

El discurso de odio online y su persecución por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Online hate speech and its prosecution by the European Court of Human Rights

Francisco Placín Vergillo

Universidad de Sevilla, Sevilla, España

franplacin@gmail.com

Recibido: septiembre de 2024

Aceptado: octubre de 2024

Palabras clave: discurso de odio, incitación al odio, online, TEDH.

Keywords: hate speech, incitement to hatred, online, ECtHR.

Resumen: La incitación al odio online puede producirse y distribuirse fácilmente sin esfuerzo e incluso de forma anónima, con posibilidad de llegar a una audiencia global y diversa en tiempo real. Por no hablar de que los contenidos online permanecen en la red y pueden resurgir y ganar popularidad con el paso del tiempo. Ello ha provocado que algunos Estados responsabilicen a las empresas que gestionan el flujo de informaciones y opiniones desde Internet, lo que suscita preocupación por la limitación de la libertad de expresión frente a la protección de los derechos de terceros. Por ello, la comprensión y el análisis que esté haciendo sobre esta cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH) es fundamental para dar forma a una respuesta efectiva, armonizada y viable para todos los Estados Miembros del Consejo de Europa.

Abstract: Online hate speech can easily be produced and distributed effortlessly and even anonymously, with the potential to reach a global and diverse audience in real time. Not to mention that online content remains online and can resurface and gain popularity over time. This has led some states to hold companies responsible for managing the flow of information and opinions from the internet, raising concerns about limiting freedom of expression versus protecting the rights of others. Therefore, the ongoing understanding and analysis of this issue by the European Court of Human Rights (hereinafter the

ECtHR) is crucial in shaping an effective, harmonised and workable response for all Council of Europe Member States.

1. Introducción

Los discursos de odio y la consecuente generación de delitos de odio, no son fenómenos recientes, siendo un ejemplo de ello que el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) de 1966, ya recogía en su artículo 20 la prohibición legal de cualquier tipo de apología al odio nacional, racial o religioso que constituyese incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.

A diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH), donde se enunciaron estas directrices previamente recogidas en el PIDCP, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante el CEDH) concedió un especial valor al derecho a la libertad de expresión. Y mientras que la CADH recogió los límites a la libertad de expresión, el texto europeo limitó de otra forma la misma (art. 10 CEDH), que protegiendo la libertad de expresión y en especial la de los medios de comunicación, dejó sin recoger en el CEDH las pautas marcadas por las convenciones expuestas (Martín Herrera, 2014: 8-9).

La situación actual europea pone de manifiesto el conflicto latente entre el auge de los discursos de odio y la libertad de expresión, por lo que el estudio de sus límites, ante una Europa en crisis (véanse los procedimientos sancionadores a Hungría y Polonia en virtud del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea), partiendo de los estándares fijados por el propio TEDH resulta cuanto menos pertinente y

más en la sociedad tecnológica en la que vivimos, donde los discursos de odio desde Internet adquieren un alcance y una difusión nunca antes vistos.

En Europa parecen coexistir dos posturas al respecto: de un lado la que defiende que la libertad de expresión es un pilar fundamental de la democracia, siendo un bien necesario para el debate político y la representación de la sociedad civil y que por lo tanto los Estados no deben penalizar los discursos de odio puesto que coarta la libertad de expresión y la de prensa. De otro lado, la que defiende que la libertad de expresión debe tener límites, sobre todo, cuando se atenta contra la integridad de una comunidad/minoría o la dignidad de un individuo. Más aún, en la situación actual en la que nos encontramos, limitar la libertad de expresión se convierte pasa a ser una cuestión de seguridad nacional, con el fin de garantizar la estabilidad social (García Santos, 2017: 28-29).

Es un hecho que gracias a Internet y, en particular, a las redes sociales, el discurso de odio está viviendo un crecimiento exponencial nunca antes conocido. Sin embargo, el único instrumento internacional que contempla las expresiones de odio en Internet es el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, de 28 de enero de 2003 (en adelante PACC).

El Protocolo ha sido utilizado, solo en una ocasión hasta el presente, por el TEDH

como Derecho europeo e internacional relevante (Rollnert Liern, 2020: 9). Pese a ello, el TEDH se ha pronunciado respecto a diversos casos en los que se han producido discursos de odio a través de Internet.

Por otro lado, la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (en adelante la FRA) ha denunciado que los organismos internacionales de supervisión revelaron lagunas jurídicas en los códigos penales de varios Estados miembros en lo que respecta a la incitación del odio o la tipificación penal de la motivación racial o xenófoba como circunstancia agravante (FRA, 2021). Por ello, el TEDH y los altos tribunales nacionales han establecido límites al uso de la libertad de expresión para combatir el discurso de odio y la incitación al odio. Asimismo, destacó que los organismos internacionales y nacionales de derechos humanos vienen expresando su preocupación por el crecimiento del discurso de odio en Internet.

Es una problemática tan actual que el propio Consejo de Europa ha presentado una serie de directrices dirigidas a sus cuarenta y seis Estados miembros para prevenir y combatir el discurso de odio dentro y fuera de Internet a través de su Recomendación CM/Rec(2022)16 adoptada el 20 de mayo de 2022.

2. Metodología e hipótesis

La metodología seguida ha sido un positivismo sociológico, en virtud del cual he analizado los distintos textos normativos y la jurisprudencia relevante en su contexto histórico y desde una aproximación multidisciplinar que combina, como herramientas metodológicas, tanto técnicas

inductivas como deductivas, para alcanzar unas conclusiones defendibles tras un desarrollo empírico-inductivo y lógico-deductivo de la hipótesis de partida que asumimos: si el CEDH es un instrumento vivo que debe de ser aplicado a la luz de las condiciones de vida actuales, Internet necesariamente influye en el alcance del contenido y límites del art. 10 CEDH y, por ende, en el margen de control que el TEDH aplica sobre el mismo.

En primer lugar, se ha aplicado una técnica metodológica empírico-inductiva, de una serie de casos se obtienen unos principios generales; mientras que la segunda parte aplica una herramienta metodológica lógico-deductiva, según la cual se validan esos principios generales obtenidos a través de su puesta en práctica con los casos referidos al discurso de odio en Internet. Otras herramientas metodológicas empleadas ha sido el análisis de datos cuantitativos en el estudio de casos y además diacrónicos, con una dimensión cronológica descriptiva extraídos de determinadas fuentes.

En esta investigación no solo se han trabajado con fuentes primarias (textos normativos y sobre todo, jurisprudencia del TEDH), sino que además, se han analizado fuentes secundarias, en particular, las principales aportaciones doctrinales que he considerado relevantes para el objeto de estudio.

En una primera fase, de aproximación al discurso de odio, tuvieron especial relevancia documentos de diferentes instituciones como la FRA o la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante la ECRI), así como las guías del TEDH sobre el art. 10 CEDH, el art. 8 CEDH y sobre *hate speech*. A lo que se sumaba toda la doctrina reciente sobre

discurso de odio y la relación entre el art. 8 y 10 CEDH.

Con ello, elaboré un marco teórico sobre la materia, finalizando así la primera etapa de esta investigación, para aplicarla luego al análisis de la jurisprudencia sobre discurso de odio y alcanzar así una serie de conclusiones.

La segunda fase, se centró en la búsqueda de jurisprudencia en la base de datos HUDOC con respecto al discurso de odio en Internet, siendo en este punto de gran ayuda las actuales guías del TEDH a las que acabo de referirme.

Esta segunda fase supuso además el análisis de todas y cada una de las sentencias que serían relevantes para la hipótesis planteada y así poder plasmarlas y exponerlas con intención de darle una respuesta a la misma.

Con ese marco teórico y jurisprudencial, alcancé una serie de conclusiones que fueron fruto de consideraciones, reflexiones y opiniones propias.

La bibliografía, por su parte, la expongo ordenada alfabéticamente en lo que concierne a las referencias doctrinales, y cronológicamente, de más reciente a menos, en lo que respecta a los textos normativos e institucionales, así como a la jurisprudencia.

3. El Sistema Europeo de Derechos Humanos y la libertad de expresión

3.1. EL CEDH

La libertad de expresión está reconocida en el Sistema Europeo de Derechos Hu-

manos en el art. 10 CEDH, presentando unos rasgos propios que la configuran por el lugar que esta ocupa en una sociedad democrática (García San José, 2000: 14).

En éste se garantizan derechos como el de difundir información, el de expresar ideas y opiniones o el de recibir información. Sin embargo, no todos estos derechos requieren una idéntica protección, siendo ésta más fuerte conforme al grado de función social que el derecho en cuestión cumpla en una sociedad democrática (García San José, 2000: 14-15).

Por ello, resulta primordial diferenciar entre libertad de expresión en la que se halla un interés público en lo que respecta a las informaciones, ideas, opiniones, etc. y en la que se da dicho interés. La primera tendrá una protección mayor que la segunda, encontrando su razón de ser a que no se pretende desmotivar a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre cuestiones de interés público por miedo a sanciones administrativas o penales (García San José, 2000: 16).

En este sentido, el TEDH ha señalado que el ejercicio de este derecho conlleva deberes y responsabilidades frente a terceros, cuyo alcance varía en función de diferentes factores como la situación personal (en razón de su cargo o posición una persona tiene unos deberes y responsabilidades específicos), de si, como he expresado anteriormente, hay un interés público en las informaciones o ideas expresadas, de la situación y de los medios técnicos que se empleen para ejercer este derecho, así como no usar este derecho para difamar (García San José, 2000: 18-20).

Por ello, este derecho ha de encontrar un equilibrio en su relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar, art.

8 CEDH, por lo que existen límites a la libertad de expresión para garantizar éste último derecho mencionado.

Los primeros límites los encontramos en el propio art. 10 CEDH, es decir, que la limitación esté prevista por ley, que responda a un objetivo legítimo, y que dicha limitación se considere necesaria en una sociedad democrática, conforme a las nociones de igualdad, pluralismo y tolerancia (García San José, 2022: 132).

Es con respecto a estos límites lo que ha sido objeto de la jurisprudencia del TEDH para establecer a partir de ellos una serie de principios generales para determinar si unas manifestaciones realizadas en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión ha de ser restringidas para proteger el derecho al respeto a la vida privada y familiar, estableciendo así criterios a tener en cuenta como: la contribución a un debate de interés público, el grado de notoriedad de la persona afectada, el objeto de la noticia, la conducta previa del interesado, el contenido, la forma y las consecuencias de la publicación y, en su caso, las circunstancias en las que se tomaron las fotografías (Asunto Couder y Hachette Filipacchi Associés c. Francia, TEDH 2015, párrs. 90-93). Y además, el TEDH también examina el modo en que se obtuvo la información y su veracidad, así como la gravedad de la sanción impuesta (Asunto Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy c. Finlandia, TEDH 2017, párr. 165).

El TEDH ha llegado a establecer principios generales para analizar la proporcionalidad de las penas impuestas por los Estados frente al ejercicio de la libertad de expresión de los ciudadanos, señalando por ejemplo que una pena de prisión impuesta por un delito cometido en el marco

de un debate político solo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales y que el elemento esencial que debe tomarse en consideración es si el discurso exhorta al uso de la violencia o constituye en sí un discurso de odio, así como la naturaleza y cuantía de las penas (Asunto Sörek y Özdemir c. Turquía, TEDH 1999, párr. 64.; y Asunto Soulas y otros c. Francia, TEDH 2008, párrs. 45-46). El TEDH llega a individualizar para cada caso concreto si la pena impuesta es proporcional, llegando incluso a detenerse en la capacidad del sujeto para hacer frente a la multa impuesta (García San José, 2022: 164-165).

Aunque cabe señalar que estos criterios no son exhaustivos pues pueden variar según el contexto, haciendo necesario que se apliquen otros (Asunto Medzlis Islamske Zajednice Brcko y otros c. Bosnia y Herzegovina, TEDH 2017, párr. 88).

Por lo tanto, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión ha de mantener un justo equilibrio con los intereses de terceros en juego, como la protección de minorías a no ser objeto de proclamas racistas u el honor de éstos (García San José, 2000: 30).

Con ello, se comprueba que la relación entre el art. 8 y 10 CEDH fluctúa conforme a la ponderación pertinente en la búsqueda de un equilibrio entre ambos.

3.2. El discurso de odio

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existe una definición universal del discurso de odio, ya que el concepto sigue siendo muy discutido cuando tiene relación con la libertad de opinión y expresión, la no discrimina-

ción y la igualdad. Sin embargo, la Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas define el discurso de odio como “cualquier tipo de comunicación, oral, escrita o de comportamiento que ataque o utilicen un lenguaje peyorativo o discriminatorio con referencia a una persona o a un grupo sobre la base de lo que son, es decir, sobre la base de su religión, etnia, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad” (United Nations, 2022).

Por su parte, el Consejo de Europa ha definido el discurso de odio como: “(...) todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración” (Recomendación núm. 20 del Comité de Ministros sobre el “Discurso de Odio”, de 1997).

Para plantearse cuándo nos encontramos ante un discurso de odio, el TEDH comenzó a utilizar como criterio la incitación directa a la violencia por motivos raciales o religiosos, así como el contexto en el que se profiere la expresión (Esquivel Alonso, 2016). En sí, la “incitación al odio” no implica necesariamente la violencia u otros actos delictivos, sino que los atentados contra las personas cometidos al insultar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra los discursos de odio frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable (Asun-

to Asociación Accept y otros c. Rumanía, TEDH 2021, párr. 119).

Además, la “incitación al odio” en lo que concierne al discurso de odio ha sido dividida por el TEDH en dos categorías (Asunto Lilliendahl c. Islandia, TEDH 2020, párrs. 33-34). La primera categoría es aquella que está formada por las formas más graves de “incitación al odio”, que el TEDH ha considerado incluidas en el art. 17 CEDH (abuso de derecho) y que por tanto quedan excluidas por completo de la protección del art. 10 CEDH. Y la segunda categoría comprende formas “menos graves” de discurso de odio que el Tribunal no ha considerado que queden totalmente fuera de la protección del art. 10 CEDH, pero que es permisible que los Estados la restrinjan en ocasiones.

El TEDH ha ido estableciendo una serie de principios generales para detectar el discurso de odio. Así, establece como factores a tener en cuenta si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso; si las palabras pueden considerarse una llamada directa o indirecta a la violencia o suponen una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia; y la forma en la que se hicieron las declaraciones y su capacidad para causar daño de manera directa o indirecta (Asunto Erkizia Almandoz c. España, TEDH 2021, párr. 40). De hecho, con respecto a la forma en la que se difunden no llega valorarse únicamente observando el medio usado y el alcance obtenido a través de su publicidad, sino también su lenguaje, si tiene carácter metafórico o literal (García San José, 2022: 75).

A estos criterios se ha añadido el de la intencionalidad de la conducta, el cual no es aplicado por el TEDH de manera expresa, pero sí implícitamente desde el

Asunto Savva Terentyev c. Rusia, TEDH 2018 (párrs. 71-74). Y ello, por influencia del PACC, el cual ha producido la generalización de la exigencia de intencionalidad en los instrumentos internacionales más recientes sobre discurso de odio. Lo que ocasiona que la intencionalidad sea un requisito subjetivo definitorio del discurso de odio (Rollnert Liern, 2020: 4-5).

Con ello, queda evidenciado el gran papel que desempeña el TEDH para determinar cuándo unas manifestaciones suponen un discurso de odio, con intención de darles una respuesta armonizada a nivel regional, pues este discurso, en muchas ocasiones adquiere un carácter transfronterizo. Y por ello, el propio TEDH se va nutriendo del desarrollo y evolución de instrumentos internacionales del Consejo de Europa, para ponerlo en relación con el CEDH y dar una respuesta a las problemáticas actuales, convirtiéndolo en un instrumento vivo a través de su interpretación.

4. Internet como factor primordial

4.1. Libertad de expresión en Internet

El TEDH se ha preocupado en los últimos tiempos por la relación entre el ejercicio de la libertad de expresión y las nuevas tecnologías. En sus propias palabras: “la posibilidad de que las personas se expresen en Internet constituye un instrumento sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión”. Y añade que “teniendo en cuenta su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Inter-

net juega un papel fundamental a la hora de mejorar el acceso del gran público a las noticias y en facilitar la difusión de información en general” (Asunto Delfi AS c. Estonia, TEDH 2013, párrs. 110 y 133).

En este sentido, constata que Internet constituye un instrumento sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión y añade que el material claramente ilegal, incluido el material difamatorio, odioso o que incite a la violencia, puede ser difundido en todo el mundo en segundos como nunca antes y a veces puede permanecer en línea durante mucho tiempo. Y en lo que respecta al alcance del art. 10 CEDH en Internet, el TEDH ha destacado que el derecho a la libertad de expresión incluye el mantenimiento de archivos de Internet, la publicación de fotografías en un sitio online de forma gratuita o previo pago, y el acceso a determinados sitios web que permiten compartir información (Presno Linera, 2020: 68-69).

Por ello, a partir de que Internet se convirtiera en uno de los protagonistas en el ejercicio de este derecho, además de los principios generales anteriormente expuestos, el TEDH ha asentado dos consideraciones específicas a tener en cuenta cuando el discurso de odio se realiza a través de Internet.

En primer lugar, señala que hay que valorar que los sitios web son instrumentos de información y comunicación especialmente distintos de los medios de comunicación impresos, sobre todo en cuanto a su capacidad de almacenar y difundir información (Asunto Sociétés Éditrices de Mediapart y otros c. Francia, TEDH 2021, párr. 15), y que las comunicaciones en línea y su contenido son mucho más susceptibles que los medios de comunicación impresos de vulnerar el ejercicio

y el disfrute de los derechos y libertades fundamentales, en particular el derecho a la vida privada (Asunto M.L. y W.W. c. Alemania, TEDH 2018, párr. 91) . En segundo lugar, que la condena del propietario de un sitio de Internet por difundir declaraciones constitutivas de un discurso de odio responde a una necesidad social imperiosa de proteger los derechos de la comunidad afectada (Asunto Féret c. Bélgica, TEDH 2009, párr. 54).

En este sentido, el TEDH se ha pronunciado también sobre las injerencias de los Estados miembros ante el ejercicio de la libertad de expresión en la red de los ciudadanos y sus límites. Uno de estos límites hace referencia a las medidas de bloqueo de acceso a un sitio de Internet, lo cual en principio no resulta compatible con el CEDH si no se encuentra recogido en un marco legal que garantice un control estricto del alcance de la prohibición y una eventual revisión por parte de una autoridad judicial independiente (Asunto Tierbeffeier E.V. c. Alemania, TEDH 2014, párr. 56).

Y además, el TEDH añade que es preferible una limitación, en lugar de bloquear por completo una página web, medida que convierte en inaccesible una gran cantidad de información afectando a los derechos de numerosos usuarios y provocando un efecto colateral importante (Asunto Ahmet Yildirim c. Turquía, TEDH 2012, párrs.64-67). De hecho, ha expresado que el bloqueo total del acceso a un sitio web es una medida comparable a la prohibición de un periódico o una emisora de televisión, pues esta medida amplía el alcance del bloqueo no solo al contenido ilegal original, sino también a cualquier tipo de información presente en la web, constituyendo entonces una interferencia

arbitraria (Asunto OOO Flavius y otros c. Rusia, TEDH 2020, párrs. 37-38).

El TEDH también ha analizado el vocabulario que se utiliza en las redes sociales para determinar si éste llega a ser un factor determinante a la hora de evaluar si nos encontramos ante un discurso de odio. En este sentido, señala que el uso de un vocabulario vulgar o insultante no es decisivo para la evaluación de un discurso de odio, ya que puede tener únicamente fines estilísticos, sustentando esta argumentación sobre la base de que el estilo constituye parte de la comunicación como forma de expresión y, como tal, está protegido junto con la sustancia de las ideas y la información expresadas, por lo que solo tras un examen del contexto en el que aparecen este tipo de expresiones es posible establecer una distinción significativa entre el lenguaje que, siendo escandaloso, está protegido por el art.10 CEDH, y el que pierde su derecho a la tolerancia en una sociedad democrática (Asunto Savva Terentyev c. Rusia, TEDH 2018, párrs. 68-69). De esta forma, el lenguaje en las redes sociales, en ocasiones, reduce el impacto que se le puede atribuir al registro utilizado para expresar unas manifestaciones, que en otro medio, supondrían, sin lugar a dudas, un discurso de odio (Asunto Magyar Tartalom-szolgáltatók Egyesülete y Index Hu ZRT c. Hungría, TEDH 2016, párr. 77).

De igual forma, con respecto al “efecto amplificador” de las redes sociales cuando en las mismas se produce un discurso de odio, el TEDH determina que éste no se puede presumir, pues, si bien es cierto, que en Internet la divulgación y exposición es más amplia y rápida que en cualquier otro medio de comunicación, también existen espacios relativamente

privados en Internet, donde ese impacto no se produce, teniendo la expresión injuriosa una afección menor (Asunto Wrona c. Polonia, TEDH 2010, párr. 21).

Aun con ello, el TEDH ha reconocido que el riesgo de daño que suponen los contenidos y las comunicaciones en Internet al ejercicio y goce de derechos humanos y libertades fundamentales, por regla general, es mayor que el que plantean los medios de comunicación tradicionales, pues éste cuenta motores de búsqueda en la red global (García San José, 2022: 126-127).

Internet llega a suponer así un factor primordial a tener en cuenta cuando está presente en las circunstancias de un caso. El propio TEDH llega a entender que se trata de un contexto diferente al de los medios tradicionales con unas particularidades propias. No se puede omitir esta realidad ni asemejarla en determinados aspectos a situaciones en las que la red no está presente.

4.2. El derecho al respeto a la vida privada en Internet

El TEDH se ha pronunciado sobre el derecho al respeto a la vida privada (art. 8 CEDH) en relación a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) en Internet, con respecto a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, como *Google Inc.*, en el Asunto Tamiz contra Reino Unido, de 19 de septiembre de 2017.

En este caso, el TEDH tuvo en cuenta el importante papel que desempeñan los prestadores de servicios en Internet al facilitar el acceso a la información y el debate, señalando que en este tipo de supuestos, los Estados tienen un margen

de apreciación más amplio para proteger el derecho al respeto a la vida privada de terceros (Asunto Tamiz c. Reino Unido, TEDH 2017, párr. 90).

Además, el TEDH determinaría que los Estados no solo tienen la obligación de abstenerse de interferir en la vida privada de los ciudadanos, sino que además tienen la obligación positiva de garantizar la protección efectiva al respeto de la reputación de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluso, como en este caso, cuando los comentarios que afectan a su derecho se producen por terceros en un blog (Asunto Pihl c. Suecia, TEDH 2017, párr. 28).

Y en este sentido, el TEDH señaló que el demandante que ha visto su derecho al respeto a la vida privada vulnerado en Internet, tiene tres opciones: interponer una demanda por difamación contra los autores de los comentarios realizados en el blog, lo cual en muchas ocasiones es complejo pues para la identificación de los mismos suele ser necesario presentar una solicitud de revelación de identidad a Google Inc.; presentar una demanda contra el autor/dueño del blog o web; o accionar contra Google Inc. como propietario de Blogger.com. Ahora bien, para accionar contra Google Inc. es necesario que transcurra un plazo razonable desde que se le notifique el carácter difamatorio de los comentarios presentes en la red. Los proveedores de servicios en Internet no deben ser considerados responsables de terceros, a menos que no hayan actuado con celeridad para eliminar o impedir el acceso a los mismos una vez que tengan conocimiento de su ilegalidad (Asunto Tamiz c. Reino Unido, TEDH 2017, párrs. 82-84).

Ello parecería dar a entender que cualquiera que vea vulnerado su derecho al respeto a la vida privada en Internet, podría obtener una indemnización por la entidad responsable o los prestadores de servicios. Sin embargo, el TEDH ha matizado esta cuestión y ha determinado que no toda intromisión en el derecho al respeto a la vida privada de un individuo requiere una indemnización, sino que hay que examinar la suficiencia o el grado de la vulneración del derecho a la reputación demandante en la red social en la que tuvo lugar la misma, siendo ello cuestión del margen de apreciación estatal para evaluar cómo darle una solución a la intromisión, no siendo dicha solución en todos los casos una indemnización (Asunto Egil Einarsson c. Islandia, TEDH 2018, párrs. 38-39).

De igual forma, el TEDH resalta la responsabilidad que tienen las empresas de la información con respecto a sus mecanismos de filtración de comentarios ofensivos en sus respectivas páginas web, debiendo éstas adoptar medidas que permitan eliminar sin demora y sin aviso a la presunta víctima, o a terceros, los comentarios claramente ilícitos (Asunto Delfi AS c. Estonia, TEDH 2013, párrs. 160-162).

Con ello, se puede observar como el TEDH avanza en ampliar esa protección que gozan los sujetos protegidos frente al abuso de la libertad de expresión, cuando se producen los hechos en la red. Conforme sigan llegando más asuntos de esta índole al TEDH, más particularidades podrá analizar y avanzar así en crear un marco protector para las particularidades de Internet que se complementa a todos los principios y criterios ya establecidos al tratar la libertad de expresión.

4.3. El discurso de odio online

En este punto se van a exponer las particularidades que son tenidas en cuenta por el TEDH para determinar si se encuentra ante un discurso de odio producido en línea.

Como se explicó anteriormente, la intencionalidad es uno de los principios centrales que emergen de la jurisprudencia internacional sobre incitación a la discriminación y la violencia. Esta intencionalidad en Internet tiene dos singularidades. Por un lado, la intención del sujeto no se limita a la difusión material o a la propia conducta de distribuirlo, sino que se extiende a su propia naturaleza incitadora o promocional del odio, la discriminación y la violencia (Teruel Lozano, 2016: 93). El autor debe querer difundir ese material y tener conocimiento efectivo del contenido del mismo.

En este sentido, el TEDH ha llegado a estudiar la difusión de mensajes a través de hipervínculos, considerando que la finalidad de esta forma de difusión es permitir a los demás usuarios navegar en una red caracterizada por la disponibilidad de una inmensa cantidad de información, no presentando los usuarios el contenido como tal y concluyendo así, que la persona que comparte hipervínculos puede no ejercer control alguno sobre el contenido del sitio web o, incluso, que se vea modificado el mismo una vez sea compartido, por lo que la responsabilidad del usuario es menor incluso que si se usaran medios tradicionales de difusión de información. Para saber si el emisor del mensaje conocía el contenido del hipervínculo, el TEDH ha establecido como criterio a tener en cuenta comprobar si el usuario aprobaba el contenido, si lo reproducía sin haberlo

aprobado, si se limitó a crear un hipervínculo al contenido sin haberlo aprobado o reproducido, si sabía o se suponía razonablemente que conocía el carácter difamatorio o ilegal del mismo y si actuó de buena fe y con la debida diligencia (Asunto Magyar Jeti Zrt c. Hungría, TEDH 2018, párrs. 73-77).

Y por otro lado, la valoración de la intención debe tener en cuenta las especificidades del medio en el que se produce la conducta, es decir, Internet y las redes sociales (Díez Bueso, 2018: 10). Por ello, la libertad de las redes y la sensación de anonimato son aspectos significativos para calificar la intención del sujeto.

El TEDH ha determinado que en las redes sociales hay varios grados de anonimato, no siendo éste un derecho absoluto, así como que las empresas que otorguen esta cualidad han de garantizar que ese anonimato sea realmente efecto, siendo incluso los intereses de los usuarios en la divulgación de sus datos superiores a los de la empresa en lo que respecta a la protección del anonimato (Asunto Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria, TEDH 2021, párrs. 75, 77, 78 y 93).

Si bien, también expresó que las empresas no pueden negarse a revelar la información de registro de los usuarios que han manifestado expresiones constitutivas de un discurso de odio, alegando secreto editorial, pues estos comentarios van dirigidos a un público general y no un periodista, no siendo éstos considerados una fuente periodística y por lo tanto no gozando de la protección que otorga el secreto editorial (Asunto Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria, TEDH 2021, párr. 71). Y ello no quiere decir que las empresas no deban de proteger a los usuarios y el anonimato, sino que la pro-

tección que se ofrece a éstos es diferente de la de una fuente periodística.

Así, se observa cómo los discursos de odio que se producen online abarcan diversas cuestiones y métodos, llegando desde la publicación de un artículo en la página web de algún medio tradicional hasta la propia existencia de los mismos en foros y redes sociales. Ello genera que el TEDH no analice únicamente el discurso de odio como concepto, sino que también, todos los aspectos que rodean al mismo conforme a los criterios y principios que se mencionaron anteriormente. La actualidad de los casos deja en evidencia que una problemática que cada día cuenta con mayores particularidades y abre nuevos frentes para el TEDH.

5. Conclusiones

Tras lo anteriormente expuesto y una vez conocido el tratamiento que lleva efectuando el TEDH al discurso de odio online para determinar cuándo una injerencia en la libertad de expresión ejercida en Internet está justificada, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones:

Primera.- Es importante la diferenciación de categorías que realiza el TEDH sobre expresiones o declaraciones que llegan a considerarse ofensivas pero que sin embargo solo cuando cumplen con una serie de requisitos llegan a sobrepasar el umbral para considerarse discurso de odio que debe de ser combatido.

Segunda.- Con respecto al papel que ejerce Internet en el discurso de odio, llega a resultar complejo analizar el verdadero alcance que pueden obtener los nuevos métodos de difusión y los nuevos frentes

que abre con respecto a la libertad de expresión.

Tercera.- El hecho de que el TEDH resalte responsabilidad a la difusión de información a través de hipervínculos, puede provocar que no se frene en la práctica el auge de estos discursos. Es una respuesta a corto plazo teniendo en cuenta, además, que una de las batallas del TEDH es también la desinformación y las *fake news* que se difunden en Internet, que como estamos viendo juegan un papel esencial en nuestras democracias.

Las personas que suelen difundir un discurso de odio en redes sociales no suelen hacerlo directamente a través de imágenes o textos propios, sino más a través de enlaces a vídeos o páginas web. Por ello, aunque ahora mismo el trato de los hipervínculos esté siendo relativamente débil, parece que la responsabilidad por la difusión de los mismos ascenderá.

Cuarta.-Las empresas de la sociedad de la información tienen un papel fundamental para frenar los discursos de odio que se reproducen online, debiendo las mismas adoptar medidas para ponerles freno sin demora y de manera eficaz, pues de lo contrario, responden sobre ellos. El hecho de que la jurisprudencia del TEDH comience a desarrollar en este sentido la responsabilidad sobre el discurso de odio online, es más trascendental de lo que pensamos, pues ello genera un efecto pedagógico sobre estas empresas, haciendo que las mismas se involucren en restringir estas manifestaciones. Al fin y al cabo son éstas la que tienen la primera toma de contacto con ellas.

Quinta.- Con respecto a las particularidades que ha establecido el TEDH para analizar el discurso de odio online, todo apunta a que avanza en una línea correc-

ta a pesar de las dificultades que supone el mismo, no ya porque Internet llega a ser un medio prácticamente ilimitado, debiendo hacer en ocasiones una valoración aproximada de su alcance o efectos, sino porque además está en constante desarrollo y evolución.

Sexta.- El TEDH a través de su interpretación del CEDH, convirtiéndolo en un instrumento vivo capaz de enfrentarse a las problemáticas y fenómenos actuales para gestar una respuesta armonizada a través de los principios que va incorporando en el tratamiento de los discursos de odio y sus contextos, refuerza la idea de encontrar una respuesta efectiva y necesaria ante el auge de este tipo de discursos a través de Internet y las redes sociales.

Séptima.- Por último recalcar que no cabe duda alguna de que nos encontramos ante un tema complejo y que es, y será, uno de los retos jurídico-sociales del siglo XXI.

6. Bibliografía

Legislación, textos normativos e institucionales.

United Nations (2022). *What is hate speech?*. United Nations. <https://www.un.org/en/hate-speech/understanding-hate-speech/what-is-hate-speech>

Comité de Ministros (2022). *Recomendación CM/REC(2022)16 del Comité de Ministros de los Estados Miembros para combatir el discurso de odio*. Portal del Consejo de Europa. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a67955

Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (2021). *Encouraging hate crime reporting – The role of law enforcement and other authorities*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/hate-crime-reporting>

Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. *Boletín Oficial del Estado*, 26, de 30 de enero de 2015, pp. 7214-7224.

Comité de Ministros (1997). *Recomendación 20 del Comité de Ministros sobre el “Discurso de Odio”*. Portal del Consejo de Europa. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *Boletín Oficial del Estado*, 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570.

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337-9343.

Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones

Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia). *Boletín Oficial del Estado*, 118, de 17 de mayo de 1969, pp. 7462-7466.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria, núm. 39378/15, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213914>

Erkizia Almandoz c. España, núm. 5869/17, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210492>

Asociación Accept y otros c. Rumanía, núm. 19237/16, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210362>

Société Éditrice de Mediapart y otros c. Francia, núm. 281/15, TEDH 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207357>

OOO Flavus y otros c. Rusia, núms. 12468/15 y otros dos, TEDH 2020. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203178>

Lilliendahl c. Islandia (Dec.), núm. 29297/18, TEDH 2020. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203199>

Magyar Jeti Zrt c. Hungría, núm. 11257/16, TEDH 2018. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-187930>

Savva Terentyev c. Rusia, núm. 10692/09, TEDH 2018. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-185802>

Egil Einarsson c. Islandia, núm. 31221/15, TEDH 2018. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184672>

M.L. y W.W. c. Alemania, núm. 65599/10, TEDH 2018. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183947>

Tamiz c. Reino Unido (Dec.), núm. 3877/14, TEDH 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178106>

Medzlis Islamske Zajednice Brcko y otros c. Bosnia y Herzegovina (GS), núm. 17224/11, TEDH 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175180>

Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy c. Finlandia (GS), núm. 931/13, TEDH 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175218>

Pihl c. Suecia (Dec.), núm. 74742/14, TEDH 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5650866-7156310>

Magyar Tartalomsgállatatók Egyesülete y Index Hu ZRT c. Hungría, núm. 22947/13, TEDH 2016. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-160314>

Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia (GS), núm. 40454/07, TEDH 2015. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158861>

Tierbefreier E.V. c. Alemania, núm. 45192/09, TEDH 2014. <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-140016>

Delfi AS c. Estonia (GS), núm. 64569/09, TEDH 2013. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-8960>

Ahmet Yildirim c. Turquía, núm. 3111/10, TEDH 2012. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115705>

Wrona c. Polonia, núm. 23119/05, TEDH 2010. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96433>

Féret c. Bélgica, núm. 15615/07, TEDH 2009. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93626>

Soulas y otros c. Francia, núm. 15948/03, TEDH 2008. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87370>

Sürek y Özdemir c. Turquía (GS), núm. 26682/95, TEDH 1999. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58278>

Referencias doctrinales

Díez Bueso, L. (2018). “La libertad de expresión en las redes sociales. Implicaciones jurídicas de los usos y comentarios efectuados a través de las redes”. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 27, pp. 5-16.

Esquivel Alonso, Y. (2016). “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 35. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5972275&orden=0&info=link>

García San José, D.I. (2000). “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”. *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, 57, pp. 13-30.

García San José, D.I. (2022). *Libertad de expresión 4.0 en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch.

García Santos, M. (2017). “El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Comillas Journal of International Relations*, 101027-046, pp. 27-46.

- Martín Herrera, D. (2014). "Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio". *Estudios de Deusto*, 62 (2), pp. 15-40.
- Presno Linera, M. (2020). "La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial". *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, pp. 65-82.
- Rollnert Liern, G. (2020). "Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional". *Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, pp. 1-14. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i31.3233>
- Teruel Lozano, G.M. (2016). *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

