entendida como “la relativización o negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores” (FJ 7), buscando la perpetración de un genocidio o bien provocando el odio hacia un grupo.

*contra Bélgica*, de 16 de julio de 2009 en el que, sin embargo, no se admitió el recurso del político).

Se observa una evolución jurisprudencial en el marco europeo. Inicialmente, el TEDH se mostró especialmente combativo con aquellas expresiones aptas para iniciar una oleada de violencia. El discurso del odio, por tanto, se asoció a su aptitud para generar actos violentos contra personas vulnerables. Por consiguiente, se aprecia una similitud con la postura imperante en Estados Unidos, un país especialmente tolerante y deferente con la libertad de expresión, hasta extremos difícilmente imaginables en Europa. Así, en Norteamérica se parte de una regulación que, precisamente, evita poner límites a la libertad de expresión como se puede observar en la Primera Enmienda a la Constitución, que prohíbe que una ley que coarte la libertad de expresión<sup>19</sup>. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, por su parte, se ha mantenido fiel al espíritu de esta Enmienda y ha ido consolidando la doctrina del “clear and present danger test”, restringiendo la libertad de expresión únicamente cuando las expresiones sean aptas para generar de un modo claro e inminente una oleada de violencia<sup>20</sup>.

Sin embargo, en una segunda etapa, el TEDH decidió separarse de este canon de enjuiciamiento. Tal separación se observa en los asuntos *Féret contra Bélgica* de 16 de julio de 2009 y *Vejdeland y otros contra Suecia* de 9 de febrero de 2012.

En el primer caso, el Frente Nacional belga había repartido unos panfletos xenófobos y contrarios a la inmigración, mientras que en el segundo asunto un grupo de jóvenes pertenecientes a una asociación habían repartido panfletos en un instituto culpando a los homosexuales de la aparición del VIH y considerando sus conductas sexuales desviadas y destructivas moralmente. En ambos casos, el TEDH señala explícitamente que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a un acto de violencia u otros actos delictivos. Los ataques dirigidos contra personas mediante las injurias, la ridiculización, la difamación y la incitación a la discriminación son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra este discurso frente a una libertad de expresión ejercida de un modo irresponsable”.

---

<sup>19</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

<sup>20</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M.; *Libertad de expresión y discursos del odio*, UAH, Madrid, 2015, p. 22.

Llegados a este punto, cabe plantearse: **¿cuál es el concepto de discurso del odio que puede colegirse del acervo jurisprudencial europeo?**

La respuesta a esta cuestión se puede inferir a partir de dos sentencias clarificadoras, tanto por su exhaustividad como por su extensión argumentativa. Se trata de los asuntos *Perinçek contra Suiza* de 15 de octubre de 2015 y *Savva Terentyev contra Rusia* de 28 de agosto de 2018.

En el primer caso el TEDH señala la importancia de valorar el contexto en el que se lleva a cabo una expresión o manifestación. De este modo, un clima de tensión y una situación convulsa puede ser valorada a efectos de enjuiciar un asunto (§ 205). También se ha de tener en cuenta si el propósito es hacer un llamamiento a la violencia, su justificación o la incitación al odio y la intolerancia. La sentencia señala explícitamente que “la Corte es particularmente sensible ante declaraciones que atacan o denigran a grupos étnicos, religiosos u otros”, y señala a modo de ejemplo los grupos judíos, musulmanes, inmigrantes y homosexuales. En este párrafo se hace referencia igualmente a los diversos asuntos señalados con anterioridad en los que fue de aplicación el artículo 17 CEDH (§ 206). La concreta forma en la que se llevaron a cabo las expresiones y su aptitud para dañar son elementos a tener en cuenta.

En el segundo asunto, a raíz de diversos comentarios contrarios a la policía expresados en internet, por considerar que esta estaba politizada y defendía unos determinados intereses políticos, el TEDH sostuvo que “la policía difícilmente puede ser considerada una minoría desprotegida o un grupo que históricamente haya estado oprimido o en una situación de desigualdad, que haya enfrentado prejuicios arraigados, hostilidad y discriminación u otra vulnerabilidad. Esto implica, en principio, que no es necesaria una mayor protección frente a los insultos o la ridiculización” (§76).

Junto con estas dos sentencias, en el asunto *Stomakhin contra Rusia* de 8 de octubre de 2018 el TEDH ha destacado la importancia de que las autoridades nacionales se muestren cautelosas a la hora de determinar el alcance del discurso del odio, interpretando de un modo estricto las disposiciones legales que sean de aplicación para evitar una injerencia excesiva, especialmente cuando se trate de una crítica dirigida contra el Gobierno, las instituciones del Estado y sus políticas y prácticas<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> “It is vitally important that the domestic authorities adopt a cautious approach in determining the scope of “hate speech” crimes and strictly construe the relevant legal provisions in order to avoid excessive

Estas sentencias son muy ilustrativas, y permiten acotar el concepto del discurso del odio al destacar un elemento determinante: el individuo o colectivo que es objeto de denigración. Aunque este tipo de expresiones dirigidas contra personas o grupos vulnerables no son las únicas susceptibles de ser reprimidas, la exigencia de que el destinatario de los mensajes se encuentre en esa situación vulnerable evita, como hemos señalado, una difuminación del concepto.

A nuestro juicio conviene, por tanto, separar de las expresiones “extremas” aquellas que específicamente se dirigen contra un grupo históricamente discriminado y en una situación de vulnerabilidad. A modo de ejemplo, no serían manifestaciones del “hate speech” las expresiones apologéticas del terrorismo, los actos o las manifestaciones dirigidas contra funcionarios públicos, jefes de Estado u otro tipo de figuras que no comparten las notas señaladas en el asunto anterior, es decir, que no se refieren a minorías desprotegidas, víctimas de desigualdades históricas o prejuicios.

Sí son manifestaciones del discurso del odio, por el contrario, las expresiones dirigidas contra las minorías étnicas y religiosas (musulmanes, judíos, pequeños grupos nacionales), las mujeres (por haber sufrido una discriminación histórica), el colectivo LGTBI, inmigrantes, víctimas del holocausto, personas de color, personas con discapacidad, etc.

La separación entre el discurso del odio y otros discursos extremos también ha sido apreciada por autores como PRESNO LINERA y TERUEL LOZANO<sup>22</sup>. Para otros autores como LANDA GOROSTIZA, sin embargo, el discurso del odio continúa siendo “un concepto amplio, claro en su núcleo y difuso en su alcance. No hay una definición cerrada, sino una evolución adaptativa a los casos que se van presentando<sup>23</sup>”.

A nuestro juicio, esta última observación respecto de la adaptación es acertada: vivimos en sociedades plurales caracterizadas por la diversidad, y el casuismo tiende a ampliar el concepto del “hate speech”. A pesar de todo, las aclaraciones que el TEDH lleva a cabo en su jurisprudencia permiten acotarlo mínimamente. Aunque resulta complicado alcanzar una definición cerrada, no es menos cierto que, como mínimo, el sujeto o grupo de sujetos contra los que se dirige una expresión permite con una cierta

---

interference under the guise of action taken against “hate speech”, where such charges are brought for a mere criticism of the Government, State institutions and their policies and practices” (§ 117).

<sup>22</sup> PRESNO LINERA, M.A Y TERUEL LOZANO, G.; *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Curitiba, 2017, pp. 113-120.

<sup>23</sup> LANDA GOROSTIZA, J. *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 38.

facilidad identificar si efectivamente se trata de colectivos minoritarios y vulnerables o no. En el caso de que no se aprecie esa situación de vulnerabilidad o se incumplan los elementos señalados por el TEDH, podríamos estar ante un discurso extremo, pero no ante un discurso del odio.

El TC español ha errado, precisamente, al categorizar las expresiones contrarias a la monarquía. En el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera* contra España el Tribunal de Estrasburgo rechaza la calificación del acto de los recurrentes (que habían quemado un retrato de los reyes) como discurso del odio. El TC, por tanto, había llevado a cabo una interpretación demasiado amplia de una categoría de expresiones que tratan de sancionar las expresiones de quienes “propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia”. Un acto como es el consistente en quemar una fotografía del Jefe de Estado no ha de ser considerado como discurso del odio y, como señala el TEDH, se trata de una crítica política respecto de la cual es necesario mostrarse especialmente tolerante.

A modo de crítica, consideramos oportuno señalar que el TEDH ha mostrado criterios contradictorios en su jurisprudencia. Aunque el casuismo anteriormente aludido es inevitable a efectos de considerar si una expresión determinada constituye una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, la fijación de unos estándares más o menos homogéneos permitiría alcanzar resultados más previsibles así como llevar a cabo una acotación del concepto.

Finalmente, consideramos importante generalizar el escrutinio del test de proporcionalidad del artículo 10.2 CEDH, que permite llegar a la misma conclusión que la cláusula del abuso del derecho aunque de un modo más respetuoso y garantista. El Tribunal de Estrasburgo debe analizar las circunstancias particulares de cada caso ya que, como ya se ha señalado, cuando opta por aplicar directamente el art. 17 CEDH analiza el asunto de un modo superficial.

## **5. Reflexiones finales: la tolerancia de la intolerancia**

La posición europea frente al discurso del odio es, como hemos visto, distinta a la que se mantiene en Estados Unidos, ya que la existencia de un llamamiento a la comisión de actos violentos no es requisito indispensable para hablar de “hate speech”. Los discursos dirigidos contra el pueblo judío, su persecución y posterior exterminio han dejado una huella imborrable en la memoria colectiva europea. Y es precisamente



esta experiencia la que pone de manifiesto la importancia de no tolerar determinados discursos, expresiones y actuaciones para evitar precisamente el fin de la tolerancia misma. Un discurso dirigido contra un grupo vulnerable, aún no suponiendo un llamamiento a la violencia, puede terminar por desembocar en la misma.

Por otro lado, vivimos actualmente en un mundo globalizado, en el que los Estados nacionales cada vez se enfrentan con mayor frecuencia a contextos multiculturales en los que conviven todo tipo de ideologías, creencias y modos de vida. La construcción de un espacio público en el que todos tengan cabida pasa necesariamente por la protección de quienes constituyen una minoría o un grupo vulnerable.

Es cierto que la libertad de expresión es un derecho irrenunciable y que contribuye al florecimiento personal, como sostuvo reiteradamente el TEDH. Sin embargo, su garantía pasa precisamente por no silenciar e ignorar a estos colectivos, que se verían constreñidos si la respuesta ante los graves ataques que se les profiriesen fuese el silencio. Desafortunadamente, el mercado libre de las ideas en el que automáticamente se desechan las más irracionales al que se refirió el célebre juez norteamericano Holmes no siempre triunfa<sup>24</sup>.

Por otro lado, la heterogeneidad social, cultural, religiosa y política puede apreciarse como una oportunidad para el desarrollo individual. Es consecuencia, es necesario preservar la dignidad de todos los seres humanos, evitando que los individuos cegados por el dogmatismo atenten contra las señas de identidad diferenciadoras de los colectivos minoritarios.

En una sociedad en la que no se persiga el discurso del odio existe el riesgo de que individuos totalitarios terminen por tomar la palabra, silenciando e imponiendo su visión. La tolerancia hacia una libertad de expresión exorbitante permite la negación de las diferencias y el sometimiento de quienes no encajan en los cánones socialmente establecidos.

Afortunadamente, hay motivos para ser optimistas. Las jurisdicciones nacionales poco a poco han ido configurando límites a este derecho y el TEDH ha fijado en su

---

<sup>24</sup> El juez norteamericano Holmes hizo referencia a su ya célebre “mercado de las ideas” en el asunto *Abrams c. Estados Unidos*, sosteniendo que “la mejor prueba a la que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos opuestos. Esta es la idea que late en la Constitución”. Vid. BELTRÁN DE FELIPE Y GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 178-191.

jurisprudencia líneas rojas no traspasables. El concepto del discurso del odio ha de ser, al igual que las propias sociedades, abierto, pero sin que sus contornos sean tan difusos que permitan que cualquier expresión pueda ser encuadrada como tal, llevándose a cabo una persecución indebida de las expresiones que no se dirigen contra los sectores más vulnerables de la sociedad.

Lo más importante, a nuestro juicio, consiste en remarcar los dos elementos que lo caracterizan: de un lado, la existencia de un individuo perteneciente a una colectividad minoritaria, históricamente marginada o rechazada por compartir unas características diferenciadoras. De otro, un mensaje proferido contra esa persona perteneciente a la minoría o contra la colectividad vulnerable, con la intención de ocasionar un daño, un constreñimiento psicológico o físico motivado por el rechazo, el desprecio y la voluntad de provocar invisibilización.

La conceptualización del “hate speech” no implica, no obstante, que no existan otras clases de discursos extremos igualmente “censurables”. No obstante, el Estado deberá argumentar y motivar su decisión de cercenar la libertad de expresión. Un recurso excesivo al derecho penal ante cualquier tipo de expresión desagradable puede provocar un efecto desalentador, de modo que los ciudadanos se mostrarían temerosos ante la posibilidad de ser perseguidos penalmente a raíz de expresiones poco afortunadas pero que no serían merecedoras de la imposición de una pena. De hecho, cada vez son más los autores que abogan por la imposición de otro tipo de sanciones, por considerar desproporcionado ese frecuente recurso al Derecho Penal.

## 6. Bibliografía y jurisprudencia

### - Bibliografía

- ALONSO, L., VÁZQUEZ, V. (DIRS), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, 2017.
- ASSIEGO CRUZ, V; OREJÓN SÁNCHEZ, N.; ALISES CASTILLO, C.; GRACIA GONZÁLEZ, J. Y SANTIAGO REYES, C.; “Delitos de odio: guía práctica para la abogacía”, *Fundación Abogacía Española*, 2018.
- BILBAO UBILLOS, J.M.; “La negación del holocausto en la jurisprudencia del TEDH: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político*, nº 71-72.
- BEATRICE HALL, E., *Los amigos de Voltaire*, London Smith, EE.UU, 1906.
- BELTRÁN DE FELIPE Y GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2005
- CARRILLO DONAIRE, J.: “Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio”, en Alonso, L. y Vázquez, V. (dirs): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, 2017.
- CRUZ ÁNGELES, J.: “La protección de las minorías frente a los discursos de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, en Alonso, L., Vázquez, V. (dirs), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, 2017
- LANDA GOROSTIZA, J. *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- POPPER, K.R.; *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós Surcos, Madrid, 2010.
- PRESNO LINERA, M.A Y TERUEL LOZANO, G.; *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Curitiba, 2017.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., *Libertad de expresión y discursos del odio*, UAH, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Alternativa, Valencia, 2012.
- SÁENZ VALCÁRCEL, R. “Límites a la libertad de expresión”, *Boletín de Jueces y Juezas para la democracia*, 2018.
- TERUEL LOZANO, G; “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio europeo”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 27, 2017.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*”, en Alonso, L., Vázquez, V. (dirs), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, 2017
- VALERO HEREDIA, A. “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110.

WALDRON, J.; *The harm in hate speech*, The MIT Press, 2014.

- **Jurisprudencia**

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

TEDH (Sección 1ª). Sentencia de 6 de julio de 2006. Caso Erbakan contra Turquía.

TEDH (Sección 2ª). Sentencia de 16 de julio de 2009. Caso Féret contra Bélgica.

TEDH (Comisión). Decisión sobre la admisibilidad de 11 de octubre de 1979. Caso Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda.

TEDH (Sección 1ª). Sentencia de 4 de diciembre de 2003. Caso Gündüz contra Turquía.

TEDH (Pleno). Sentencia de 7 de diciembre de 1976. Caso Handyside contra Reino Unido.

TEDH (Gran Sala). Sentencia de 23 de septiembre de 1994. Caso Jersild contra Dinamarca.

TEDH (Comisión). Decisión sobre la admisibilidad de 24 de junio de 1996. Caso Marais contra Francia.

TEDH (Sección 2ª). Decisión sobre la admisibilidad de 16 de noviembre de 2004. Caso Norwood contra Reino Unido.

TEDH (Sección 1ª). Decisión sobre la admisibilidad de 20 de febrero de 2007. Caso Pavel Ivanov contra Rusia.

TEDH (Gran Sala). Sentencia de 15 de octubre de 2015. Caso Perinçek contra Suiza.

TEDH (Sección 3ª). Sentencia de 13 de marzo de 2018. Caso Stern Taulants y Roura Capellera contra España.

TEDH (Sección 3ª). Sentencia de 28 de agosto de 2018. Caso Savva Terentyev contra Rusia.

TEDH (Sección 3ª). Sentencia de 9 de mayo de 2019. Caso Stomakhin contra Rusia.

TEDH (Sección 5ª). Sentencia de 9 de febrero de 2012. Caso Vejdeland y otros contra Suecia.

### **Tribunal Constitucional**

STC 6/1981 de 14 de abril

STC 235/2007 de 7 de noviembre.