Universidad de Alcalá

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO DEL ODIO EN LAS REDES SOCIALES

THE FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH IN THE SOCIAL NETWORKS

Máster Universitario en

Acceso a la Profesión de Abogado

Autora: Dª REBECA GONZÁLEZ SILLERO

Tutora: Prof. Dra. ENCARNA CARMONA CUENCA

Alcalá de Henares, a 10 de enero de 2016

ABREVIATURAS:

- **AN:** Audiencia Nacional.
- **CC:** Código Civil.
- **CDFUE:** Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- **CE:** Constitución Española.
- **CEDH:** Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- **CP:** Código Penal.
- **DDHH:** Derechos Humanos.
- **DUDH:** Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- **LGTB:** Colectivo que comprende Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales.
- **LO:** Ley Orgánica.
- **LOPJM:** Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.
- **OEA:** Organización de los Estados Americanos.
- **ONU:** Organización de las Naciones Unidas.
- **PIDCP:** Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos.
- **SAN:** Sentencia Audiencia Nacional.
- **SAP:** Sentencia Audiencia Provincial.
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- **TC:** Tribunal Constitucional.
- **TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- **TI:** Tecnologías de la Información.
- **UE:** Unión Europea.

RESUMEN:

La libertad de expresión es un derecho fundamental que todo ciudadano tiene garantizado en España. Además, la inmersión plena de nuestra sociedad en la Era de la Tecnología e Internet, nos otorga a cada uno de nosotros un efectivo mecanismo para el pleno ejercicio del mismo. Sin embargo, la sencillez y amplio alcance de pensamientos e ideas a través de la red, requiere del establecimiento de algunas normas y límites con el fin de evitar que el uso abusivo de este derecho perjudique a terceros. En el presente trabajo vamos a tratar concretamente el límite del discurso del odio, como forma de expresión perjudicial para el honor y la imagen de las personas por motivos raciales, religiosos, de inclinación sexual u otra índole social; especialmente en las redes sociales y plataformas de Internet similares, debido a que su propagación mediante estas fórmulas pueden tener alcance universal, y por tanto, un perjuicio mayor que mediante otras vías.

ABSTRACT:

The freedom of expression is a fundamental right that all citizens guaranteed in Spain. Besides, the full adjustment in the age of the technology and the information in our society, give us an effective mechanism grants us to each of us for the full exercise of the same one. However, the simplicity and wide scope of thoughts and ideas via Internet, needs needs the creation of laws and limits to avoid the improper use of this right to the detriment of other persons. In this text, we are going to treat concretely the limit of hate speech, as expression harmful to the honor and the image of others, for racial, religious, sexual inclination, or another social reason; specially in the social networks, due to his disclousure in this web sites can reach universal scope, more that differents instruments.

INDICE:

1. INTRODUCCIÓN.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

   2.1. Regulación.
   2.2. Concepto.
   2.3. Límites.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET.

   3.1. Introducción. La web versión 1.0, 2.0 y 3.0.
   3.2. Las redes sociales: Concepto y tipos.
      a) *Twitter*.
      b) *Facebook*.
      c) *Youtube*.
   3.3. Derecho de acceso a Internet. Garantía de efectividad de derechos de información y libertad de expresión.

4. EL DISCURSO DEL ODIO.

   4.1. Concepto
   4.2. El discurso del odio y la intolerancia a distintos colectivos.

      4.2.1. El discurso del odio en el ámbito religioso.
         a) Antisemitismo
         b) Islamofobia
      4.2.2. El discurso del odio en virtud de la condición sexual.
      4.2.3. El discurso del odio por cuestiones étnicas y raciales.
      4.2.4. El discurso del odio en el ámbito ideológico.

   4.3. Supuestos de especial protección: En virtud de la personalidad y las circunstancias.

      4.3.1. Honor, intimidad e imagen de minorías.
      4.3.2. Honor, intimidad e imagen de menores de edad.
      4.3.3. Honor, intimidad e imagen de las Instituciones Públicas o a sus miembros:
         a) Personas jurídicas, Instituciones y Asociaciones.
         b) El Gobierno.
         c) El Poder Judicial.
         d) Las fuerzas de seguridad.
         e) Representantes políticos.
         f) Funcionarios públicos.
      4.3.4. Honor, intimidad e imagen de personajes famosos.

4.3.5. Consideraciones generales.

4.4. Regulación internacional e interna.
4.5. El discurso del odio. Jurisprudencia TEDH y TC. Diferencias.

5. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO DEL ODIO EN LAS REDES SOCIALES.

5.1. Medidas de garantía de la "Ciberseguridad".
a) Convenio sobre Ciberdelincuencia.
b) Código de Conducta de las Empresas TI y la Comisión Europea.
c) La Ley de Protección de Seguridad Ciudadana y la reforma del Código Penal de 2015.

5.1.1. Consideraciones generales.

5.2. Jurisprudencia: Discurso del odio en las redes sociales.
5.3. Ventajas e inconvenientes de las redes sociales.

6. CONCLUSIONES FINALES.

7. BIBLIOGRAFÍA.

“LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO DEL ODIO EN LAS REDES SOCIALES”.

1. INTRODUCCIÓN.

La libertad de expresión en España al igual que los demás derechos y libertades que en la actualidad gozan de la especial consideración de “fundamental”, se encuentran reguladas en la Constitución española de 1978 (de ahora en adelante CE) con influencia de internacional, y de Europa, especialmente tras su adhesión al Consejo de Europa[1] en 1977 y la entrada en la UE el 1 de enero de 1986[2], con posterioridad a la larga dictadura franquista. Esto es el resultado de siglos de experiencia de constitucionalismo español y europeo[3], ya que tras estos derechos y garantías de los que a día de hoy disponemos, hay una gran polémica histórica que en ocasiones sale a relucir en nuestros días.

En primer lugar, consideramos pertinente abordar el presente tema, delimitando el concepto y naturaleza jurídica de la libertad de expresión para, posteriormente, aplicarlo a la problemática que nos ocupa: El discurso del odio, uno de los escasos límites de este derecho prácticamente absoluto, en el uso de redes sociales, como instrumento en auge que facilita el ejercicio de este derecho, incluso de manera abusiva. El discurso del odio como acción discriminatoria se encuentra en pleno auge en nuestros días, derivado de diversos conflictos sociológicos con orígenes históricos, religiosos o culturales, y agravado por el surgimiento de las redes sociales y otros medios de comunicación de fácil acceso, que posibilitan la divulgación de pensamientos y comentarios de manera sencilla y rápida. Esta “revolución digital” que permite el ejercicio global de la libertad de expresión, proporciona una poderosa herramienta que garantiza de manera eficiente los derechos de la libertad de expresión e información; hasta el punto en el que a día de hoy se considera que aquel ciudadano que no tenga acceso a internet de manera regular, puede verse en situación de marginalidad. Esto da lugar a otros de los puntos que comentaremos, como la cuestión existente a día de hoy de, si el derecho de acceso a Internet debería

[1] El día 5 de mayo de 1949 se aprobó en Londres el Estatuto del Consejo de Europa, lo que supuso la creación de este órgano. Dicha constitución se otorgó por diez Estados: Bélgica, Dinamarca, Francia, Países Bajos, Luxemburgo, República de Irlanda, Italia, Noruega, Suecia y Reino Unido. En la actualidad forman parte 47 países.

[2] A través del Instrumento de Ratificación del Tratado de Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica. (Publicado en el BOE el 1 de enero de 1986).

[3] PEREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons. Madrid, 2014 pág. 196.

salvaguardarse de manera especial por el Estado, debido a su vinculación directa con derechos fundamentales.

Vamos a analizar también, diversas situaciones que han derivado de un uso abusivo de estos derechos en las redes sociales, provocando situaciones que, en algunas ocasiones, han repercutido gravemente en la sociedad. Esto da lugar a más debate, en relación a la regulación de Internet y su delimitación, cuestiones de gran entramado debido a la alusión directa a derechos fundamentales.

Partiendo de estas premisas, nos disponemos a desarrollar el presente trabajo, analizando los conceptos relevantes en profundidad, los casos más polémicos y su evaluación histórica, con el fin de entender la gran influencia que ha tenido la aparición de las redes sociales en materia de propagación del discurso del odio mediante la extralimitación de individuos en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Comentaremos también las medidas internaciones e internas que se han acordado para intentar paliar los efectos negativos que suponen las redes sociales en la sociedad, para intentar hacernos una idea propia de la dificultad de esta tarea y algunos puntos conflictivos en su aplicación.

Además, queremos mostrar al lector como las redes sociales pueden llegar a ser un instrumento de gran poder al alcance de cualquiera, sin que el ciudadano medio sea plenamente consciente de ello. Hemos de darnos cuenta de que, a través de las redes sociales, cualquiera de nosotros tiene la potestad de hacer públicos distintos contenidos cuyo alcance puede ser universal, de manera rápida y sencilla. Esta facultad, no hace tantos años atrás, se encontraba en manos de unos pocos, en general, profesionales o personas con un mínimo de formación en la materia, y por lo tanto conocían sus límites y consecuencias en caso de hacer un uso irresponsable de este "privilegio". Hoy en día, la capacidad de divulgación y trasmisión de contenidos, se encuentra en manos de todos, y un mal uso de este derecho ya sea por ignorancia o verdadera mala fe, puede conllevar graves perjuicios para el bienestar social en un Estado democrático.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

2.1. Regulación.

Esta libertad considerada como pilar fundamental en los cimientos de nuestra democracia, constituye un derecho inherente al valor superior del pluralismo político que consagra el art. 1.1 de nuestra Constitución. La encontramos regulada en el artículo 20 de la CE, que se concreta citando la difusión de pensamientos e ideas; libertad de creación y producción artística, científica y técnica; y la libertad de cátedra y comunicación de información veraz mediante cualquier medio. De este precepto que recoge cuatro derechos conexos, podemos dilucidar la garantía de la comunicación pública libre[4], dando lugar a una de las bases fundamentales del *status libertatis*[5] del individuo en la sociedad a raíz de la promulgación de nuestra CE actual.

La Carta Magna, no es el único texto que vincula a nuestro Ordenamiento Jurídico a salvaguardar las libertades y derechos fundamentales, ya que éstas podemos encontrarlas también en textos internacionales, que no suponen una simple regulación en paralelo a la CE, sino que más adecuadamente se podría decir que suponen un ejemplo a seguir por nuestro régimen interno. Esto se debe a que estos conceptos se interpretarán de conformidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros Tratados Internacionales, como bien establece el artículo 10.2 CE, puesto que estos marcan un precedente debido a su ratificación por España con posterioridad a su creación, (La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone esto de manifiesto en numerosas ocasiones con sus continuas remisiones al Tribunal Europeo de Derechos Humanos[6] de 20 de abril de 1959 [TEDH][7]). De ahí que debamos hacer referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma el 4 de diciembre de 1950[8] (En adelante, CEDH) que

[4] Ibídem, pág. 318.
[5] CATALÁ I BAS, ALEXANDRE H., *Libertad de expresión e información: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción por el Tribunal Constitucional hacia un Derecho europeo de los Derechos Humanos* Revista General de Derecho. Nº 156 Valencia, 2001. Págs. 75 y siguientes.
[6] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), es el órgano jurisdiccional de carácter permanente creado por el Consejo de Europa para velar por el cumplimiento de los derechos recogidos en el CEDH. Se regula en el mismo Convenio en el Título II, artículos desde 19 a 51. Tiene carácter internacional y subsidiario, por tanto, los Estados miembros y sus ciudadanos pueden acceder a él en igualdad de condiciones si procediera.
[7] Ibídem, págs. 393 y ss. Sentencias del TC en remisión al TEDH son algunas como la STEDH *Lingens* de 8 de julio de 1986, la STEDH *Handyside* de 7 de diciembre de 1986, entre otras.

[8]Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de

regula igualmente la libertad de expresión en el artículo 10 CEDH; en primer lugar reconociendo la libertad en líneas generales y concretando tres de sus manifestaciones: Libre opinión, transmisión y recepción de información. En segundo lugar, que el ejercicio de dichas libertades entrañan deberes y responsabilidades, además de enumerar una serie de límites con carácter genérico difícilmente delimitables en la práctica; seguridad nacional, integridad territorial, defensa del orden, prevención del delito, protección de la salud y la moral, protección de la reputación y derechos ajenos, impedimento de divulgación de informaciones confidenciales y para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Vemos que en este precepto del CEDH, aunque se hace una descripción más detallada que en su definición en nuestra CE, da lugar de igual manera, a distintas interpretaciones en virtud de la ambigüedad en la definición del concepto y sus limitaciones, siendo este el motivo de la complejidad de la materia, que deberá analizarse conforme al contexto y circunstancia especifica.

Otro texto relevante en el marco europeo en el que se contiene el reconocimiento de la libertad de expresión es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), llevada a cabo por el Parlamento Europeo, Consejo y Comisión de la Unión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza, cuya revisión del día 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la sustituye desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa[9] el 1 de diciembre de 2009. Desde entonces, como bien establece el Tratado de Lisboa, tiene carácter jurídicamente vinculante a todos los Estados miembros. En ella se recogen una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales; elevados a fundamentales para los ciudadanos y residentes de la UE. El derecho a la libertad de expresión se recoge expresamente el su art. 11;

> "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este 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.
>
> 3. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo."

En el caso de España, con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ya se previó que los derechos y libertades fundamentales de nuestra CE se interpretarían

1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (En vigor desde 26 de mayo de 1999).

[9]Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Aprobada en Bruselas por el Parlamento europeo, la Comisión y el Consejo de la Unión Europea. En vigor desde el día 1 de diciembre de 2009.

conforme a esta Carta, según lo dispuesto en Ley Orgánica, de 30 de julio de 2007[10]; que en su art. 2 establecía lo siguiente:

"A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007."

En último lugar, cabe mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos[11] (DUDH) de 10 de diciembre de 1948 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[12] (PIDCP), en vigor desde el 23 de marzo de 1976; de ámbito internacional. Ambos textos, se encuentran comprendidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, emanada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Por su parte, la aprobación de la DUDH, supuso un acto histórico mediante el cual, representantes de países de todo el mundo pretendieron establecer unos principios comunes de garantía de derechos humanos. Este texto, aunque no tiene carácter vinculante, ostenta de gran importancia en el derecho internacional, ya que, su amplia y generalizada aceptación, le otorga en la práctica la consideración de derecho consuetudinario, sirviendo así de base en materia de principios básicos del individuo. En este texto, encontramos regulada la libertad de expresión en el art. 19:

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye 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."

[10] Ley Orgánica, de 30 de julio de 2007, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa**,** por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

[11]Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 en París por la Asamblea General. Se define como "Un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse". Información disponible en http://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml (Consultado 21 de diciembre de 2016)

[12] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consensuado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Se creó a raíz del manifiesto de la DUDH, para convertir un "mero texto" declarativo, en un Tratado multilateral de carácter vinculante para los firmantes.

Dicha libertad se establece sin más limitaciones que las establecidas en el art. 29, en las que se encuentran los derechos y libertades de terceros, orden público, bienestar democrático y principios de las Naciones Unidas.

El texto del PIDCP supuso junto al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (con menor importancia con respecto al tema que estamos tratando), la materialización de los principios reconocidos en la DUDH en Tratados Internacionales, con verdadero carácter vinculante. Este pacto ha sido ratificado por 167 países en todo el mundo, apareciendo así la necesidad de creación del Comité de Derechos Humanos; como órgano encargado de la supervisión y la efectiva aplicación del PIDCP. En este Comité, 18 expertos independientes solicitan a los Estados parte, informes periódicos referidos al ejercicio de los derechos en cada uno de ellos, y tras su examen, el Comité hace manifestación de sus "observaciones finales" con recomendaciones a cada uno de los Estados. La libertad de expresión, aparece regulada en el art. 19 del PIDCP;

> "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."

En el art. 20 del PIDCP se establecen limitaciones a la libertad de expresión, más concretas que en lo contemplado en el DUDH, cuyos límites se establecen a todas las libertades y derechos reconocidos y a partir de lo cual se debe hacer una deducción. Las limitaciones establecidas por el pacto se refieren a la apología al odio, a la guerra o violencia y discriminación.

> "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."

Se observa que este texto establece expresamente la limitación que vamos a tratar en nuestro trabajo; "El discurso del odio", en el que profundizaremos más adelante.

2.2. Concepto.

Con la finalidad de conceptualizar el derecho reconocido con la libertad de expresión, es imprescindible realizar en paralelo una definición de la libertad de información y hacer una distinción de ambas[13], ya que, aunque podríamos considerar que la libertad de información es una concreción de aquella, no en todo caso son fácilmente distinguibles. De hecho, esta diferenciación requiere hacerse siempre que nos hallemos en una situación asumible en uno de estos dos conceptos antes de entrar en el fondo, para posteriormente hacer una calificación del ámbito de acción y limitación de cada una. Nuestros Tribunales en todo caso esclarecen en primer lugar si los hechos juzgados se enmarcan en uno u otro con anterioridad a hacer una valoración.

Por un lado, la libertad de expresión conlleva un matiz subjetivo y por ello, es más amplia que la libertad de información que debe ceñirse a unos hechos y a unos parámetros mínimos de neutralidad. Como bien respalda el Tribunal Constitucional en su STC 51/1989, de 22 de febrero[14], la libertad de expresión al contemplar la capacidad de crítica, garantiza al sujeto emisor la libre difusión de ideas y opiniones sin los límites adheridos a la libertad de información de veracidad e interés público;

> "La libertad de información versa sobre hechos, que pueden y deben someterse al contraste de su autenticidad, en tanto que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos, que no se prestan a una demostración de su exactitud, y que, por lo mismo, dotan a aquélla de un contenido legitimador más amplio". (F.J. 2 párf. 2º)

El precepto constitucional exige a la libertad de información, veracidad[15] en la difusión de información (acción *exceptio veritatis*[16]), es decir, que el sujeto informante actúe de manera diligente contrastando los datos previamente a su difusión, ya que hemos de tener en cuenta que el derecho de información no pretende salvaguardar únicamente

[13]El Tribunal Constitucional sienta las bases de esta diferenciación en las STC 6/1988 de 21 de enero y STC 107/1988 de 8 de junio.

[14] STC 51/1989, de 22 de febrero. Fundamento jurídico nº 2.

[15]Aunque esa imparcialidad no se imponga estrictamente, siempre se admite un margen a la subjetividad pero en base a unos hechos objetivos y fundamentados.

[16]Este concepto aplicable sigue los planteamientos de la jurisprudencia norteamericana, de manera que es entendida como la actitud del comunicador hacia la verdad (con conocimiento de que el mensaje era falso o si por el contrario, actúa de buena fe en base a una verdad subjetiva). Véase BUSTOS GISBERT. R. *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014. Págs. 473 y ss.

el derecho del emisor, sino que también protege el interés público a recibir información verídica, como pieza esencial de la garantía de formación de una opinión pública libre en un Estado democrático. Estos hechos derivan de la lógica de que mediante la libertad de expresión manifestamos "juicios de valor"[17], mientras que a través de la libertad de información lo que transmitimos son "hechos", que aunque puedan incluir un matiz subjetivo a consecuencia del punto de vista del emisor, hay una gran parte objetiva en la descripción de los hechos a los que debe ceñirse el transmisor; de ahí la obligación de los profesionales de las comunicaciones a contrastar las noticias para evitar la difusión de falsedades y bulos. A raíz de esto, resulta interesante señalar algo que comentaremos más adelante en mayor profundidad ya que guarda relación con la tesis que vamos a estudiar, y es una de las disimilitudes más importantes entre el ejercicio de ambas libertades, y es que el derecho de información se ejerce con habitualidad por profesionales de la información, que por regla general, conocen las pautas de su profesión así como sus restricciones, hecho que no sucede en todo caso por aquellos que ejercen su libertad de expresión.[18] Otra diferencia reseñable entre los informantes en el ejercicio de la libertad de información frente a cualquier sujeto ejerciendo su libertad de expresión, la hallamos en que en el caso de que los primeros cometan el error de faltar a la verdad en alguna de sus publicaciones sobre algún hecho objetivo. En este caso, las personas perjudicadas por la información, tendrán el derecho de exigir la rectificación de la misma. Este derecho, desarrollado por la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de mayo con vigencia desde el 16 de abril de 1984 evidencia otra de las restricciones a las que no se encuentran sujetos aquellos que ejercen la libertad de expresión; el deber de rectificación en cuanto el aludido ejercite su derecho.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos confirmar lo comentado, que dentro del contexto de esta temática, conviene hacer una definición de "libertad de expresión" haciendo referencia a la libertad de información, ya que además de suponer en ocasiones una ardua tarea su delimitación, son libertades que tienen un estrecho vínculo y se necesitan la una a la otra, como si de dos engranajes se trataran y en su actuación conjunta

[17] Como bien afirma DÍEZ-PICAZO, L. "Las opiniones o juicios de valor pueden ser razonables o irrazonables, inteligentes o estúpidos, oportunos o inoportunos, etc; pero al no tratarse de hechos, no pueden ser jamás verdaderos o falsos." *Sistema de Derechos Fundamentales,* Civitas, Pamplona 2013. Pág. 315.
[18] Y por tanto, al carecer de esa formación hay más probabilidades de exceder los límites. Este punto lo comentaremos más adelante.

permitieran el funcionamiento de una "gran máquina" que en este caso sería el Estado democrático[19].

En conclusión, podemos afirmar que la libertad de expresión, consistiría en la libertad de difusión por cualquier medio de ideas, opiniones o creencias con valor subjetivo sin más límites que la vulneración de otros derechos fundamentales de terceras personas o grupos, y la salvaguarda de un Estado democrático.

2.3. **Límites.**

Partiendo de la base de las conclusiones obtenidas en el punto anterior, la problemática que subyace del reconocimiento de este derecho, es su confrontación con otros derechos fundamentales como por ejemplo los derechos al honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen; todos ellos recogidos en los arts. 18.1 CE, 20.4 CE, - En especial, la vida privada y la protección de la juventud - 8 CEDH 1 y 7 CDFUE, 12 DUDH y 17 PIDCP, además de límites ya establecidos por ley como hemos mencionado en apartados anteriores (orden público, democracia o seguridad nacional entre otras; art. 10.2 CEDH). La libertad de expresión, a pesar de su carácter fundamental, no es un derecho de carácter absoluto, puesto que su coexistencia con estos derechos en análoga situación de especial protección, restringen su alcance. Bien es cierto, que la doctrina del TEDH le viene otorgando un amplio margen en el que, en la práctica, extraño es el caso en el que el derecho al honor y la intimidad prevalece frente a la libertad de expresión. Sin embargo, esta no es una regla exacta ni hay establecida una delimitación elemental con aplicación directa a casos específicos, al contrario de esto, en cada caso concreto deberá hacerse una valoración para finalmente considerar si la idea u opinión difundida se encuentra amparada, o por el contrario, extralimita la protección consagrada por el derecho recogido en el art. 20 CE.

Como ya hemos comentado, la libertad de expresión tiene un amplio campo de actuación, y en la idea respaldada por el Tribunal Constitucional de amparo al desarrollo libre de comunicación pública y juicios de valor, se deduce en posteriores sentencias que;

[19] Véase SSTC 6/1981 de 16 de marzo, o 85/1992 de 8 de junio.

"Abarca la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática."[20]

En la misma línea, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde un primer momento siempre ha amparado este pensamiento, como en su STEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, en el que afirma:

"La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2, son válidas no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también aquellas que chocan, inquieta u ofenden al Estado o a una parte de su población. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia, y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática." (párf. 49)

Esto no supone, que dichas manifestaciones inoportunas y/o políticamente incorrectas no supongan objeto de rechazo o reprobación conforme a la opinión de sectores más o menos cuantiosos dentro de la sociedad, únicamente supone la no criminalización de estas conductas si se practican de manera pacífica sin ocasionar perjuicios de extrema gravedad. De igual modo que tampoco supone que exista el "derecho al insulto" de manera gratuita e innecesaria, y con el simple ánimo de descalificar al aludido. De estas declaraciones en relación con lo establecido en el preámbulo de la CE, se desprende el objetivo de garantizar una convivencia democrática, mediante la libertad del individuo, el diálogo y las relaciones pacíficas entre ciudadanos; sin ánimo de censurar o limitar derechos y libertades fundamentales sin motivo fundado y grave. A consecuencia de ello, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni el Tribunal Constitucional, coartan el derecho a la libertad de expresión en todo caso por el mero hecho de que haya un ofendido, sin distinción de que el mismo sea persona física o jurídica, grupo o sujeto individualizado con carácter público o privado, o aunque el manifiesto fuere en contra del propio Estado democrático.

A pesar de que conforme a esto, se pueda considerar que estamos tratando un derecho prácticamente ilimitado, como bien indicamos en el título de este apartado; hay límites que restringen la práctica de esta libertad, aunque, salvaguardando la tolerancia y la convivencia en nuestra sociedad democrática, se procure aplicar en la mínima medida con el fin de garantizar precisamente aquello que se busca proteger mediante la concesión

[20] STC 177/2015 de 22 de julio de 2015. Fundamento Jurídico nº 2 aptdo. b.

de derechos como el presente: La convivencia tolerante en una sociedad democrática, libre y plural.

Uno de los límites destacados de la libertad de expresión es el "discurso del odio"[21],cuyo uso se puede llevar a cabo mediante la utilización abusiva del derecho[22] a la libertad de expresión. Este tipo de expresión es definida por el Consejo de Europa como;

"Aquel que cubre todas las formas de expresión que extiendan, incitan, promuevan o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier forma de odio basada en la intolerancia"[23]

o, en su misma línea, la Recomendación número 7 de la Comisión Europea contra el racismo, identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que intencionadamente difundidas impliquen una incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, así como insultos o difamaciones públicas contra personas o grupos por razón de raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico.

Otro de los límites, son el de la provocación a la violencia, que bien podría ser la puesta en práctica de lo manifestado por la libertad de expresión, extralimitándose así de meras declaraciones más o menos ofensivas. Naturalmente, es por ello que dichas actuaciones no se encuentran amparadas en los artículos reguladores de este derecho, puesto que se exterioriza el odio más allá de una ideología u opinión. Como bien expresa la Magistrada Dª. Adela Asua Batarrita en su voto particular en la STC 177/2015, de 22 de julio de 2015 "…en sí misma, es incompatible con el significado del derecho. La violencia vehicula un mensaje, sin duda, que de inmediato queda descalificado como ejercicio del derecho fundamental, como también se descalifica un discurso acompañado de actos de violencia o de provocación de un riesgo inminente para la seguridad de personas o cosas, o de una amenaza verosímil."

Teniendo en cuenta todo lo anterior, observamos como límites esenciales de la libertad de expresión el orden público, el bienestar en un Estado democrático, y la seguridad nacional. Estos límites, se pueden considerar evidentes y su explicación no requiere de gran explicación. Aun así, estos límites podemos incluirlos en el ya citado "discurso del odio", que añade además la incitación al odio y a la violencia contra colectivos o personas individuales en razón de raza, religión, sexo o cultura.

[21] Concepto que abordaremos más adelante en mayor profundidad.
[22] El art. 17 CEDH establece la prohibición del abuso de los derechos recogidos en el Convenio, entre ellos, la libertad de expresión, con el objeto de preservar el régimen democrático.
[23] Recomendación nº 97 (20) adoptada por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET.

3.1. Introducción. La web versión 1.0, 2.0 y 3.0[24].

Es evidente que a día de hoy, Internet supone una herramienta de gran envergadura que sirve de un gran apoyo altamente eficaz para el ejercicio de derechos y libertades fundamentales como es la de información y expresión. En el presente trabajo, vamos a tratar de profundizar en el análisis y la relación directa entre la aparición de las redes sociales y la prácticamente absoluta libertad del individuo de ejercer la libertad de expresión.

Antes de conceptualizar y analizar las emergentes redes sociales, se requiere hacer una mención previa a la evolución de la *"world wide web",* haciendo mayor hincapié en la web 2.0 por su importancia en el impulso de la aparición de las redes sociales y otras dinámicas de interacción social e informativa, que, a día de hoy facilitan la garantía efectiva de todo ciudadano al ejercicio a la libertad de expresión e información.

Inicialmente, Internet era un punto de acceso unilateral a la información[25], que permitía a los usuarios la obtención de información en calidad de mero espectador. Este modo de uso de Internet fue denominado como "web 1.0", cuando tras múltiples avances y mejoras tecnológicas apareció la versión "web 2.0", con el fin de diferenciar ambas modalidades cuyas distinciones eran más que notorias. La configuración de Internet en el primer caso, consistía en la visión de contenidos de forma unidireccional[26] con la imposibilidad de interacción entre sujetos a través de la comunidad virtual. Además, la actualización de contenidos era puntual y lenta debido a la dificultad que ello suponía entonces. La evolución de esta herramienta virtual, fue significativa y dio lugar a lo que hoy conocemos como la web 2.0., expresión acuñada por Tim O'Reilly, ya que la consideró pertinente para la designación de "un nuevo concepto" innovador en materia

[24] AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J, *Aspectos legales de las Redes Sociales.* Bosch. Barcelona, 2016. págs. 17 y ss.
[25] AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J, *Aspectos legales de las Redes Sociales.* Colección práctica jurídica. Primera Edición, Barcelona. Enero de 2016. págs. 17 y ss.
[26] Como indica CAMISER, S; "unos hablaban y otros oían. No había comunicación alguna". Véase artículo *Las características de la web 1.0, 2.0, 3.0 y su influencia en el marketing.* Disponible en http://marketing-21.blogspot.com.es/2011/10/las-caracteristicas-de-la-web-10-20-y.html. Visitado con fecha 12 de diciembre 2016.

web. Es a partir de entonces cuando Internet se convierte en una comunidad social virtual, cuyos contenidos se plasman de manera multilateral y en la que el usuario pasa a tener una mayor relevancia en la cooperación y aportación informativa en el desarrollo de los sitios web. Este movimiento dio lugar a la aparición de portales sociales, posibilidades de creación de blogs u otros instrumentos que permiten la publicación y la edición de espacios enfocados a cualquier tipo de temática, en toda clase de formatos; videos, imágenes, sonido, textos, además de suponer un notable avance en la interconexión entre usuarios, dando lugar a la posibilidad de comunicarse a tiempo real, a personas localizadas en puntos opuestos del planeta. Así es por tanto, como se reagrupan distintos colectivos en torno a una materia, por vinculación social o laboral, formándose comunidades de usuarios en torno a la red. Es en este contexto en el que surgen las redes sociales. Como apunte, no hemos de dar por finalizado el apartado sin hacer mención de la web 3.0, cuya existencia nace de forma paralela a la web 2.0, aunque su acepción tiene menor repercusión mediática, ya que se caracteriza de un mayor uso en los entornos profesionales. Esta designación se utiliza para hacer referencia a un tipo de extensión del formato web 2.0, aludiendo al manejo de bases de datos, a la dirección encauzada hacia la visión 3D y otras tecnologías emergentes en materia de manipulación de datos en un plano tecnológico en constante avance.

3.2. Redes sociales: Concepto y tipos.

Las redes sociales surgen a raíz de lo que hemos tratado en el apartado anterior, mediante el desarrollo y asunción del sistema web 2.0, en el que la capacidad de interacción entre usuarios se dispone esencial en nuestros días. Esto se plasma en la aparición de diversas plataformas de Internet que tienen como finalidad establecer conexiones entre individuos por diversos criterios que pueden ser profesionales, de parentesco, de amistad[27]… etc. No son pocos los autores que han intentado hacer una definición de este concepto, y aunque aún no hay un concepto homogéneo, según el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de Información (ONTSI)[28], la mayoría de los expertos coinciden en que una red social es "un sitio en la

[27] Véase KADUSHIN, C., *Comprender las redes sociales. Teorías, conceptos y hallazgos.* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid 2013. Págs. 11 y ss

[28] Órgano adscrito a la entidad pública empresarial Red.es, cuyo principal objetivo es el seguimiento y el análisis del sector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

red cuya finalidad es permitir a los usuarios relacionarse, comunicarse, compartir contenido y crear comunidades", o como una herramienta de "democratización de la información que transforma a las personas en receptores y en productores de contenidos"[29].

Existe una amplia diversidad en opciones de redes, entre las que se encuentran aquellas con las que compartir experiencias personales mediante fotos o reflexiones (*Facebook, Tuenti, Instagram*), otras con el fin de poner en contacto a empresas y empleados en vistas a posibles relaciones profesionales (*LinkedIn, Infojobs*), otras para la búsqueda de pareja o amistad (*Tinder, Badoo, Meetic*), otras con el fin de compartir ideas y conocer toda la actualidad al minuto (*Twitter*), y un largo etcétera.

En este tipo de redes, a pesar de las innumerables diferencias que puede haber entre ellas, existen factores comunes. El funcionamiento de las mismas requiere el registro de los usuarios mediante identificación personal a través de la cual relacionarse con otros usuarios registrados con intereses análogos que dependerán del tipo de red.

Obviando las plataformas que se alejan de la dinámica de compartir opiniones o reflexiones, vamos a centrar nuestro análisis en aquellas redes sociales en las que se facilita la divulgación de todo tipo de ideas sin prácticamente limitaciones, puesto que son las que ostentan especial transcendencia en el tema que nos ocupa. Y es que estas redes sociales se han convertido en un relevante instrumento de participación democrática plural y social de cualquier individuo, llegando a generar gran interés general[30], ya que, actualmente, es sencillo conocer y dar a conocer múltiples puntos de vista de cualquier tema de actualidad de manera cercana y rápida con tan sólo acceder a una de estas redes e investigar en cualquier tema de interés.

Es por ello que este fenómeno tecnológico supone una verdadera revolución en el marco de la información y la sociedad en general, dando voz a la ciudadanía que hace pocos años atrás se situaba como mera receptora de la información de los medios de comunicación.

Debido a la imposibilidad de profundizar en todas las redes sociales que permiten la publicación de ideas y reflexiones, vamos a limitarnos a realizar un análisis de algunas

[29] Disponible en http://www.ontsi.red.es/ontsi/es/estudios-informes/estudio-sobre-el-conocimiento-y-uso-de-las-redes-sociales-en-espa%C3%B1 de diciembre de 2011. (Visitado con fecha 13 de diciembre de 2016)

[30]GONZÁLEZ DE LA GARZA, L.M. *Redes Sociales, Instrumentos de participación democrática. Análisis de las tecnologías implicadas y nuevas tendencias.* Dykinson, Madrid 2015. Pág. 11.

de las más conocidas; *Facebook*, *Twitter* y *Youtube*, las cuales tienen un gran impacto social, ya que han servido de instrumento de movilización de masas en algunas situaciones (Huelgas generales, movimiento 15-M) o, en casos episodios polémicos en relación con la extralimitación y abuso de derecho de la libertad de expresión como puede ser a través del discurso del odio.

Twitter

Twitter[31], es una red social impulsada en 2006 con la idea inicial de crear "Una forma divertida de comunicación entre familia y amigos" según Evan Williams; creador y diseñador de Twitter. Sin embargo, a día de hoy es mucho más, es una herramienta con gran impacto social[32] y líder manifiesto de servicio de *microblogging*[33], cuyo objeto como bien afirma la misma red es "Darle a todos el poder de generar y compartir ideas e información al instante y sin obstáculos". Destacamos de ello que, Twitter tiene como prioridad otorgar a sus usuarios la posibilidad de expresarse "sin obstáculos", principio que *a priori*, anhela intenciones lícitas de garantizar el derecho fundamental de la libertad de expresión a través de la plataforma. Sin embargo, es precisamente esta premisa la que da lugar al abuso que numerosos usuarios hacen de este derecho, divulgando mediante la red social, ideas y discursos que en ocasiones extralimitan lo meramente ofensivo.

La utilización de esta red social, solicita que el usuario se registre con su nombre o pseudónimo, escoja foto de perfil y publique una breve biografía. Esto permite que cada usuario decida llevar su cuenta y publicaciones en nombre propio o de manera "anónima" bajo el nombre y fotografía ficticia. A partir de su registro, el usuario tendrá la opción de "seguir" las cuentas que sean de su interés (por aficiones, ideología, pertenencia al mismo entorno, admiración), entre los que se pueden encontrar ciudadanos de a pie y personajes mediáticos. El usuario además, tiene la opción de privatizar su cuenta, limitando la publicidad de sus *tweets* a sus seguidores; sin embargo, por regla general, las cuentas de *Twitter* suelen ser públicas, y ello da la posibilidad de que el alcance de cada reflexión

[31] La elección del nombre de esta red social no es aleatoria, "Twitter" significa en inglés; "Pronunciación corta de sonidos sucesivos como un pájaro" o "Hablar de forma ligera y rápida", concepto que resultaba idóneo para describir la funcionalidad de esta plataforma social, con la publicación de textos de máximo 140 caracteres denominados "Tweets" que a su vez conceptualizan "el cantar de los pájaros". Es por ello, que Twitter se identifica con el logo de un pájaro.

[32] Su utilización no abarca únicamente el ámbito ocioso, sino que también han tratado variados propósitos en el ámbito público, convirtiéndose en un medio de expresión y protesta.

[33] Este concepto describe un tipo de servicio que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes breves a tiempo real. En el caso concreto de Twitter, permite la publicación instantánea de mensajes con un máximo de 140 caracteres, cuyos destinatarios serán todos aquellos usuarios que sigan la cuenta emisora.

llegue a un amplio número de personas[34]; de ahí que el peligro de la divulgación de ideas influya notoriamente en la sociedad a través de esta red social. De hecho, ha llegado a cuestionarse incluso, que algunas protestas y revoluciones con gran repercusión internacional se hayan gestado a través de esta comunidad virtual, provocando que, por ejemplo, países como Egipto bloquearan esta aplicación en enero de 2011[35]. Algunos ejemplos a señalar con el fin de comprender la capacidad de impulso de estas plataformas, son algunos movimientos reaccionarios en masa, como la marcha de #NiUnaMenos en Argentina en 2016, frente a la elevada cifra de ataques violentos a mujeres en el país. Otro ejemplo en España, es la huelga general de 29 de septiembre de 2010[36], que se convirtió en uno de los temas más comentados a nivel internacional, con más de 2.500 mensajes con hashtags como #HuelgaGeneral, #YoSiVoy o en contra, #VagaGeneral, #YoCurroEl29. El famoso movimiento 15-M, de entre mayo y junio de 2011, también es un movimiento que durante el periodo de actividad, se propagó rápidamente a través de las redes sociales, a través de las cuales, los convocantes utilizaron numerosas etiquetas como #DemocraciaRealYa o #15M para hacerse ver en mayor medida.

En atención a lo expuesto, podemos observar que a día de hoy *Twitter* es una potente herramienta con una enorme influencia social en la actualidad, que, evidentemente, a través del uso adecuado y responsable de la misma, da lugar a iniciativas colectivas con enormes beneficios para la sociedad. Sin embargo, de igual manera, un mal uso de ella puede conllevar notorias consecuencias negativas contra personas, entidades, culturas, etc. Es por ello que, aunque la idea inicial de los creadores de *Twitter* de garantizar las interacciones sociales en un entorno de tolerancia y respeto hacia las opiniones de todos es admirable, podríamos considerar utópica la idea de que pueda implementarse adecuadamente sin polémica. Por tanto, tras diversos sucesos valorados por altas instancias de justicia y con evidentes perjuicios sociales, se ha llevado a cabo la determinación de ejercer un mayor control sobre las publicaciones de los usuarios, con poder de censurar ciertos *tweets* e incluso bloquear cuentas de aquellos que no respetan

[34] Por ejemplo, los "hashtags", permiten que una publicación llegue a mayor número de usuarios además de los seguidores. La introducción de un *hashtag* en un *tweet* consistiría en preceder con el símbolo de almohadilla (#) una palabra clave en una materia. De esta forma se consigue agrupar y categorizar todos los tweets que hablen de este tema destacado, apareciendo a todo aquel que realice una búsqueda mediante este término.

[35] Véase www.elmundo.es/elmundo/2011/01/25/navegante/1295988809.html. (Consultado el 16 de diciembre de 2016)

[36] Datos publicados en http://blogs.lainformacion.com/twitter-blog/2010/09/29/la-huelga-en-twitter/.

unos mínimos de conducta, especialmente en perjuicio de derechos fundamentales de terceros. Esta novedad la comentaremos en apartados próximos.

a) Facebook.

Es probable que *Facebook* sea la red social más popular a escala internacional, y quizás la más compleja de las que vamos a tratar, en función de las múltiples facultades de permite la aplicación. Fue creada por el conocido Marck Zuckerberg con la idea originaria de albergar un espacio para estudiantes en el seno de la Universidad de Harvard, mediante la cual unificar los anuarios de la universidad (En inglés "Facebook", de ahí su designación) conectar y crear vínculos entre compañeros. Sin embargo, desde su creación esta red social experimentó un notable crecimiento, más allá de lo imaginado en sus inicios, constando a día de hoy de más de 1.150 millones de usuarios activos en todo el mundo[37].

La utilización de esta red social conlleva el registro mediante identificación personal, que debe completarse con unos datos mínimos, y cuya información podrá ser ampliada al gusto del usuario (Se podrá añadir información de lugar de residencia, centro de estudios y/o trabajo, estado civil, vínculos familiares, aficiones, etc). Una vez registrado, *Facebook* ofrece múltiples posibilidades al usuario; como conectar con amigos y conocidos, explorar y seguir páginas de temas de interés, seguir la actualidad al minuto, compartir y comentar fotografías, videos y textos[38]… etc. Cierto es que, esta red social no prevé de manera expresa y prioritaria la difusión de opiniones e ideas como ocurre en *Twitter*, sin embargo, es una más de las facultades que posibilita esta aplicación, por tanto, no por ello supone menos que genere menos problemas que la precitada en este ámbito.

Esta red social tiene sin duda, una gran influencia en la sociedad de nuestros días, con numerosos efectos, tanto positivos como negativos. En primer lugar, se podría considerar que lo más importante es la oportunidad de mantener más fácilmente relación

[37] Datos disponibles en wp.enciclomedios.com/?p=19822 (Consultado el día 16 de diciembre de 2016)

[38] Además, se da la posibilidad a los usuarios de comentar y opinar sobre una publicación a través de distintos botones que simbolizan diversas reacciones; "Me gusta", "Me encanta", "Me sorprende" o "Me enfada". Esta es una de las funcionalidades más características de Facebook, y hasta comienzos de este año, únicamente se podía optar por el botón "Me gusta". Debido a la posibilidad de compartir contenidos muy diferentes, los usuarios solicitaban la introducción del botón d*islike* o "No me gusta". Los administradores de la página al estudiar las sugerencias, consideraron conveniente sustituir el *dislike* por las precitadas reacciones por la connotación negativa que puede intuirse de la solicitada.

con antiguos compañeros y amigos, conocidos y familiares que residen en otras comunidades o en el extranjero, etc. Además, permite conocer información de interés actualizada a partir de nuestros gustos, organizar eventos, crear páginas para publicitar negocios y servicios, jugar… En definitiva, puede afirmarse que es una excelente herramienta de índole social y entretenimiento.

Sin embargo, la utilización inadecuada de esta aplicación también puede conllevar aspectos perjudiciales. Quizás la mayor polémica existente en esta red se remite a la privacidad. *Facebook*, es una herramienta que permite depositar todo tipo de contenidos e información que, en el caso de no ser cauto, puede dar lugar a la divulgación de datos personales y fotografías o vídeos comprometidos que de llegar a personas malintencionadas pueden suponer graves menoscabos. Para evitar este tipo de situaciones incómodas, se debe ser cuidadoso y prudente al desenvolverse en la comunidad Facebook; evitar publicar fotografías o cualquier tipo de archivo multimedia con material sensible, limitar el acceso a publicaciones a amigos y evitar aceptar a desconocidos, o prescindir de publicar información personal e innecesaria entre otras cosas.

Igualmente, otra de sus polémicas y con mayor relación al tema que nos ocupa, se constituye de la divulgación de alto alcance de materiales que enaltezcan el odio o la violencia contra grupos y colectivos determinados. Considerando, que cada usuario tenga una media de 155 amigos, una publicación de origen, puede alcanzar 155 visionados. Teniendo en cuenta que dicha publicación interese a alguno de ellos, dicha publicación puede ser compartida a su vez por el mismo, o más sencillo, comentado con otras personas del entorno. A través de este ejemplo, quizás podamos apreciar el gran poder de expansión de las redes sociales, que de manera rápida y sencilla, puede llegar a centenares de personas con tan solo un "click" desde la comodidad de nuestros hogares o a través de nuestro dispositivo móvil.

b) <u>YouTube.</u>

YouTube es una red social operativa desde mayo de 2005 que se define como un sitio web en el que "Miles de millones de usuarios encuentran, ven y comparten vídeos originales en *YouTube*. *YouTube* se ha convertido en un foro donde los usuarios pueden interactuar, obtener información e inspirar a otras personas de todo el mundo, y sirve de plataforma de distribución para creadores de contenido original y para anunciantes

grandes y pequeños"[39]. En la dinámica establecida por la propia empresa creadora de esta red social, puede llamar la atención desde un primer momento, que faculta al usuario de la posibilidad de colgar vídeos en una red a la que "miles de millones de usuarios" acceden cada día de manera sencilla y rápida. Además, destacamos también, la posibilidad de "obtener información e inspirar a otras personas de todo el mundo", de lo que podemos deducir que en principio, el usuario goza de la potestad de subir videos de cualquier tipo garantizando la posibilidad de que pueda ser inspirador para otras personas.

La utilización de esta red social puede llevarse a cabo desde dos posturas distintas: Uso pasivo, y uso activo. Por un lado, cualquier persona puede acceder a estar web en calidad de espectador, y ver todos los videos de categoría "pública" sin la necesidad de registrarse. En esta modalidad se tiene la posibilidad de realizar búsquedas de temáticas de interés (Lo más destacado en esta web son videos musicales, aunque últimamente ha habido un importante crecimiento en la búsqueda de videos de los denominados *youtubers*[40]) Por otro lado, se puede participar activamente subiendo vídeos y comentando otros publicados, sin embargo para ello si se requiere previo registro. Además, también podrá suscribirse a canales de interés para seguir las novedades. El usuario registrado con intención de subir vídeos, puede hacerlo por mera diversión; colgar vídeos de experiencias con familiares o amigos, y otros lo hacen con el fin de darse a conocer (músicos, actores, o personas carismáticas que se ganan la simpatía de sus seguidores). Para adaptar esta herramienta al interés del usuario, *YouTube* otorga la potestad de privatizar u ocultar videos, o por el contrario, subirlos con posibilidad de acceso público (opción más interesante para aquellos que desean transmitir sus contenidos a largo o corto alcance).

Como vemos, *YouTube*, al igual que *Facebook* y *Twitter*, otorga la posibilidad a cualquier persona de transmitir todo tipo de contenidos, lícitos o incluso en algunos casos, ilícitos o polémicos; cuya repercusión puede ser mayor de lo imaginado en la sociedad.

[39] Información disponible en https://www.youtube.com/yt/about/es/ (Consulta 17 de diciembre de 2016)
[40] Un "youtuber" puede ser cualquier persona que haya obtenido cierta popularidad en YouTube subiendo videos originales a esta red, alcanzando miles de visitas por cada uno. Estas personas pueden alcanzar una gran popularidad e incluso ganar grandes cantidades de dinero cumpliendo ciertos requisitos. Un ejemplo de ello, es el conocido Justin Bieber, cantante actual de éxito internacional que se dio a conocer a través de esta web. Para más información de esta figura, véase el siguiente artículo de PÉREZ SANCHEZ, A. de 3 de agosto de 2016: http://www.finanzzas.com/cuanto-paga-youtube-por-cada-visita (Consultado 17 de diciembre de 2016)

3.3. Derecho de acceso a Internet. Garantía de efectividad de derechos de información y libertad de expresión.

Todas aquellas personas con conocimientos mínimos en derecho, conocen la necesidad de realizar continuas reformas y actualizaciones en el Ordenamiento Jurídico de una sociedad a medida que ésta evoluciona. La aparición de nuevas situaciones, dificultan su previsión en normas anteriores, y ello requiere la adecuación de las mismas a estas novedades, con el fin de evitar confusión a la hora de aplicar derecho. En los derechos fundamentales previstos en nuestra CE de 1978, se garantiza la libertad de información y expresión, y ello supone que el Estado debe velar por su cumplimiento efectivo para todos los ciudadanos en igualdad de condiciones. A día de hoy, vivimos en una sociedad de información alcanzada mediante grandes avances que se han producido en esta materia en los últimos años, dando lugar a la posibilidad de acceso a información inmediata y a su vez, de compartirla y opinar al respecto. Ello se debe a la potentísima herramienta que todos conocemos: Internet. La utilización de esta plataforma se encuentra tan generalizada, y otorga tantos servicios en materia de información, que se podría considerar que el ciudadano que por diferentes motivos no pudiera acceder a Internet, "se queda atrás". De ahí deriva la siguiente cuestión; ¿Es el acceso a Internet un derecho?, por su vinculación directa a día de hoy con los dos derechos fundamentales contemplados en el precepto 20.1 CE, podría deducirse que sí, sin embargo, su no previsión expresa puede dar lugar a diferentes posturas.

Por su parte, la ONU ya se ha pronunciado en relación a esta cuestión a través de la "Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet" [41] en 2011. En este texto, aunque no tiene carácter vinculante, se establece la obligación positiva a los Estados de "promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión" (Aptdo. 6 del texto: "Acceso a Internet), y establece que la sanción de privar a un ciudadano o entidad de este derecho, debe contemplarse únicamente como medida extraordinaria, impuesta por la justicia, y siempre que no existan otras alternativas menos restrictivas.

Por otro lado, el TEDH en el *Caso Ahmet Yilidirim* contra Turquía de 18 de diciembre de 2012, declaraba que Internet es en la actualidad el principal medio para

[41] Llevada a cabo por la ONU, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y gobiernos de Europa y de África. Emitida en Budapest en 2011. Texto disponible en www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849 (Consultado el 3 de enero de 2017).

ejercer la libertad de expresión e información y por lo tanto tiene tanta importancia, que la restricción de su acceso supone una injerencia de las autoridades públicas en el derecho del interesado a la libertad de expresión e información (Aptdos. 55 y 56)

Como vemos, es palpable la amplia protección que se otorga a los derechos de la libertad de expresión e información en nuestros días, sin embargo, el abuso de éstos puede conllevar efectos contrarios a los pretendidos. Es por tanto que, aunque las limitaciones a estos derechos deban llevarse a cabo únicamente en momentos extraordinarios, deben preverse para evitar un "mal mayor", como ya hemos mencionado en apartados anteriores. Como dijimos, uno de ellos es el discurso del odio, el cual se encuentra muy presente en nuestros días a través del auge de las redes sociales en Internet.

4. EL DISCURSO DEL ODIO O *HATE SPEECH*

3.1 Concepto.

Al amparo de nuestro derecho a la libertad de expresión ya hemos comentado que se pueden difundir ideas y opiniones que, aunque puedan causar molestias a una persona, colectividad o entidad, no tienen por qué conllevar repercusión alguna si no se extralimitan unos límites. El discurso del odio sería uno de ellos y, por ende, supone un tipo de manifiesto excluido de la protección fundamental de la libertad de expresión, cuyo ejercicio consistiría en un uso abusivo de la misma. Esta difusión de pensamientos y opiniones se ha conceptualizado en diversas ocasiones, por órganos de gran relevancia como el Consejo de Europa o la Comisión Europea[42], coincidiendo en que se trata de una forma de expresión cuya pretensión no se limita a dar un punto de vista, si no que por la agresividad de sus términos provoca la incitación al odio, a la discriminación y en ocasiones, a la violencia contra los ofendidos.

Como cabe esperar, el TEDH viene considerando que la libertad de expresión del art. 10 CEDH no puede ofrecer cobertura a estas formas de expresión[43]de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados miembro a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia[44]. Otro texto a tener en cuenta es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (21 de diciembre de 1965, art. 4) en materia de prohibición del discurso del odio, junto con otros textos que mencionaremos más adelante.

3.2 El Discurso del odio y la intolerancia a distintos colectivos.

Como afirma en su definición, el discurso del odio y la exclusión siempre se dirige hacia un colectivo desde el punto de vista cultural, sexual, racial, religioso, o político. Estos hechos atienden en su mayoría a razonamientos históricos, dando lugar a un odio

[42] Definiciones señaladas en apartados anteriores de este trabajo (2.3. de Límites)
[43] Los organismos europeos han reaccionado en diversas ocasiones frente a esta situación a través de varias Recomendaciones y siguiendo así la senda del art. 20.2 perteneciente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966
[44]SSTEDH *Casos Gündüz* contra Turquía de 4 de diciembre de 2003 o *Erbakan* contra Turquía, de 6 de julio de 2006.

generalizado en la sociedad que llega a acogerse con un cierto grado de "coherencia" y "justificación" en ciertos sectores. No hay que olvidar que a lo largo de la historia hay una larga lista de conflictos en los que los grupos mayoritarios se han erigido sobre los minoritarios; la creencia de la supremacía del hombre blanco sobre el hombre negro por el mero hecho de diferenciarse por su color de piel, las guerras libradas en nombre de las distintas religiones y el afán de su imposición a aquellos que no la comparten, el Holocausto en la II Guerra Mundial con el fin de exterminio del pueblo judío considerados como "raza inferior" por la ideología nazi, o en la misma línea; el genocidio de Ruanda en 1994 en el que se aniquiló a gran parte de la población "tutsi" por parte de la población "hutu" en tan solo 5 meses, tras siglos de tensiones entre ambos grupos étnicos…, entre otros conflictos derivados de la intolerancia con grave repercusión social a nivel internacional. En la actualidad, prosiguen los prejuicios y resquicios de los acontecimientos mencionados entre otros, manifestados a través del discurso del odio. A día de hoy se dice que se ha agravado la situación incluyéndose otros colectivos más recientes a la "palestra" como el colectivo LGTB (Colectivo que comprende Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales) al considerar algunos que es un comportamiento anti-natural o inmoral. Posiblemente, más que un aumento del odio en estos últimos tiempos, lo que suceda es que hoy hay más medios que hace unos años para difundir ideas como ya hemos comentado anteriormente en este trabajo y como profundizaremos de nuevo más adelante al mencionar las redes sociales y otros medios de comunicación de fácil acceso.

Siguiendo con la problemática del discurso del odio frente a los distintos grupos, vamos a pasar a analizar algunas de ellas con el objeto de intentar entender -aunque sea un "poquito" más, y si es posible- las diversas posturas adoptadas en la sociedad, tanto la del intolerante como la del agraviado. Además, aunque en apartados posteriores profundicemos más en la jurisprudencia de tribunales europeos y nacionales en relación al discurso del odio, señalaremos algunas sentencias de interés en cada uno de los casos.

4.2.1. DISCURSO DEL ODIO EN EL ÁMBITO RELIGIOSO.

Como comentamos, gran parte de la problemática social que se materializa hoy en día a través del discurso del odio, y en algunos casos más extremos, mediante la violencia contra minorías; no es una situación que haya surgido de repente, sino que en la mayoría de los casos- especialmente en el ámbito religioso que es en el que nos vamos a centrar

en este apartado - lleva gestándose durante décadas e incluso siglos de tensiones y conflictos. La convivencia en una sociedad plural da lugar a situaciones enriquecedoras, pudiendo aprender y conocer considerablemente del otro, además de comprender que no necesariamente somos tan diferentes; sin embargo, hay situaciones en las que la intolerancia, o quizás incluso el "miedo" a lo desconocido, da lugar a situaciones desagradables en las que se produce el rechazo y la exclusión social del grupo minoritario.

En el ámbito religioso, a lo largo de la historia se han llevado a cabo conflictos y persecuciones en todas partes del mundo contra aquellos con creencias diferentes a la socialmente aceptada. A grandes rasgos y sin ir más lejos, la historia de España está marcada por esas tensiones prácticamente desde los tiempos en los que alcanza nuestro conocimiento. Ya durante la ocupación romana en la Península Ibérica se llevaron a cabo duras persecuciones contra los cristianos y judíos, alargándose la de estos últimos a lo largo de la historia con periodos intermitentes de "relativa tranquilidad". Más adelante se añade la presencia de los musulmanes en la península, y se genera una coexistencia entre judíos, musulmanes y cristianos, no exentas de conflictos que con el tiempo derivaron en la creación de la Santa Inquisición en la Edad Media, con el empeño de imponer la unidad religiosa en España y acabar con las minorías.

Dando un salto de nuevo a la actualidad y teniendo en cuenta que, aunque con el paso del tiempo la ley y la sociedad poco a poco ha ido abriéndose y favoreciendo la diversidad religiosa[45], los sectores con prejuicios no son meramente residuales y siguen manifestándose, aunque es preciso hacer hincapié en la diferenciación de discursos; algunos se manifiestan de manera crítica de manera más o menos dura, pero con amparo en la libertad de expresión[46], otros sin embargo llevan a cabo sus críticas más lejos, incitando al odio y con notable menosprecio de manera innecesaria, casos en los que, al realizarse de manera pública pueden transcender y generar graves perjuicios a la imagen de los damnificados. Estos últimos casos son los que se encuentran excluidos del ámbito de protección de la libertad de expresión, y son en los tipos de discursos en los que nos vamos a centrar, en concreto, en dos confesiones religiosas con relevancia universal que a día de hoy se pueden considerar grupos vulnerables por la fragilidad de su situación.

[46] Recordemos lo ya precitado, en España se admiten las críticas, aunque no siempre sean bien recibidas por todos; "Son válidas no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte de su población."

a) Antisemitismo.

El pueblo judío, profesa una religión monoteísta, y junto con otras religiones como la protestante o la católica, forman parte de la cultura europea teniendo, además, gran relevancia en el ámbito cultural. Sin embargo como ya hemos dicho, este colectivo ha sufrido persecuciones constantes a lo largo de la historia, por sus características sociales, así como su carácter minoritario en todos los países del continente europeo.[47] Se podría decir que el rechazo a este colectivo, aunque a día de hoy aun pueda seguir encontrándose en una situación de vulnerabilidad con respecto a otros, llegó a su culmen durante la II Guerra Mundial con el Holocausto, llevado a cabo por el partido nazi, cuyo líder, Adolf Hitler se apoyaba en teorías del francés Gobinau[48] y Chamberlain[49] considerando que la raza judía era "inferior", e intentando lograr el exterminio de la misma hasta la finalización de la guerra. En nuestros días, el ideal nacionalsocialista sigue presente en algunos sectores que defienden la postura negacionista que hemos citado en apartados anteriores, asignando al colectivo judío la autoría de la invención de la existencia del Holocausto y justificando la labor de Hitler durante su estancia en el poder. Otro factor proliferante del antisemitismo, en este caso en el ámbito árabe-musulmán, es el conflicto Israel-Palestina cuyo enfrentamiento armado se remonta a principios del siglo XX y alcanza nuestros días.

Sin embargo, el antisemitismo existente durante las primeras persecuciones hasta la Edad Media, el existente durante la II Guerra Mundial y la existente en la actualidad con el conflicto árabe-judío no se mueve por los mismos razonamientos. En principio, se excluía a estos colectivos por diferencias religiosas; la práctica adoptada por estos grupos contrastaba particularmente con las demás, lo que daba lugar a agrupamientos por separado, que junto a su condición de inferioridad en cuanto al número de partidarios, favorecía su estancia en situaciones marginales. Posteriormente, durante el conflicto nazi se rechazaba a estos grupos por la condición racial. Durante esta etapa anhelaban alcanzar la pureza de la raza y consideraban la "sangre judía" como "defectuosa", cuya existencia suponía un obstáculo para sus aspiraciones. Y a día de hoy, el antisemitismo presente en

[47]BJORN ARP, *Las minorías nacionales y su protección en Europa.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. Pág. 168

[48]JOSEPH ARTHUR, CONDE DE GOBINEAU; Diplomático y filósofo francés, conocido generalmente como fundador del racismo moderno a través del desarrollo de la teoría de la superioridad racial aria en su obra: *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas* (1853-1855).

[49]HOUSTON STEWART CHAMBERLAIN; Pensador británico, nacionalizado alemán, conocido por su ideal de pangermanismo, expuesto en su obra: *Los fundamentos del siglo XIX,* propugnando la conservación de la cultura alemana y la pureza de la "raza superior".

el mundo árabe se debe a un conflicto político; la convivencia de ambos grupos en un territorio aún por determinar, las diferencias históricas, la falta de reconocimiento mutuo…Son los elementos que a día de hoy fluyen notablemente en el mundo árabe-musulmán frente al pueblo judío y que, a día de hoy por desgracia no alcanza un fin a pesar de numerosos intentos por establecer la paz.[50]

Podemos señalar la STS 1396/2011 de 28 de diciembre, que acuerda la disolución del grupo neonazi "Hammerskin-España" por asociación ilícita, cuya finalidad consistía en defender la superioridad de la raza blanca realizando actos de incitación al odio antisemita y xenófobo, entre otros delitos.

b) Islamofobia.

La islamofobia[51] es un concepto relativamente novedoso que se entiende como "aversión irracional e intolerante hacia el islam" y que, aunque no es un fenómeno de hace 100 años como ya hemos dicho, - persecuciones en el Reino de España, expulsión de los moriscos en la Edad Media, Las Cruzadas[52]…- se ha adoptado con el fin de designar el rechazo que en la actualidad se halla cada vez más generalizado frente al islam. Sucesos como el 11-S en 2001, la situación de los refugiados, los atentados de Charly Hebdo, Dinamarca, en París en 2015 han generado un ambiente extendido de aversión a la religión musulmana. Se refleja el islam como una figura amenazante, en contraposición con las costumbres e ideario de Occidente, en remisión a grupos minoritarios radicalizados que en nombre de esta religión atentan contra la forma de vida en Europa. Otros factores influyentes son la certeza de la existencia de continuas violaciones de los DDHH en los regímenes islamistas y la infravaloración de la mujer[53], que levanta enormes ampollas en la sensibilidad de Occidente, abriendo debate en asuntos como el uso público del velo en nuestra sociedad. Por otro lado, la grave crisis económica que nuestro país aún está atravesando, - factor también relevante para el rechazo a todo extranjero independientemente de raza, nación o religión - que de igual manera da lugar

[50] Los Acuerdos de Oslo en 1993, entre Palestina e Israel, otorgaban una solución permanente al conflicto.

[51] Término ya acuñado a principios del siglo XX, en especial en obras dedicadas a relaciones entre colonos franceses y musulmanes. Véase p. Ej. DELAFOSSE M. "*L'Étatactuel de l'islam dans l'Afrique occidentale française",* Revue du Monde Musulman, Nº 5, vol 11. 1910 págs 32 y ss.

[52] Enfrentamientos entre cristianos y musulmanes por motivos religiosos (en su mayoría para liberar lugares santos de la dominación musulmana)

[53] En el Corán se afirma explícitamente la preeminencia de los hombres sobre las mujeres, así como el deber de aquellos de tutelarlas. Véase MARTÍNEZ ALBARRACÍN, C. "*La mujer en el Islam"* III Congreso virtual sobre historia de las mujeres, 31 de octubre de 2011.

a la divulgación de prejuicios y a considerar molestos a quienes "no deberían estar aquí" o "tienen menos derecho".

Ya comentamos anteriormente que se han dado situaciones lo suficientemente gravosas como para llegar a asumirse de manera natural un odio generalizado frente a colectivos hasta llegar a discurrir que dicha situación está justificada. La problemática de esta cuestión radica en el hecho de que dicha asunción, puede dar lugar a una respuesta social llevada a cabo por los medios de comunicación u otras entidades con notable influencia estatal que de forma naturalizada promuevan la hostilidad y el odio a personas por el mero hecho de comulgar con la misma religión que aquellos grupos violentos.

En fin, remitiéndonos a lo comentado al principio del presente apartado, la plena consciencia de la sociedad de los prejuicios aún existentes con respecto a las distintas religiones, ha dado lugar a la inclusión en nuestro Ordenamiento Jurídico y en el ámbito europeo, de la libertad religiosa como uno de los valores fundamentales dentro de una sociedad democrática y pluralista. En el ámbito europeo se introdujo con la creación del CEDH y lo encontramos regulado en su artículo 9[54]; otorgando la posibilidad de que toda persona que habite en cualquiera de los Estados sujetos a este Convenio, sea libre de seguir la religión que estime conveniente sin que por ello se vea discriminado ni excluido sin más restricción que la seguridad y el orden público y democrático. Además, de la jurisprudencia europea se derivan tres principios generales[55] en relación a este derecho, que son en primer lugar la neutralidad de los Estados ante el fenómeno religioso; estableciendo que el Estado no debe "perseguir fines de adoctrinamiento que pudieran ser irrespetuosos con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres"[56], en segundo lugar; la libertad religiosa como valor fundamental, principio inherente al pluralismo característico de la democracia, y por último; el principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos[57]. Por su parte, el OJ español acoge en su ley fundamental esta

[54] *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos."* Cuyo apartado segundo añade; "*2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás."*– Art. 9 CEDH.

[55] TORRES GUTIERRES, A. (Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en Universidad Pública de Navarra) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de DDHH.* Cáp. XIX págs. 568 y ss.

[56] *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976

[57] STEDH 27/1993, *Caso Hoffman* contra Austria, de 23 de junio de 1993.

libertad en el art. 16 CE[58], además de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio creada con posterioridad para el desarrollo del derecho fundamental, además de la doctrina constitucional acorde a las mismas y el TEDH.

4.2.2. DISCURSO DEL ODIO EN VIRTUD DE CONDICIÓN SEXUAL.

Comúnmente conocemos el término "homofobia" para designar el rechazo a las personas que mantienen relaciones con otras de su mismo sexo. Sin embargo, en este trabajo vamos a utilizar el término "LGTBfobia", que engloba el rechazo a homosexuales, bisexuales y personas transgénero.

Según informes llevados a cabo por la Federación Estatal de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales[59] (FELGTB), en 2015 se registró un notable aumento en las denuncias por agresiones contra personas de este colectivo. Sin embargo, este aumento de denuncias no significa necesariamente que las agresiones hayan aumentado, puesto que en nuestros días sigue presente el miedo a "salir del armario", y denunciar supondría dar el paso. Por su parte Isabel Tapia, presidenta de Gaylespol[60] (Asociación de Policias gays y lesbianas) atribuye la discriminación por razón de orientación sexual a "deficiencias educacionales, especialmente en el núcleo familiar, unido a la multiculturalidad; que también se está dando en la sociedad: ciudadanos de otras culturas, con otras ideas, que se mezclan con nuestros jóvenes. Algo que, en un momento determinado, puede derivar en episodios como los que se están dando en la actualidad".

Por otro lado, se podría considerar que uno de los discursos más críticos con el colectivo LGTB proviene de la Iglesia Católica, y, - bajo mi punto de vista - es el que mayor influencia tiene en nuestra sociedad en el sentido peyorativo con respecto a estas personas. Hemos de tener en cuenta que el catolicismo es una religión seguida por gran parte de la población en España, por tanto es una institución con amplio poder en el ámbito social ya que para muchos, supone un ejemplo a seguir en cuestiones de ética y moral. Sin embargo, la Iglesia Católica, no ostenta una concepción positiva con respecto

[58] **1.** Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. **2.** Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. **3**. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones." – Art. 16 CE.

[59] FELGTB; Es un proyecto común de más de 50 asociaciones, constituida en abril de 1992, cuya finalidad consiste en la reivindicación de la igualdad legal y el respeto al colectivo LGTB.

[60] Asociación de Policias gays y lesbianas constituida en abril de 2006 con el fin de garantizar los derechos y la lucha contra la discriminación en perjuicio del colectivo LGTB dentro y fuera del cuerpo.

al colectivo homosexual, y así lo manifiesta mediante declaraciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe[61], transmitiendo a quienes comulgan su fe, valores como que "los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados" o en referencia a la mera inclinación homosexual sin actividad; que "aunque en sí no sea pecado, constituye sin embargo una tendencia, más o menos fuerte, hacia un comportamiento intrínsecamente malo desde el punto de vista moral."[62] En su mismo texto afirma también que el aceptar como "buena" la actividad homosexual e incluso su introducción en la legislación civil para su protección, puede conllevar el aumento de opiniones y comportamientos "desviados" y con ello, los comportamientos violentos. Se observa que el catolicismo tiene una opinión contraria a la normalización de la homosexualidad por razones de "naturaleza" y orden biológico, elementos que afirma posteriormente de nuevo la Congregación en la Declaración de 3 de junio de 2003[63]; "En las uniones homosexuales están completamente ausentes los elementos biológicos y antropológicos del matrimonio y de la familia (…) Éstas no están en condiciones de asegurar adecuadamente la procreación y la supervivencia de la especie humana."

En conclusión y teniendo en cuenta lo precitado, la incitación violenta y el discurso del odio hacia este colectivo de manera relativamente reciente (con respecto a otros colectivos ya analizados) se puede decir que deriva de cuestiones sociales en los que entra en juego la educación en base a unos valores determinados, y cuestiones religiosas, que como hemos comentado tienen una gran influencia en este asunto. Por su parte en el ámbito político en razón a la alarma social que han producido el alto nivel de agresiones homofóbicas en los últimos años, la Comunidad de Madrid ha emitido una nueva Ley de protección[64] al colectivo LGTB en julio de este año, y en septiembre de este mismo año, la FELGTB ha presentado una propuesta de ley estatal ante el Defensor del Pueblo; "Proyecto de ley contra la discriminación por orientación sexual e identidad

[61]Órgano colegiado de la Santa Sede que tiene como función salvaguardar el cumplimiento y la correcta aplicación de la doctrina católica por parte de a Iglesia.
[62]SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE: *Declaración acerca de ciertas cuestiones de ética sexual*. En Roma, 29 de diciembre de 1975.
[63]Declaración promulgada en 2003 para mostrar su postura en relación a los proyectos de reconocimiento legal del matrimonio homosexual.
[64]LEY 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

de género, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales".[65]

En el ámbito europeo, debemos destacar una STEDH en la que se aplica el agravante de la discriminación por orientación sexual; el caso *Identoba* y otros contra Georgia de 12 de mayo de 2015, en la que se produce una violación de los arts. 3 CEDH (Prohibición de tortura y tratos degradantes), 14 CEDH (Prohibición de discriminación) y 11 CEDH (Libertad de reunión y asociación) en relación a la comunidad minoritaria gay en el país de Georgia, debido a que un grupo de religiosos movidos por un sentimiento de odio contra este colectivo, impidió la celebración de una manifestación contra la homofobia a un grupo de 30 personas mediante agresiones y amenazas. Además, en este asunto también se produce discriminación por parte de las fuerzas de seguridad y la Administración del Estado, que no otorgó la protección adecuada solicitada para la celebración de este acto, y posteriormente no realizó una investigación oficial efectiva que permitiese identificar y sancionar adecuadamente a los responsables.

4.2.3. DISCURSO DEL ODIO POR CUESTIONES ÉTNICAS Y RACIALES.

La discriminación racial y étnica es otro de los fenómenos que a pesar de su origen histórico y de haberse producido un avance notable encaminado a la igualdad, sigue suscitando polémica y escisiones en sociedad, que se manifiestan en ocasiones en; mayores dificultades de acceso a servicios y puestos de trabajo, así como exclusión social con carácter general[66]. Agrupamos el concepto a discriminación étnico-racial ya que, aunque no es exactamente lo mismo – discriminación racial alega a cuestiones físicas y/o genéticas, y la discriminación étnica atiende a unos hábitos, formas de vida, costumbres, creencias…etc que identifican a un grupo en contraposición a otro - aunque podríamos referirnos únicamente a la discriminación por "raza"[67], históricamente, el rechazo a grupos minoritarios en estas cuestiones no termina de delimitarse en la tonalidad de la piel, sino que finalmente se engloba junto con otros aspectos intrínsecos a la persona tales como la procedencia social, el origen étnico, u otros factores diversos de diferenciación

[65] Información disponible en: http://www.felgtb.org/temas/laboral/noticias/i/12185/358/felgtb-presenta-su-propuesta-de-ley-de-igualdad-lgtbi-y-de-no-discriminacion (Consultado 28 de diciembre de 2016).
[66] ELIZONDO URRESTARAZU, J.I. *Discriminación racial y de origen étnico en la Europa de los derechos.* Revista de Derechos Fundamentales nº6. 2011, págs. 71-116
[67]SOLLORS, W. teoriza que el término "raza" comenzó a vincularse con el fascismo en la II Guerra Mundial, dando lugar a una "contaminación" del término, razón por la cual se recuperó el uso del término "etnia".

histórica[68]. El TEDH reafirma esta teoría en su STEDH *Timishev* contra Rusia de 13 de diciembre de 2005, "la etnicidad y raza son conceptos que relacionados se solapan. Mientras la noción de raza se funda en la idea de clasificaciones biológicas de los seres humanos en subespecies de acuerdo con características morfológicas como el color de piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad, afiliación tribal, fe religiosa, idioma compartido u origen y pasados culturales o tradicionales". En atención a esto, podríamos utilizar el concepto "racismo" igualmente para designar el odio a colectivos precitados como a los judíos o a los musulmanes. Por ello no vamos a centrarnos en el rechazo a un colectivo en concreto sino que vamos a tratar los actos racistas en general, aunque finalizaremos con un ejemplo de colectivo relevante en España.

Lorenzo Cachón, hace una diferenciación de tres tipos de discriminación: la "estructural"; llevada a cabo por los mercados, la "institucional"; procedente de la administración pública y por último la que se da entre "individuos", con mayor dificultad de control.[69]Algunos de los factores que dan lugar a la aversión contra estas personas pueden ser, por un lado la existencia de ciertos sectores cuya ideología racista cree en la jerarquización de las personas en atención a la raza, considerando que aquellas que se sitúan en escalas inferiores no deberían de gozar de los mismos derechos que aquellas que se sitúan por encima. Por otro lado, a día de hoy el factor económico acrecienta la hostilidad a los grupos "diferentes", al igual que ya hemos comentado en los casos de antisemitismo e islamofobia, puesto que la grave crisis económica de la que España aún no ha terminado de recuperarse, acrecienta el sentimiento de pertenencia e identidad nacional, considerando al tercero como amenaza en el momento de optar a un puesto de trabajo, ayudas y prestaciones estatales u otro tipo de elementos cotidianos. En general, aunque podamos determinar algunos de estos elementos proliferantes del odio y el racismo, no es fácil concretar ni encontrar un por qué fundamental a este hecho. La existencia y diferenciación de grupos viene dándose desde el principio de la humanidad y a raíz de ello podemos deducir que el sentimiento de pertenencia a un grupo es humano y que en determinados casos en los que se coexiste, puede aparecer una aversión entre

[68]RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación.* Tecnos. Madrid (1986) pág. 186.
[69]CACHÓN, L. "España y la Directiva 2000/43: de la "ocasión perdida" a una legislación general sobre igualdad de trato*."* Revista Tiempo de paz. Nº 73, 2004 pág. 14.

grupos, aunque como sucede regularmente, afecte en mayor o menor grado en los diversos casos y caracteres personales.

En España, podríamos decir que el grupo minoritario más presente es el de los gitanos. Este colectivo generalmente vive en exclusión por el gran contraste existente con la sociedad mayoritaria en su forma libre vida, su apego a sus tradiciones y sus costumbres. Fue durante el reinado de los Reyes Católicos cuando aparecieron los primeros síntomas de futuras reyertas con estos grupos, en razón a la aspiración obsesiva de control y unificación de poder político, cultura, costumbres, religión y lengua de los dirigentes de entonces. La constitución de la Santa Inquisición se materializó con el fin de facilitar sus propósitos y construir una unificación homogénea en perjuicio de la diversidad efectiva hasta el momento. Esta represión al pueblo gitano ha tenido lugar desde entonces hasta nuestros días en mayor o menor grado en virtud del sistema dispuesto. En materia de discriminación e incitación al odio contra este colectivo podemos señalar la SAP 388/2012 de 5 de septiembre de Barcelona; que aplica el art. 510.1 CP de provocación e incitación al odio[70], y considera el discurso del odio como acto que extralimita la protección del derecho de libertad de expresión recogida en el art. 20.1 CE[71]. Ello deriva de un caso en el que el imputado realiza a través de entrevistas radiofónicas y mensajes difundidos en TV, expresiones injuriosas y ataques al honor y la dignidad contra el colectivo, llegando a afirmar que la mayoría de las personas de la comunidad de rumanos gitanos instalados en la ciudad de Badalona se dedica a delinquir, proponiendo como únicas medidas eficaces y contundentes, represalias policiales o judiciales, que abandonen la calle o que los encierren en prisión o los devuelvan a su país.

¿Qué podemos deducir de esto? Podemos observar que el "racismo" se encuentra presente en todo momento a lo largo de la historia y que sin embargo, aflora en mayor medida en momentos "clave". Es evidente que la coexistencia plural en la que se manifiestan puntos de vista tan diferentes en el ámbito cultural, religioso, político, etc., puede dar lugar a conflictos, al igual que en un ejemplo a escala menor, pueden surgir discrepancias en convivencia familiar, marital o de cualquier tipo. Se puede considerar que la convivencia idílica y sin perturbación alguna en ocasiones es prácticamente un ideal utópico. Por tanto es sencillo encontrarse ante situaciones en los que los intereses se

[70] SAP 388/2012 de 5 de septiembre. Sección 8ª Audiencia Provincial de Barcelona. Fundamento jurídico 3º.
[71] Ibídem. Fundamento jurídico 4º.

vean enfrentados, o en las que la falta de recursos de lugar a desavenencias por motivos "humanos" y de "supervivencia" en interés propio, emergiendo entonces el precitado "sentimiento de pertenencia a un grupo, o de identidad".

4.2.3. EL DISCURSO DEL ODIO EN EL ÁMBITO IDEOLÓGICO.

La diferencia ideológica es otro de los grandes problemas que en la actualidad dividen y constituyen conflictos en la sociedad. Esta problemática no necesariamente se debe a diferencias culturales, religiosas o territoriales, puesto que puede surgir entre individuos que han podido convivir en un mismo lugar de residencia y en similares condiciones de vida. Cierto es que el entorno, la clase social u otros factores que hemos comentado, influyen en la forma de ser y la ideología de una persona, sin embargo, esto no es determinante, y puede suceder que por rasgos de la personalidad y la posibilidad de adoptar distintos puntos de vista para un mismo supuesto, surjan distintas opiniones, formas de pensar y de priorizar las cosas, que en su conjunto forman la ideología de una persona, y que puede diferir en múltiples puntos con los demás.

Las diferencias ideológicas, al igual que el resto de conceptos descritos, derivan de sucesos históricos. A día de hoy, a pesar del amplio abanico de posibilidades, se podría decir en resumen que existen corrientes más conservadoras, por un lado, frente a las más progresistas por otro; además de otros grupos más moderados. A grandes rasgos, podemos definir las corrientes más conservadoras como aquellas que se inclinan por defender el mantenimiento de valores político-sociales más tradicionales. Generalmente, el conservadurismo se asocia además, a un mayor sentimiento religioso y nacionalista, frente a las corrientes más progresistas; más partidarias de realizar los cambios necesarios, en función de las novedades y la evolución de la sociedad. Por su parte las corrientes más moderadas, apoyan la innovación respetando en la medida de lo posible las instituciones y tradiciones históricas.

En atención a estas marcadas diferencias, es palpable el eterno debate entre las distintas corrientes, que, por lo general, chocan en la mayoría de los temas de actualidad. La posibilidad de que cada individuo pueda expresar su punto de vista, da lugar a interesantes debates que, desde el respeto y la tolerancia, pueden llegar a ser enriquecedores para ambas partes. Sin embargo, sectores más radicalizados de ambos extremos, en ocasiones ejercen de manera abusiva su libertad de expresión, llegando a incurrir en el discurso del odio. Al respecto podemos señalar la SAP 419/2009 de 14 de octubre, que describe una situación en la que, se produce un delito por motivos

ideológicos. Se trata de asesinato de un *skin* a un antifascista, en el que la Audiencia Provincial de Madrid, considera pertinente la aplicación de la circunstancia agravante 22.4 CP en virtud de la discriminación ideológica.

En definitiva, vemos que en los últimos tiempos en los que se ha producido un notable aumento de la discriminación racial, étnica y religiosa (con exclusión de los casos de discriminación al colectivo LGTB, que consideramos que afecta más a otros factores como el religioso o educacional) pueden deberse en gran parte a la grave situación política, económica y social que aún se encuentra en aras de superación nuestro país. A ello debemos añadir, que el auge de las redes sociales y otros medios de difusión a los que cualquiera puede acceder en nuestros días, facilita la propagación y trascendencia de ideales con amparo – o no, - a la libertad de expresión.

4.3. Supuestos de Especial Protección. En virtud de la personalidad y las circunstancias.

Una vez nos hemos situado ante distintos supuestos de discriminación a colectivos por parte de algunos sectores de la sociedad, conviene tener en cuenta que no todo acto discriminatorio repercute de la misma manera. Obviando las diferencias que puede haber entre distintas acciones en virtud de la gravedad, o el presunto delito, hemos de tener en cuenta que el agravio proferido contra un menor no conlleva las mismas consecuencias que contra un adulto, o que no es lo mismo atacar a un judío por el hecho de comulgar con esta religión que por motivos ajenos a ello, al igual que un ciudadano común no debe soportar las mismas críticas que un personaje público.

Es por ello, que nos disponemos a dedicar un apartado a señalar estas diferencias, con el fin de aclarar el por qué individuos gozan de una especial protección por considerar en virtud de sus circunstancias o rasgos de la personalidad, o por qué otros, deben soportar mayores críticas por su mayor exposición o actividad profesional.

4.3.1. HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN DE MINORÍAS.

Para empezar, consideramos de interés hacer mención al honor, la intimidad y la imagen de colectivos minoritarios, que como hemos hablado en los apartados anteriores, se puedan ver perjudicados por motivos de raza, sexo, religión, inclinación sexual, ideología, etc, entre otros factores, que en un entorno "diferente" supongan actos discriminatorios.

A priori, los agravios dirigidos a uno de estos sujetos, no tiene por qué ser diferente al de un ciudadano común, en principio goza de la misma protección a su honor, intimidad e imagen que los demás, a la vez que el sujeto ofensor estaría amparado por la libertad de expresión en el caso de respetar los límites ya comentados.

Sin embargo, nuestro CP ha contemplado la introducción de agravantes, en los supuestos en los que el móvil del mensaje presuntamente ofensivo, sea por motivos de discriminación por raza, religión o ideología entre otros, por el hecho de considerar este tipo de odio, como particularmente grave con respecto a otros casos. Esta circunstancia se ubica en el art. 22.4 CP considerando de mayor gravedad;

"Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad."

Además de este agravante, nuestro CP dispone de otros preceptos que tipifican como delito otras acciones movidas por el odio a otros colectivos, tales como el 170.1 CP en materia de amenazas, que en el caso de dirigirse a estos colectivos supondrán la imposición de la pena en grado superior; o el art. 510 CP que penalizan a quienes provoquen e inciten al odio contra los mismos. Igualmente, trataremos estos preceptos más adelante, y observaremos otro tipo de actos tipificados en esta materia que nuestro CP otorga gran relevancia.

Podemos señalar la SAP de las Islas Baleares, que considera la aplicación de este agravante en su sentencia 142/2015 de 12 de noviembre, en un caso de lesiones en el que el agresor, además, grita al perjudicado "negro de mierda, vete a África".

Observamos en este caso, y en atención a lo que veremos en apartados siguientes, que en un caso de injurias, algunos sujetos gozan de mayor o menor protección en atención a su persona y circunstancias, sin embargo, en este apartado estamos tratando algo diferente. Nos encontramos en un escenario en el que el punto a tener en cuenta no es únicamente el individuo y sus condiciones, sino también la intencionalidad discriminatoria del emisor[72]. En contextos generales, un insulto contra un judío, un hombre de color o un bisexual, no se consideraría más grave por el hecho de que estas personas sean "diferentes" en una sociedad; para ello, el agravio debe ser fruto de un odio

[72] Efectivamente, el *animus injuriandi* también se tiene en cuenta en apartados anteriores, sin embargo en este caso, para considerar que nos encontramos en un supuesto diferente, el mensaje ofensivo debe incitar al odio y/o discriminación al individuo agraviado por motivos de su personalidad.

discriminatorio en atención a esas diferencias; como bien expone la STS 1145/2006 de 23 de noviembre;

"Será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil especifico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia" (F.J. 6º, párf. 4)

En definitiva, esta especial protección para la prevención de estos actos en un Estado democrático, responde al propósito de evitar, en la medida de lo posible, toda conducta que entrañe injusta discriminación atentando contra el derecho a la igualdad, proclamado en el art. 14 CE para todos los ciudadanos, sin que ninguno de ellos se pueda ver afectado negativamente por rasgos inherentes a su personalidad.

4.3.2. HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN DE MENORES DE EDAD.

Este tipo de sujetos, en todo caso gozarán de especial protección frente los ataques contra su honor, intimidad e imagen, hecho que puede considerarse lógico debido a la especial vulneración de estos individuos. Debido a la amplia magnitud de normas existentes en materia de protección a menores, consideramos de interés hacer un apartado previo de regulación de esta materia, para observar a grandes rasgos la importancia que se le otorga a la problemática suscitada en relación a los mismos en distintos ámbitos relacionados con su honor, intimidad e imagen.

a) <u>Regulación</u>.

Como afirmamos, la especial circunstancia de estos sujetos por la situación sensible en la que se encuentran, requiere de una amplia protección, y es por ello que se han puesto en práctica diversos textos para su atención que, de carácter internacional e interno, afectan o han afectado considerablemente en la legislación competente en la salvaguarda de intereses de los menores de edad en España.

Por su parte, la norma suprema interna establece en su art. 12 CE, que los españoles son mayores de edad a partir de los 18 años. Por tanto, hasta entonces, el individuo es menor de edad, y se encuentra en el caso que vamos a tratar en el presente apartado.

En primer lugar, continuando con lo establecido en la CE, encontramos que en el mismo precepto que se regula el derecho fundamental de la libertad de expresión e

información, el art. 20 CE, se contiene en su apartado 4, un límite "especial" al mismo; el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, y a la protección de la juventud y la infancia. Además, el art. 39 CE, establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad. En aras de cumplimiento de estos preceptos, se crea en España la Ley Orgánica 1/1996[73] (LOPJM), de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor con gran relevancia en el marco nacional y que, 20 años después se reforma por la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para su adaptación a nuevos cambios sociales en la situación de los menores de edad, reforzando sus derechos y considerando sus intereses como prioritarios. Por su parte, nuestro CP también dispone de garantías especiales de protección al menor en algunos de sus apartados en materia de uno de los ataques más graves que pueden llevarse a cabo contra menores; el abuso, prostitución y explotación sexual. En materia de servicios de información en Internet, la Ley 34/2002 de 11 de julio[74] incluye un apartado en el art. 8.1 d) en el que establece como principio la protección a la juventud y a la infancia en el ejercicio de la actividad de cualquiera de estos servicios web.

Además, hay otros textos internacionales que igualmente afirman esta especial protección, tales como el precepto 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño[75], derivado de la Declaración de os Derechos del Niño de 1959. En esta Convención, también se hace hincapié en la especial protección de la dignidad del niño impedido física y mentalmente en el art. 23. En el ámbito de las Naciones Unidas, en España también se ratificaron los Protocolos facultativos sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, así como el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del año 2000.

[73] La LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (En vigor desde el 16 de febrero de 1996 y revisada el 18 de agosto de 2015). En su art. 4 se establece el principio general del derecho al honor, la intimidad y la imagen del menor, cuya vulneración determinará la intervención del Ministerio Fiscal de oficio o a instancias de cualquier interesado.

[74] Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Vigente desde el 12 de octubre de 2002 y revisada el 11 de mayo de 2014).

[75] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y revisada el 18 de noviembre de 2002. En el art. 16 se regula la protección a la vida privada del menor y los ataques ilegales a su honra y reputación.

En el marco de la UE encontramos diversos programas e iniciativas vinculadas a la protección del menor, tales como; la Carta europea de los niños hospitalizados, publicada el 13 de mayo de 1986, la Carta europea sobre los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992, o el programa Daphne III del periodo 2007-2013 para prevenir y combatir todas las formas de violencia, especialmente física, sexual y psicológica, hacia los niños, los jóvenes y las mujeres, o el Programa Safer Internet plus del periodo 2009-2013 de vigilancia de los peligros de las nuevas tecnologías e Internet.

Y para finalizar, el Consejo de Europa ha emanado una gran cantidad de tratados y acuerdos con importante relevancia en el ámbito de los Estados miembros en materia de protección de menores. La más significativa es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y ratificada por España en 1979. En ella se disponen referencias a los derechos de los niños en los arts. 7, 16 y 17[76]. Para la vigilancia de un cumplimiento efectivo de lo establecido en este Convenio, se crea el Comité Europeo de Derechos Sociales (ESCR). Otras convenciones significativas serían Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales de 2007, la Convención sobre la Cibercriminalidad de 2011.

b) Libertad de expresión e información VS honor, intimidad e imagen del menor.

Pues bien, una vez podemos observar el amplio respaldo de protección del menor debido a su especial situación, vamos a proceder a centrarnos en lo relativo a la protección del honor, la intimidad y la imagen del menor, que es la que podría colisionar con el derecho de la libertad de expresión e información.

Para ello, hemos de partir del art. 2 LOPJM, que establece la prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo en todas las acciones que le pudieran concernir, tanto en ámbito privado como en el ámbito público. Teniendo en cuenta este principio básico, podemos afirmar que en el momento en que exista confrontación entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor, imagen e intimidad de menores, no podremos hacer la misma ponderación entre ambos derechos

[76] En el art. 7 se hace referencia al derecho de los niños y de los adolescentes a una especial protección, en el art. 16 a la protección social, jurídica y económica de la familia y en el art. 17 el derecho a una protección social y económica a las madres y a los niños.

como en el caso de tratar con personas adultas como perjudicadas. Esto no conlleva, en relación a la libertad de información, que en los supuestos en los que haya menores de por medio, no se pueda ejercer este derecho; la transmisión veraz y de interés público justificará la publicación de información en la que se vean implicados menores, siempre y cuando no se vean perjudicados sus intereses y se adopten las medidas pertinentes para evitar una exposición innecesaria. Podemos citar para ello la STC 134/1999 de 15 de julio, en la que se valora la divulgación de datos personales de menores aun en un asunto de supuesto interés general y de información veraz;

"Resulta probado que los periodistas obraron con la diligencia profesional debida en la comprobación y cotejo con datos objetivos de la información divulgada (…) y ninguna de las expresiones vertidas para narrar los hechos en alusión al menor adoptado y a su madre adoptiva pueden considerarse, ciertamente, injuriosas o innecesarias (…) Sin embargo, los reportajes periodísticos examinados en el presente caso han revelado y divulgado, información propia de la intimidad personal y familiar de don José y doña Thais, quien, según lo que se acaba de decir, ha visto desvelados aspectos de la vida de su familia, que indudablemente le afectan, pudiendo ser tenidos, incluso por ofensivos o, al menos, molestos." (F.J. 4 y 5)

A partir de esto, el TC añade además en su fundamento jurídico 6 que el legítimo interés de los menores, parece imponer un límite infranqueable a la libertad de información, ya que en el caso de que este se vea dañado, el hecho de que la información transmitida sea verídica y de interés general, no exonera de responsabilidad al informante[77].

Por ello, y teniendo en cuenta lo acontecido en este caso, se observa la primacía del interés del menor, y de la superprotección que les otorga nuestro OJ, lo que supone la necesidad de tomar una serie de medidas dispuestas en la ley siempre que se ejerza este derecho, para preservar en la medida de lo posible el anonimato y privacidad de estos individuos en circunstancias especiales de vulnerabilidad.

Por otro lado, vamos a atender a un supuesto en el que el derecho que se enfrenta al honor, la imagen y la intimidad del menor es la libertad de expresión. Al contrario de lo que sucede en un contexto genérico, la libertad de expresión se limita considerablemente en relación a menores, puesto que como ya hemos citado, el art. 2 LOPJM prima el interés de estos sujetos frente a otros también legítimos. En atención a

[77] Otras SSTC en las que se considera que cuando hay vulneración de la intimidad, la cuestión de la veracidad de la noticia no es relevante; SSTC 197/1991 de 17 de octubre, 185/2002 de 14 de octubre y 127/2003 de 30 de junio.

esto, la amplitud que otorga el derecho a la libertad de expresión para la salvaguarda de un sistema democrático libre, admitiendo críticas y ofensas "sin maldad" o "sin la suficiente gravedad" contra personas comunes, no será la misma que en caso de que los afectados sean menores. En relación al ejercicio de la libertad de expresión de manera pública contra un menor, podemos señalar un caso con gran impacto mediático acontecido recientemente; el de Adrián, un menor de edad enfermo de cáncer que quiere ser torero[78]. A raíz de un acto benéfico celebrado en Valencia el 3 de octubre de este año, con el objetivo de recaudar fondos para ayudar a tratar la enfermedad del menor, surgieron numerosos comentarios de apoyo en las redes sociales, pero también algunos injuriosos por parte de anti-taurinos, como "Que se muera, que se muera ya" o "Vas a morir". Debido a lo reciente de este caso, aún no hay sentencia que podamos comentar al respecto, únicamente que a día de hoy hay dos detenciones a autores de estos mensajes, por injurias y delito de odio contra el menor.

Por tanto, podemos concluir el presente apartado con una idea más cercana de la gran relevancia que se le otorga en la legislación interna e internacional, primando el interés del menor, aunque ello suponga la limitación de estos derechos fundamentales si es preciso, en aras de proteger a estos sujetos que con motivo de su inmadurez e inocencia, pueden verse más perjudicados que las personas adultas. Cabe destacar igualmente, el papel desempeñado por el Ministerio fiscal, como figura imprescindible de velar por la protección de los más jóvenes, pudiendo actuar de oficio o a instancia de parte interesada cuando procediere.

4.3.3. HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS O A SUS MIEMBROS.[79]

Como sujetos susceptibles a valoraciones críticas podemos encontrar a toda clase de entidades e individuos, sin embargo, algunas de ellas por su carácter público se encuentran más expuestas que el resto a la opinión pública, tanto por parte de particulares

[78] Información disponible en: http://www.elcorreo.com/bizkaia/sociedad/sucesos/201612/03/detenido-sebasrtian-desear-muerte-20161203105327.html (Consultado 28 de diciembre 2016)

[79]Véase CATALÁ I BAS, ALEXANDRE H., "Libertad de expresión e información: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción por el Tribunal Constitucional hacia un Derecho europeo de los Derechos Humanos"- Revista General de Derecho. Valencia, 2001. Págs. 371 y siguientes

como de la prensa. Tal es el caso de los representantes políticos, funcionarios o entidades públicas y personas jurídicas.

a) Personas jurídicas, Instituciones y Asociaciones.

Comenzaremos este apartado preguntándonos; ¿Las personas jurídicas también ostentan el derecho al honor?, ¿Pueden verse afectadas las Instituciones por la libertad de expresión de otras personas?, ¿Cabe el reconocimiento de ejercicio colectivo de un derecho personalista como es éste?

En referencia a estas cuestiones, la doctrina del TEDH[80] y por ende, la del TC ha establecido la capacidad que tienen las personas jurídico-privadas de ostentar la titularidad del derecho al honor, en virtud de los derechos fundamentales que poseen de forma inherente las personas físicas que las constituyen. Esto abarcaría el caso de las asociaciones, sociedades mercantiles y civiles, partidos políticos, sindicatos y fundaciones. Sin embargo, no sucede lo mismo en el caso de las personas jurídicas de carácter público ya que estas instituciones no se encuentran en posición análoga a las precitadas, puesto que el fin que persigue la concesión de este derecho es la de salvaguardar derechos de personas físicas que sí tienen el reconocimiento del mismo, aunque en este caso se puedan encontrar agrupadas en una única figura que es la persona jurídica (con excepción del caso de las personas jurídicas unipersonales, constituidas por una única persona física).

Por su parte, el TC valora el significado personalista que nuestra CE otorga al derecho al honor como instrumento para desestimar la posibilidad de concesión de este derecho fundamental a las Corporaciones públicas sin individualizar a sus miembros; como encontramos en la STC 107/1988 de 8 de junio, afirmando en su Fundamento Jurídico 2º que;

"El honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral[81], que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública".

[80] *Caso Barfod*, STEDH 22 de febrero de 1989.
[81] STC 79/2014 de 28 de mayo. F.J 3.

De ella se desprende la imposibilidad de que las Instituciones Públicas sin individualizar a sus miembros, preserven sus derechos por la vía constitucional de protección de derechos fundamentales, sin embargo no se deniega la opción de reclamar mediante otras ramas indemnización por los prejuicios que les pueda ocasionar los atentados a su prestigio institucional, mediante lo dispuesto en el precepto 1902 de nuestro Código Civil (CC) probándolo adecuadamente[82] en el caso de las Corporaciones públicas, con excepción del Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno de la Nación, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, o el Consejo de Gobierno o el Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, las Cortes Generales y las Asambleas legislativas; que también podrán ampararse en los arts. 496 y 504 de nuestro CP frente a las injurias graves y calumnias que se viertan frente a las mismas. En estos casos, se tendría que contemplar si cabe el amparo de la libertad de expresión, en cuyo caso, operaría como causa excluyente de la antijuridicidad del precepto.

Por su lado, el Tribunal Supremo ha emitido una recientísima sentencia[83]con fecha 15 de junio del presente año, mediante la cual finalmente fija de modo expreso doctrina confirmatoria de lo precitado, negando la titularidad del derecho de honor del art. 18.1CE de las personas jurídico-públicas. Los magistrados se basaron en la jurisprudencia del TC que considera la incompatibilidad de este derecho subjetivo en este caso;

"Debemos partir de la doctrina que, con cita de otras Sentencias, se sintetizó en la STC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 3. En la misma recordamos que *los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos* (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1)[84]. Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública (STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2)"

Además de carácter personalista, que como ya hemos señalado, caracteriza a este derecho.

[82]Estas Instituciones no gozan de lo contenido en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
[83]STS 408/2016 de 15 de junio, Pleno del Tribunal Supremo.

Para finalizar este apartado, consideramos de interés señalar que en virtud de la concesión del derecho al honor de las personas jurídico-privadas, la STC 214/1991 de 11 de noviembre[85] reconoce la extensión del mismo a colectivos;

"El significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa."

De manera que faculta que en determinados casos se permita el ejercicio del derecho de forma conjunta si de la difusión de agravios se ven afectadas más de una persona por razón de su etnia, orientación sexual, raza o religión.

b) <u>El Gobierno.</u>

Por su parte, el propio Gobierno podría ser sujeto de críticas de igual manera como bien hemos comentado en el apartado anterior. Como ya hemos dicho, como entidad pública no goza de la protección del art. 18.1 CE, sin embargo, tampoco le sucede como en el caso de corporaciones públicas en general, que el único medio que poseen para reclamar indemnización por perjuicio derivado de difamaciones o injurias, es el art. 1902 del Código civil. Esta entidad, al igual que las que comentaremos a continuación como el Consejo General del Poder Judicial y las Fuerzas Armadas, gozan de la protección establecida en el art. 504 del CP contra injurias y calumnias.

Con relación al Gobierno, podemos citar el *Caso Castells contra España;* STEDH 1992/1 de 23 de abril, en la que implícitamente da su punto de vista sobre la posibilidad de reconocerle el derecho al "honor", aunque el centro de su análisis parta del derecho de libertad de expresión del demandante. Esto lo lleva a cabo disponiendo que la reputación del Gobierno no goza del mismo grado de protección que los particulares, debiendo soportar críticas más severas como condición imprescindible en el funcionamiento de un Estado democrático, expuesto al control y a la opinión pública, además del poder judicial y legislativo;

[85] En esta STC se extiende la protección del derecho al honor a colectivos más amplios, en este caso los integrantes del pueblo judío. Ejemplo más que trae a colación lo conveniente de garantizar el honor también de manera colectiva.

"Los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto al gobierno que a un simple particular, o incluso a un político. En un sistema democrático, sus acciones u omisiones deben estar puestas bajo el control atento, no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también del de la prensa y de la opinión pública." (párrafo 46).

Además, señala también en el mismo párrafo, que en el caso de tener que llevar a cabo medidas sancionadoras por graves injurias, deberá evitarse el castigo más grave existiendo otras posibilidades;

"La posición dominante que ocupa le impone mostrar moderación en la utilización de la vía penal, sobre todo si tiene otros medios para responder a los ataques y críticas injustificados de sus adversarios o de los medios de comunicación."

c) <u>El Poder Judicial.</u>

El órgano del Consejo del Poder Judicial se halla en una situación similar al Gobierno. Como ya hemos comentado en apartados anteriores, únicamente se encuentra protegido por el artículo 504 del CP y 1902 CC.

En relación a este tema, hay varios casos resueltos[86] por parte del TEDH como es la STEDH de 24 de febrero de 1997 *Caso De Haes et Gijsels contra Bélgica,* en la que se estima el amparo de libertad de expresión de un periodista frente al órgano que estamos tratando, a pesar de la importancia y el papel esencial que tiene el mismo; considerándose que toda crítica al mismo es permisible en un Estado democrático, siempre y cuando las alusiones tengan una mínima base fáctica. De conformidad a esto, tenemos la STEDH de 22 de febrero de 1989 *Caso Barford contra Dinamarca,* en el que se desestima el amparo de un periodista condenado por difamación, mediante la publicación de un artículo en el que hace una valoración crítica contra la reputación del poder judicial y el honor de dos jueces. El Tribunal valoró que, en este caso, las valoraciones proferidas carecían de medios probatorios y que la intencionalidad del demandante de amparo no era difundir unos hechos de interés general sino de verter graves acusaciones sin base ninguna contra el órgano del Poder Judicial y los dos jueces involucrados.

Por mencionar alguna sentencia de nuestro TC, consideramos interesante señalar como ejemplo la STC 121/1989 de 3 de julio, relativa a este asunto, sin embargo, conviene recordar que el motivo por el que un conflicto de estas características llega al

[86]Vid. CATALÁ I BAS, ALEXANDRE H., "Libertad de expresión e información: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción por el Tribunal Constitucional hacia un Derecho europeo de los Derechos Humanos," Revista General de Derecho. Valencia, 2001. Pág. 375.

TC, es por el presunto derecho a la libertad de expresión del solicitante de amparo, puesto que el Gobierno no se encontraría legitimado para solicitar amparo conforme al art. 18.1 CE. En esta sentencia, se consideró que se vulneraba el derecho de libertad de expresión de un periodista del periódico "El Día" de Zaragoza, tras una publicación en el mismo en el que con cierto tono irónico, crítica la presunta conducta de un juez (indeterminado), estimando que existen conductas o prácticas que ponen en peligro la seriedad de la justicia. En la columna objeto de litigio, prescindía de hacer referencia a casos concretos ni a sujetos individualizados, por tanto, se valoraba la vulneración del prestigio del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional, estimó el recurso de amparo, teniendo en cuenta la doctrina precitada y alegando además que la sentencia recurrida del Juzgado nº 1 de Instrucción de Zaragoza, aplicó directamente la norma penal y jurisprudencia del TS anterior a la Constitucional que no contemplaban la relevancia otorgada a este tipo de derechos fundamentales, cuya consideración debería haber llevado a eximir de responsabilidad penal al recurrente en amparo.

d) Las Fuerzas de seguridad.

Como ya hemos comentado, las Fuerzas de Seguridad se protegen de las injurias en el precepto 504 CP. Además, para sustituir las injurias leves expresadas contra las mismas, que con anterioridad a la reforma se recogían como falta en el Código Penal, se encuentran reguladas en la actualidad en la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana[87]. Es en su precepto 37.4 donde se establecen;

"Las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal.".

Estos agravios se consideran infracción leve, cuya sanción se regula en el art. 39.1 de la misma ley, que consistirá en el abono de una multa de entre 100 y 600 €.

Algunas sentencias en el ámbito europeo destacadas en esta materia, son las SSTEDH 1991/50 *Caso Sunday times* contra Reino Unido y 1991/51 *Observer y Guardian* contra Reino Unido, ambas de 26 de noviembre en la que la parte afectada son los servicios secretos de seguridad. En este caso, los medios de comunicación llevaron a cabo una divulgación de información confidencial con el pretexto de salvaguardar el

[87]En vigor desde el 1 de julio de 2015.

interés y la seguridad nacional. Dicha información ya había perdido su carácter confidencial por su publicación en otro país, por tanto, se consideró que en este caso la interdicción al periódico fue innecesaria en una sociedad democrática.

Asimismo, en la STEDH 1992/52 de 25 de junio *Caso Thorgeir Thorgeirson contra Islandia* se juzga una colisión entre los medios de comunicación y las fuerzas de seguridad, en la que su objeto, trata la publicación de un artículo mediante el que se denuncia con datos objetivos y juicios de valor la brutalidad policial en determinados sucesos. El tribunal valoró que la publicación, aunque describe hechos violentos e impactantes, versa sobre hechos probados que además se encuentran enmarcados dentro del interés general. Por otro lado, se valora la ausencia de mala fe en la intención del periodista, concluyendo que efectivamente se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de la parte demandante.

e) <u>Representantes políticos.</u>

Sobre este asunto el TEDH tuvo la ocasión de pronunciarse en el caso *Lingens* de 8 de julio de 1986[88], aclarando que aunque el político se encuentra amparado por la protección otorgada del art. 10.2 CEDH al igual que el resto de ciudadanos;

"(…) Las exigencias de esta protección deberán equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas" (punto 42, STEDH *Lingens),*

Motivo por el cual debe soportar en mayor grado de tolerancia las críticas, que los meros particulares. Partiendo de esto, es cierto que las labores públicas de las que se hacen cargo nuestros políticos, nos afectan a todos en mayor o menor medida, y esto supone que la crítica a su gestión no sólo es admisible, si no que podría considerarse conveniente. No obstante, podríamos preguntarnos si este hecho supone el amparo de agravios y ofensas que a día de hoy se perpetran con naturalidad en contextos públicos[89]. En lo concerniente a este asunto, el TC desde la STC 104/1986 de 17 de julio limita la utilización de términos ofensivos cuando resulten innecesarios para su comprensión, manteniendo inequívocamente que nuestra CE no reconoce en modo alguno un pretendido derecho al insulto.

[88]En esta Sentencia se sentó jurisprudencia a partir de unas premisas sobre las que estudiar las vulneraciones del art. 10 CEDH, reiterando posteriormente en sentencias sucesivas. Las premisas creadas- son; si la injerencia sufrida en ese derecho está prevista en la ley, si la finalidad de la misma es legítima y si esa vulneración es necesaria en una sociedad democrática.

[89] Como ya hemos comentado, las difamaciones públicas a día de hoy son más cuantiosas debido al uso extendido de las redes sociales, entre otros medios al alcance de cualquier sujeto.

En apoyo a esto, podemos señalar la STS nº 102/2014 de 26 de febrero, en la que el TS resuelve un caso en el que se califica al alcalde de entonces de Salamanca como "chalado" en un artículo de Opinión en "La Gaceta Regional de Salamanca". El tribunal consideró que en este caso no se producía una vulneración ilegítima a su honor, debido a que este suceso denunciado acaeció en un contexto de contienda política en el Ayuntamiento, cuya situación era notoriamente conocida en la ciudad, (los hechos manifestados eran objetivos y contrastados) y con repercusión en la gestión pública, considerándose así una trama de interés general. Además, discurre que el uso del término de "chalado" no se utiliza con *animus injuriandi*[90], si no que se emplea con el fin de calificar unos hechos en los que a su juicio, el ejecutivo había operado sin criterio ni lógica en una situación de especial relevancia.

Otra sentencia interesante es la STC 79/2014 de 28 de mayo, se analiza un caso en el que dos políticos y su partido, de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), interponen recurso de amparo frente a la cadena radiofónica Radio Popular, S.A., Cadena de Ondas Populares (COPE), por unas declaraciones vertidas por esta última en la que la solicitante de amparo considera que se ha infringido su honor. Citamos algunos ejemplos:

"Hay mucha gente que ignora que ERC es un partido siempre violento, siempre golpista, cuyas juventudes, los *Escamots* desfilaban a la manera fascista con camisas verdes, que fue desde Prats de Motlló golpista" - En fecha 13 de junio de 2.005. "La Mañana" de la COPE, en "La Tertulia" de las 8:00 horas.

O,

"No sé si es que piensa el ladrón que todos son de su condición y piensa que el PP también está lleno de pistoleros sin arrepentir como lo está la Esquerra Republicana,' y si te atreves Roviretxe, llévame a los Tribunales y vamos a repasar cuántos terroristas de Terra Lliure tienes en tu partido, con su historial y actividades. Empezando por Puigcercós; ¿era terrorista o sólo era el brazo político de los terroristas? Este Otegi de la ETA catalana." - En fecha 14 de junio de 2.005 "La Mañana" de la COPE, en el "Despertador" de las 6:00 horas.

En este asunto el TC desestima el recurso de amparo en base a que, aunque determina efectivamente, que el partido político se encuentra incluida en el ámbito de protección del art. 18.1 CE, las expresiones objeto de polémica, tienen suficiente base factual en el marco de la libertad de expresión, (Como indica el caso *Lindon y otros contra*

[90] "Ánimo de injuriar", es uno de los elementos a tener en cuenta por los tribunales para considerar que una expresión excede su amparo en el derecho de la libertad de expresión, de ahí que únicamente sea admisible la comisión dolosa; el *animus narrandi* (crítica constructiva) o *animus iocandi* (crítica en contexto humorístico) se excluyan del tipo.

Francia, STEDH de 22 de octubre de 2007) además de que los hechos relatados se encuentran en un contexto de interés público; alegando así conforme a la doctrina que;

"Quedarán amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público".

Por tanto y mediante una ponderación llevada a cabo por el tribunal, se concluye que la proyección pública en la que discurren las actuaciones objeto de crítica, el interés social y su base fáctica, la actuación de la cadena COPE se encuentra amparada en la libertad de expresión derivándose en la no existencia de vulneración al honor del partido político.

Aunque hemos precitado dos asuntos en cuyo caso la libertad de expresión se ha superpuesto al derecho al honor a pesar de la utilización de calificativos ofensivos en ciertos casos como en la STS nº 102/2014 de 26 de febrero y el uso del descalificativo "chalado", como ya hemos comentado, el límite se encuentra en estos casos en la utilización de agravios infundados, innecesarios y desproporcionados. Por ello resulta de interés comentar un caso en el que la libertad de expresión excede los límites, y es en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (SAP 94/2015 de 2 de febrero) donde se desestima en apelación las pretensiones de una conocida de televisión y radio la apelación de INTERECONOMIA CORPORACIÓN S.A. a favor de la dignidad y prestigio de la Consejera de Sanidad de Catalunya en 2013. Se apelaba a una sentencia en el que el Juzgado de Primera Instancia le condenó por injurias graves con publicidad a través del programa "El Gato al Agua", en la que se decía:

"Esta señora, es una guarra, una puerca y está fabricando degenerados. Esta guarra les anima a meneársela. En la antigua Roma había unos esclavos, los esprintias, que eran unos especialistas en arle a los patricios todo tipo de divertimentos sexuales atroces y que utilizaban niños muy pequeños en esas orgías, los sodomizaban. Esta tipa es una zorra repugnante"

La AP valora en este caso la existencia de *animus injuriandi* por parte del periodista, llevando a cabo;

"una ofensa reiterada y grave dado el tinte inequívocamente difamatorio de tales epítetos que van más allá de la pura descalificación profesional para entrar de lleno en el terreno personal." (F.J. 2º, aptdo. c)

Alegando además la legitimidad de la crítica y censura de la labor política, pero sin olvidar que;

"estos derechos no pueden amparar aquellos insultos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de opinión que supone un daño injustificado a la dignidad de las personas" (ibídem).

Para concluir el apartado, hemos de señalar un caso en el que entra en juego la garantía de la libertad de información que como ya hemos comentado, de igual manera puede confundirse y colisionar con derechos de honor como es el caso recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo[91] (TS), que destaca la prevalencia de la libertad recogida en el art. 20 CE sobre el derecho de honor de personajes públicos (más concretamente, como el caso que estamos tratando, los políticos). Dicha sentencia estima el recurso interpuesto por el periódico "El Mundo" frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que le condenaba por vulneración del derecho de honor del empresario Luis del Rivero Asensio en un artículo relativo a "Los papeles de Bárcenas", partiendo de los hechos objetivos de que el recurrido era una persona con relevancia pública en primer lugar, además de que el artículo periodístico trataba un asunto de gran transcendencia y significado en la sociedad haciendo uso de datos puramente objetivos y veraces. De esta sentencia destacamos que;

"Se debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, (…) pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el art. 8.2.a) LPDH[92], en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor."[93]

Por tanto, podemos observar que aunque el derecho del honor se considera tan importante como el derecho a la libertad de expresión, esta última tiene un amplísimo margen, de forma que en la práctica se podría decir que prevalece sobre aquel, especialmente en casos en los que los sujetos afectados son personas públicas como políticos, cuyas acciones en la mayoría de los casos se pueden considerar de interés general.

[91] STS 591/2015 de 23 de octubre de 2015, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
[92] Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Entrada en vigor el 3 de junio de 1982. Revisada el 23 de diciembre de 2010. El precepto citado de esta Ley establece en su punto 2 aptdo. a): "En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción, o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
[93] Ibídem STS, F.J. Tercero, p. 4.

f) Funcionarios públicos.

Los funcionarios públicos comunes, se pueden distinguir de los meros particulares, a la vez que de figuras más influyentes como los representantes políticos. En primer lugar, podemos aludir el artículo 210 de nuestro Código Penal (CP), en el que se expone que;

"El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas."[94]

Mediante este precepto podemos observar que en el caso de los funcionarios públicos hay mayores excepciones al derecho al honor que en el caso de ser un ciudadano común. Este hecho tiene su lógica, y es que en el caso de que estos individuos cometan un perjuicio en el ejercicio de su cargo, el Estado tendrá especial interés en clarificar lo acaecido, cediendo en este caso el derecho del honor del funcionario ante el interés preponderante del Estado[95]. Podemos observar que en relación a los funcionarios comunes a diferencia de los políticos con mayor relevancia en la sociedad, el punto de interés que puede suponer la exención a la protección de su honor en un contexto determinado, no surge a raíz de su persona, (en el caso de los políticos, al ser designados como representantes, adquieren el deber de soportar un mayor control a su persona por parte de la prensa y la ciudadanía, que en el caso del funcionario de la administración pública común no se requiere) si no de su actos en sujeción a un cargo público, por ello, se aprecia que el funcionario común, goza de mayor protección a su honor que un político en razón a su persona, pero menos que un ciudadano medio en razón a su cargo e influencia en asuntos de naturaleza pública.

En relación a esto, podemos señalar la STC 216/2013 de 19 de diciembre, en relación a la publicación de un artículo por parte de la Asociación Colectiva "Cuadernos del Sureste" en el que se criticaba a un funcionario del Ayuntamiento de Arrecife por considerar que su cargo público era incompatible con ejercer la abogacía en favor de particulares. Entre estas críticas destacan insinuaciones de que el funcionario llevaba a cabo su labor de manera "corrupta" o "rara", realizando "ciertas actividades oscuras". En

[94]Artículo actualizado por el número 113 del artículo único de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre del CP (BOE 31 de marzo). Vigencia desde 1 de julio de 2015.

[95]CARDENAL SERRANO y SERRANO DE MURILLO, *Protección penal del honor*. Civitas. Madrid, 1993, pág. 137.

este asunto finalmente se concedió el amparo a la primera por vulneración a su derecho de libertad de expresión frente al honor del funcionario, considerándose que lo publicado se trata de un juicio de valor y en consecuencia, se sustentaba por la libertad de expresión. Se tiene en cuenta además, como siempre en estos casos, que el asunto detallado tenía relevancia pública, y las insinuaciones y críticas tenían una base fáctica, considerándose así que el empleo de esos términos no se utilizan con el fin de humillar o menospreciar, si no de denunciar unos hechos que afectaban a todos en el plano público urbanístico; como tampoco se puede considerar que el término de expresiones como "corrupto" sean innecesarias para la información transmitida, que en el contexto se emplea con el fin de calificar la conducta sospechosa.

Por tanto teniendo en cuenta lo precitado, podemos considerar que el funcionario público, en razón de su cargo y las actividades que lleve a cabo en el mismo, se encuentra en una posición más asemejada a la de los representantes políticos que los meros particulares, por su situación de influencia en factores que nos afectan a todos.

4.3.4. HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN DE PERSONAJES FAMOSOS.

En el caso de estos sujetos, se da lugar a una situación similar a la de políticos u otros personajes de relevancia pública. Ello sucede, por su condición análoga de notoriedad, aunque se deba a motivos diferentes a los sujetos comentados anteriormente. Como bien establece la ya mencionada STC 134/1999 de 15 de julio;

> "Estos personajes con notoriedad pública asumen un riesgo frente a aquellas informaciones, críticas u opiniones que pueden ser molestas o hirientes, no por ser en puridad personajes públicos, categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, (…) sino porque su notoriedad pública se alcanza por ser ellos quienes exponen al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular." (F.J. 7, párf. 3)

A pesar de ello, y al igual que sucede con políticos u otros sujetos que ostentan cargos de gestión pública, se considera que la exposición de este tipo de individuos no supone que deba soportar en todo caso mayor grado de críticas que el ciudadano común, puesto que esto únicamente sucederá en relación a la actividad pertinente por la que el sujeto es conocido y prescindiendo además de expresiones injuriosas innecesarias. En su ámbito personal y privado, el personaje público ostentará la misma protección que un ciudadano común;

> "Con todo, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la

información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE" (F.J. 7, párf. 3)

Por tanto, como bien se afirma en la sentencia que estamos comentando en el mismo fundamento jurídico, y que bien podríamos señalar como diferencia a la situación de quienes ostentan cargos públicos y los ciudadanos comunes; lo que sucede es que el personaje famoso, por su actividad profesional o en otros casos, por hacer publicación de otros ámbitos de su vida, debe asumir mayor riesgo de crítica por la opinión pública, desde el momento en que da a conocer algún aspecto personal, en el que el personaje famoso no podrá exigir silencio a quienes divulguen información u opiniones al respecto.[96]

4.3.5. CONSIDERACIONES GENERALES.

Para concluir con el presente apartado, y teniendo en cuenta los puntos expuestos, podemos estimar que la libertad de expresión goza de una amplia protección en un contexto democrático, que en general le otorga un poder prácticamente absoluto. Esto es, en primer lugar, debido a que su condición de fundamental da lugar a que prevalezca sobre otros derechos y libertades que no gozan de esta condición; como, por ejemplo, el derecho de reputación y prestigio de corporaciones y entidades públicas, que no se consideran fundamentales por nuestra CE y cuya protección se encuentra únicamente en preceptos del CP y CC. Por otro lado y en segundo lugar, porque la doctrina jurisprudencial del TEDH y Constitucional a lo largo de los años, ha establecido la imposición de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales como el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, que únicamente en determinados casos se invierte. Y es que como ya hemos dicho, otros derechos como el interés general, creación de opinión pública e información, entran en juego, y la mera ofensa a un ente o colectivo no dará lugar a la censura.

Sin embargo, y a pesar de su amplio margen de acción, hay algunos límites infranqueables como sucede en el caso de menores, cuyo interés goza de especial protección y la vulneración de estos intereses de ninguna manera pueden verse

[96]Podemos señalar como ejemplo de ello, a los individuos que entran a concursar al conocido programa de TV denominado "Gran Hermano". Los concursantes comienzan el concurso siendo personas anónimas, sin embargo, su exposición en la televisión las 24 horas al día durante 3 meses, otorga el poder de los espectadores a opinar y divulgar información sobre el sujeto en relación a lo revelado.

justificadas por el ejercicio, aunque fundamental, de este derecho. Igualmente, en el caso de respetar ciertas pautas especiales fijadas por la ley en esta materia, podrá ejercerse el derecho con bastante libertad, lo que tampoco debe suponer un problema mayor.

Otro de los limites indiscutibles de la libertad de expresión, es el exceso en el empleo de agravios, y su uso innecesario como ya hemos analizado en apartados anteriores, y más allá de esto, la incitación a la violencia y el odio frente a la dignidad de un grupo de individuos, por su condición de vida y el mero hecho de ser diferente en un país en convivencia con una amplia pluralidad de sujetos con diferentes razas, creencias, religiones, ideas y formas de vida. Estos actos discriminatorios son lo que hemos conocido como "el discurso del odio" o *hate speech*.

4.4.Regulación internacional e interna.

Varios instrumentos internacionales contienen disposiciones que prohíben los discursos de odio; todas las formas de intolerancia y de discriminación fundada en la raza, la religión, las convicciones, etc. En primer lugar, conviene reiterar legislación que aunque no se refiera expresamente al discurso del odio, dispone de preceptos que lo rechazarían; como en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 en los arts. 1.3, 13.1 b), 55 c) y 76 c). También la DUDH de 1948 en sus art. 1, 2 y 7, el PIDCP de 1966 en los arts. 2.1, 20.2 y 20.26, el Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 en sus arts. 4 y 5, la Declaración sobre Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la Religión o las Convicciones de 1981. Asimismo, la Resolución núm. 52/122 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1997 trata más concretamente la cuestión de la intolerancia religiosa.

Más concretamente, en referencia al discurso del odio encontramos la Recomendación núm. R (97) 20 del 30 de octubre de 1997 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Recomendación del 13 de diciembre de 2002 de política general núm. 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial.

Por su parte, el Estado español en seguimiento de lo estipulado en el ámbito internacional y de la Unión Europea (UE) y en concordancia con la doctrina de nuestro

TC, tipifica además estas conductas en el CP[97], además de lo que se deduce de la CE con respecto a la protección a los derechos fundamentales como el honor, la libertad religiosa y otros derechos que pudieran verse vejados. Encontramos, entre otros; en el ámbito de las amenazas, el precepto 170.1 regula aquellas suficientemente graves para atemorizar a una población, grupo étnico, cultural o religioso. El art. 510 tipifica las conductas de quienes promuevan el odio y discriminación de cualquier grupo precitado (por el art. 170.1) a través de provocaciones, distribución de escritos o cualquier medio de carácter análogo, o enaltecimiento o negación de crímenes de lesa humanidad. Además, con la reforma de nuestro CP a través de la LO 1/2015 de 30 de marzo, se añade un art. 510 bis que amplía la tipificación de los delitos anteriores a los casos cuya práctica es llevada a cabo por personas jurídicas. Los arts. 522 y ss, tipifican los delitos contra la libertad de conciencia y religiosa y el art. 607 contempla como delitos de genocidio aquellos actos que tengan como propósito destruir un grupo determinado a través de asesinados u homicidios, agresiones sexuales, mutilaciones o lesiones que supongan la pérdida o inutilidad de algún órgano, acciones que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, traslados a la fuerza…etc.

Para finalizar, conviene añadir que en materia de incitación al odio a través de Internet y redes sociales, se ha promulgado recientemente el Código de Conducta[98] adoptado por las redes sociales *Twitter, Facebook, Youtube y Microsoft* con la Comisión Europea el 31 de mayo de este año, mediante el cual, las citadas plataformas acuerdan ejercer mayor control sobre los comentarios que puedan clasificarse dentro de los parámetros del "discurso del odio". Medida que se puede considerar interesante en la medida que estas redes constituyen a día de hoy poderosos medios de difusión a través de los cuales transmitir en cuestión de segundos todo tipo de información que, en ocasiones puede suscitar graves perjuicios a los derechos fundamentales de las personas. Todo ello, por supuesto, respetando unas reglas mínimas de garantía de la libertad de expresión en Internet, como sucedería de manera análoga en otros medios de comunicación, conforme a la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e

[97] CUEVA FERNÁNDEZ, R. "El discurso del odio y su prohibición." DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 35. 2012.
[98] Acuerdo de la Comisión Europea y las empresas TI. Comunicado de prensa: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_es.htm Bruselas, 31 de mayo de 2016.

Internet emitida la las Organización de las Naciones Unidas[99]; cuya finalidad reside en garantizar la libertad de expresión en Internet y limitar las posibilidades de restricción, que deberán estar previstas en las leyes y perseguir una finalidad legítima por el derecho internacional.

4.5. El discurso del odio. Jurisprudencia del TEDH y TC. Diferencias.

En este apartado, abordaremos la línea jurisprudencial en ambos ámbitos, que, aunque en principio, la lógica nos lleve a pensar que entre ellas debe haber simbiosis y actuaciones paralelas, no sucede así en todo caso. Por motivos históricos e ideológicos, existen algunos puntos en los que difieren, como es el negacionismo[100], o la instauración de una democracia militante[101] en algunos países europeos como Alemania, que supone diferencias con la democracia representativa existente en España, o la amplia protección en detrimento de la libertad de expresión que manifiesta el TC español a favor de la corona.

Comenzando por el ámbito del TEDH, vamos a citar algunas de las sentencias y leyes que hasta nuestros días, se tienen en cuenta para llegar a la conclusión oportuna en relación al discurso del odio en un supuesto de hecho concreto. Una vez analicemos la jurisprudencia en este ámbito, profundizaremos en la de nuestro régimen interno, destacando entonces las diferencias encontradas con respecto a Europa, con el fin de que nos sea más sencillo de entender.

En atención a la historia europea, es evidente que el Holocausto judío durante la II Guerra Mundial ocasionó grandes estragos en su memoria, de los que derivan hasta nuestros días grandes sensibilidades al respecto, situando el concepto de la dignidad

[99] Llevada a cabo por la ONU, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y gobiernos de Europa y de África. Emitida en Budapest en 2011. Texto disponible en www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849 (Consultado el 3 de enero de 2017).

[100] En atención a lo ya expuesto, el "Negacionismo" es una corriente que en el caso del Holocausto difundía una reinterpretación de los sucesos cometidos en ese periodo, cuestionando la veracidad de la existencia de un genocidio. Esta corriente produce gran inquietud en los países Occidentales dando lugar a la aprobación de la Resolución A761/L.53 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 26 de enero de 2006 que condena todo intento de negar o minimizar el Holocausto a nivel universal.

[101] Se entiende que es un modelo de democracia que se otorga el poder de defenderse a sí misma frente aquellos que pretenden vulnerarla mediante los mecanismos propios de la democracia. De esa manera, la Constitución limita la posibilidad de enmienda de valores constitucionales que se consideran irreformables. (Alemania y Francia).

humana[102] como derecho prevalente en caso de verse gravemente injuriado[103]. Ello da lugar a que acciones como la negación y justificación del genocidio se encuentren excluidas del alcance de protección de la libertad de expresión ya que suponen conforme al TEDH, un atentado grave a la dignidad de las personas agraviadas en este suceso, con su condena pertinente en dicho caso.[104] En el ámbito de la UE, el 15 de julio de 1996 se aprueba una Acción Común (modificada con posterioridad por la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JAI de 28 de noviembre[105]) en la que por primera vez el Consejo dio alas a los Estados miembro, a reprimir la negación pública del crímenes contra la paz, de guerra o de lesa humanidad y comportamiento despectivo contra un grupo de personas en atención a su nacionalidad, raza o religión, dando pie a partir de entonces al establecimiento sucesivo de normativa que hasta nuestros días será relevante al respecto.

Además en el ámbito jurisprudencial, encontramos en 1999 el *Caso Sürek contra Turquía*, TEDH 1999/28 en la que se establece que con la finalidad de prevenir y/o sancionar aquellas manifestaciones de incitación al odio y a la violencia, se debe atender a la proporcionalidad al fin legítimo a resguardar, teniendo en cuenta que la libertad de expresión en el marco democrático únicamente debe limitarse en casos de extrema gravedad (Un ejemplo de ello en el que no hay atisbo de duda es el *Caso Jersild contra Dinamarca*, TEDH 1994/36 de 23 de septiembre).

En este ámbito, en el marco del Consejo de Europa[106], podemos señalar el acuerdo de 16 de mayo de 2005 por el que se crea el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo[107], en concordancia con la jurisprudencia del TEDH como la STEDH de 20 de enero de 2000, asunto *Hogefeld* contra Alemania, que establece que no se puede amparar bajo el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la incitación a actos terroristas violentos, por lo que ciertas restricciones a los mensajes que puedan constituir una provocación indirecta a los mismos, están en consonancia con el

[102]La Constitución Alemana otorga una importancia absoluta a la dignidad humana. Se introduce el derecho al honor como límite expreso a la libertad de expresión.

[103]Especialmente en relación a este suceso histórico. Véase ALCÁCER GUIRAO, R. "La libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia: Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH" Revista Española de Derecho Constitucional nº 97. 2013. Págs.310-315

[104]*Caso Otto E.F.A Remer* contra Alemania, de 6 de septiembre de 1995 o *Caso Garaudy* contra Francia de 24 de junio de 2003.

[105] Esta disposición novedosa impondrá la obligación a los Estados de adoptar medidas contra el negacionismo u otros tipos de apología a delitos como el genocidio.

[106] Véase STC 112/2016 de 20 de junio F.J 3 párf. 3º.

[107] Convenio nº 196 del Consejo de Europa. Acordado en Varsovia, con fecha 16 de mayo de 2005 y publicado en España a través del BOE con fecha 16 de octubre de 2009.

Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Por su parte, en la Unión Europea[108], a través de la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008[109] establece que;

"Se entenderá por provocación a la comisión de un delito de terrorismo la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos."[110]

En el *Caso Féret* contra Bélgica, STEDH 2009/82 de 16 de julio, expone y a partir de entonces reitera, que la incitación al odio no necesariamente entraña la llamada a un acto de violencia, u otros delitos; si no que el hecho de injuriar con ánimo de humillar y desprestigiar a una persona o colectivo es suficiente para estimarse contrario a la buena fe y por tanto, ajena a la protección del artículo 10 CEDH.

Como sentencia de interés, tenemos el *Caso Vejdelan* y otros contra Suecia, STEDH 2012/11 de 9 de febrero, en el que se trata por primera vez de manera profunda el discurso del odio frente a un colectivo homosexual. Para llevarlo a cabo, se considera procedente extraer una clara analogía entre el racismo, la xenofobia y la homofobia, debido a que en los dos primeros casos ya han sido objeto de gran parte de la jurisprudencia del Tribunal, y se trata de igual manera de un rasgo de identidad inherente a la persona.

A continuación, y una vez aclarado algunos puntos relevantes en la doctrina derivada de Tribunales Europeos e Internacionales, y la legislación vigente internacional, podemos proceder a analizar la doctrina de nuestro TC, que actúa generalmente conforme a lo derivado en estos tribunales y en consonancia con nuestra ley nacional. Aunque a pesar de ello, hay algunos aspectos en los que el tribunal nacional choca con la jurisprudencia europea, como es en el caso comentado; el negacionismo. Un ejemplo de ello es la STC 235/2007 de 7 de noviembre[111], en la que el Pleno del TC resuelve una

[108] Ibídem STC. F.J. 3 párf. 5º.
[109] Modificadora de la redacción originaria de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002.
[110] Provocación a la comisión de un delito terrorista, captación de terroristas, adiestramiento de terroristas, hurto o robo con la finalidad de cometer uno de los delitos anteriores, o libramiento de documentos falsos administrativos para el mismo fin.
[111]En Francia, la Decisión 647/2012 de 28 de febrero del Conseil Constitutionnel français actúa de igual manera considerando inconstitucional la sanción impuesta a un político e historiador turco por negar

cuestión de constitucionalidad declara la inconstitucionalidad del delito de negación al genocidio, que en su momento se recogía en el artículo 607.2 del CP. A partir de entonces, fijó una nueva tendencia contradictoria con el TEDH en relación a la apología de regímenes políticos totalitarios al considerar que esta divulgación de pensamientos se encuentra amparada en la libertad de pensamiento y expresión si la difusión de ideas no contiene algún otro elemento como injurias o incitar a la violencia, ya que en ese caso el precepto penal vulneraría el derecho fundamental,

"Una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades" (F.J. 8, párf. 3).

Otra diferencia importante con el tribunal europeo, deriva de la promulgación de una democracia militante adoptada en Europa por el CEDH a través del art. 17, o por ejemplo, la Constitución alemana[112] a través de su art. 21.2[113], frente al modelo democrático considerado en España, cuyo TC ha negado en numerosas ocasiones que siga las mismas premisas en este sentido[114];

"(…) Y ello porque en el sistema constitucional español no rige el llamado privilegio de partido (reserva del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional e inmunidad frente a la persecución penal mientras no sea declarado inconstitucional por aquél), ni existen cláusulas de intangibilidad, ni -sobre todo- se prevén límites a los derechos que, como el de asociación política, pueden servir para cuestionar el orden establecido."

Esto deriva en una gran diferenciación en el grado de protección del discurso antidemocrático con respecto a Europa, cuya posición es evidente que es consecuencia (al igual que en el caso de negacionismo) del totalitarismo y el miedo a un resurgimiento[115], frente a la postura española que admite la constitución de grupos

públicamente el genocidio armenio. Véase REVENGA SÁNCHEZ, M, "Libertad de expresión y discursos del odio". Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, nº 12. Alcalá de Henares (Madrid) 2010. Págs.126 y ss.

[112]Ley Fundamental de la República Federal Alemana, "*Grundgesetzfür die Bundes republik Deutschland"* de 23 de mayo de 1949, Bonn.

[113] Que dice así: "*Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal."*

[114] SSTC 112/2016 de 20 de junio, 177/2015 de 22 de julio, 42/2014 de 25 de marzo, 31/2009 de 29 de enero, 48/2003 de 12 de marzo; entre otras.

[115] ALCÁCER GUIRAO, R., "Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes*"* - Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. nº 14-02, 2012. Pág. 8

políticos de toda clase de ideología, a pesar de que pueda parecer peligrosa o excesivamente radical (a menos que, como se ha precitado, se declare inconstitucional[116]).

A pesar de las diferencias, no en todo caso el TC o la justicia española en general actúa de manera dispar al TEDH, puesto que la justicia europea marca unas bases que influyen notablemente en nuestra jurisprudencia. Como apunte de interés, consideramos conveniente mencionar algunas sentencias constitucionales con repercusión en nuestra doctrina:

Podemos señalar, la STC 214/1991 de 11 de noviembre en la que el objeto de litigio son unas declaraciones de un ex jefe de las Waffen S.S. durante la II Guerra Mundial y el conflicto nazi. En estas, negaba el holocausto asignando que éste se debía a una invención del colectivo judío, hablaba con desprecio del mismo y enaltecía la labor e ideales de Hitler. En primer lugar, esta sentencia reconoce la legitimidad de una particular por su condición de ciudadana de un pueblo judío para promover una acción en representación del colectivo agraviado, y en segundo lugar, admite que las declaraciones proferidas por el ex jefe de las Waffen S.S, poseen connotación antisemita. Por ello, el Tribunal Constitucional amparó a la recurrente por considerar que las declaraciones publicadas no pueden encuadrarse en el ámbito de protección de la libertad de expresión, afirmando que efectivamente se ha vulnerado el honor de la solicitante de amparo por su condición de superviviente judía del campo de concentración de Auschwitz y descendiente directa de víctimas del holocausto.

En la STC 176/1995 de 11 de diciembre, se valora la legitimidad de un tebeo que describe viñetas ofensivas hacia el colectivo judío en el entorno del holocausto. El tribunal considera tras su lectura que se trata de un manifiesto que extralimita la libertad de expresión considerando que excede la mera broma;

"La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos." (F.J. 5, párf. 2)

añadiendo que,

"En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente."

[116]En España se han ilegalizado algunos partidos por el TS; Batasuna el 28 de marzo de 2003 por considerarlo el "brazo político de ETA", y Acción Nacionalista Vasca (ANV) el Partido Comunista de las Tierras Vascas (PCTV) en septiembre de 2008 por considerarlos partidos sucesores del primero.

Además, el TC valora la importancia de que el medio de difusión sea un tebeo, puesto que la mayoría de sus destinatarios podrán ser niños y adolescentes, cuyas personalidades e ideales aún se encuentran en periodo de formación, pudiendo influir en mayor medida en un público de estas características que en sujetos adultos. Conforme a esto establece finalmente que la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución.[117].

[117] Otra sentencia de contexto similar y de notable importancia es la STC 235/2007 de 7 de noviembre. En el que se trata la difusión de libros y todo tipo de material antisemita y justificadora del genocidio nazi por parte de la Librería Europa de Barcelona.

5. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO DEL ODIO EN LAS REDES SOCIALES.

Internet, se define en la RAE como "Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación". Su carácter descentralizado y universal, hacen que sea una plataforma de difícil control, ya que, aunque está en manos de muchos, realmente no es de nadie. Con sus aspectos ventajosos por un lado, y otros no tanto por otro, el poder de legislar en este espacio virtual, se convierte en ardua tarea, siendo relativamente sencillo realizar actos ilícitos en la red de forma anónima o bajo pseudónimo. Además, la continua y rápida publicación y divulgación de todo tipo de contenidos, a través de los innumerables apartados web existentes hace que sea prácticamente imposible llevar un control que prevenga la delincuencia en Internet. La rápida expansión de esta herramienta en estos últimos tiempos, ha superado la capacidad regulatoria de los Estados, dando lugar a enormes vacíos legales y un mayor espacio al abuso de poder y delictivo[118]. Podría considerarse que Internet es una sociedad virtual paralela cuya ley debe adaptarse a las dificultades del medio, y aunque complicado, los Estados y sus gobiernos han manifestado su intención de cooperar para prevenir y luchar contra el discurso de odio y sus consecuencias en Internet y redes sociales.

5.1. Medidas de prevención de discurso del odio en Internet.

a) Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Budapest 2001.

Además de la gran cantidad de normas internacionales e internas que ya hemos mencionado que implícita o expresamente, prohíben el discurso del odio; con el surgimiento de numerosas estructuras en Internet que facultan al individuo a expresarse, en ocasiones de manera extralimitada, se ha previsto la necesidad de establecer algunas normas que tengan como finalidad expresa controlar el discurso de odio en la red. El 23 de noviembre de 2001 en Budapest, se firmó en el seno del Consejo de Europa el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, el primer Tratado Internacional con la finalidad de aplicar una política penal común en Europa para enfrentar estos delitos a través de la red,

[118]JORDÀ CAPITAN E. y DE PRIEGO FERNANDEZ, V *La protección y seguridad de la persona en internet. Aspectos sociales y jurídicos.*Reus. Madrid, 2014 pág.52.

mediante el fomento de la cooperación entre Estados y la adopción de legislaciones adecuadas para hacer frente a esta problemática. En un primer momento, en el Convenio se previeron los delitos contra la confidencialidad de datos, falsificación, fraude, pornografía infantil y propiedad intelectual en Internet,[119] sin embargo, el 28 de enero de 2003 se añade un Protocolo adicional al Convenio relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba en el marco informático[120], contemplándose la necesidad de adoptar medidas legislativas para tipificar como delito en el derecho interno de cada Estado parte, las conductas que inciten al odio y a la discriminación por motivos raciales, religiosos, étnicos etc; como la difusión de material racista, amenazas e insultos con motivación racista y xenófoba, negación o justificación de crímenes contra la humanidad… etc a través de medios informáticos.

b) Código de Conducta de las Empresas TI y la Comisión Europea de 2016 y sus antecedentes.

Por su parte, las comentadas redes sociales con mayor repercusión social, como son *Facebook, Twitter y Youtube,* también se han visto en la necesidad de tomar medidas al respecto, tras numerosas reivindicaciones llevadas a cabo entre otras, por asociaciones contra el antisemitismo y el terrorismo u ONG's de protección contra el racismo y la homofobia. El Tribunal Supremo en la STS 623/2016 de 13 de julio se pronuncia por primera vez en este asunto estableciendo que "el discurso del odio" en *Twitter* no se encuentra amparado en la libertad de expresión[121]. Por analogía, se extiende al resto de redes sociales y es por ello que se comienzan a tomar decisiones en relación a la seguridad en las redes. Esto conlleva una alta complejidad ya que este tipo de plataformas se caracterizan por la permisión de que el individuo se manifieste libremente y sin censura, sin embargo, el abuso de este derecho en los últimos tiempos, y los incontables problemas suscitados a través de estas redes, ha dado lugar a la puesta en marcha de un Código de Conducta[122] acordado por las precitadas redes y Microsoft en el seno de Europa; en la Comisión Europea. Este acuerdo, fue publicado el 31 de mayo de 2016, en el que se recogen una serie de compromisos para luchar contra la propagación de la incitación

[119] Ratificado en España el 20 de mayo de 2010 y publicado en el BOE el 17 de septiembre de 2010. Disponible en http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-14221

[120] Ratificado en España el 11 de noviembre de 2014 y publicado en el BOE el 30 de enero de 2015. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-793

[121]En esta STS se hace también hincapié en lo precitado en este trabajo, que esto no supone la penalización del "chiste fácil o de mal gusto" ni se trata de "criminalizar las opiniones discrepantes".

[122] Acuerdo de la Comisión Europea y las empresas TI. Comunicado de prensa: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_es.htm Bruselas, 31 de mayo de 2016.

ilegal al odio en Internet en Europa; tales como la llevada a cabo de procedimientos de examinación de notificaciones relativas a la incitación al odio en Internet a través de sus redes, llevando a cabo su retirada en un plazo de 24 horas si procediera tras su valoración, además de educar y sensibilizar a los usuarios de los contenidos no autorizados. Este compromiso, se respalda mediante algunas declaraciones como;

"Los recientes atentados terroristas nos han recordado la urgente necesidad de hacer frente a la incitación ilegal al odio en Internet. Por desgracia, las redes sociales son uno de los instrumentos que los grupos terroristas utilizan para radicalizar a la gente joven y los racistas para difundir la violencia y el odio. Este acuerdo constituye un importante paso adelante importante para garantizar que Internet siga siendo un lugar de expresión libre y democrática en el que las normas y los valores europeos se respeten. Acojo con satisfacción el compromiso de las empresas mundiales de TI para examinar la mayoría de las notificaciones válidas para la retirada de manifestaciones de incitación ilegal al odio en un plazo de menos de 24 horas y retirar o deshabilitar el acceso a tales contenidos, en caso de que sea necesario." - VĚRA JOUROVÁ, Comisaria europea de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género.

"Las conductas de odio no tienen cabida en Twitter y seguiremos abordando este problema frontalmente junto con nuestros socios de la industria y de la sociedad civil. Mantenemos nuestro compromiso de permitir que continúe el flujo de tweets. Sin embargo, existe una clara distinción entre la libertad de expresión y las conductas que incitan a la violencia y al odio." – KAREN WHITE, Jefa de Política Pública para Europa de Twitter.

Este Código de Conducta continua la línea marcada por antecedentes ya emitidos por el Consejo de Europa, como el Primer Coloquio sobre Derechos Fundamentales de la Comisión Europea de octubre de 2015, dedicado a "Tolerancia y respecto: prevenir y combatir los delitos provocados por el odio antisemita y antimusulmán en Europa"[123], en el que se reflexionó sobre la necesidad de hacer frente a estos actos tras registrarse un notable aumento de los mismos. También encontramos la Declaración conjunta de los Ministros de Justicia y Asunto del interior de la UE y sus representantes con motivo de los atentados terroristas perpetrados en Bruselas el 22 de marzo de 2016[124], en el que se establecen medidas para combatir el terrorismo, en el apartado 7, como evitar la promulgación de propaganda terrorista. Como bien concluye la Comisión Europea en su comunicado de prensa de presentación del Código de conducta acordado con las principales redes sociales de transmisión de información, efectivamente,

[123] Documento disponible en http://www.accem.es/es/primer-coloquio-sobre-derechos-fundamentales-de-la-comision-europea-a1783

[124] Documento disponible en http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/24-statement-on-terrorist-attacks-in-brussels-on-22-march/

"La libertad de expresión es un valor europeo básico que debe preservarse, sin embargo, teniendo en cuenta la importante distinción llevada a cabo por el TEDH, entre contenidos que «ofenden, desconciertan o molestan al Estado o a cualquier sector de la población» y la incitación auténtica y grave al odio y a la violencia, hay que otorgar el poder a los Estados para sancionar e impedir esta última."

c) Ley de Protección de Seguridad Ciudadana y reforma del Código Penal de 2015.

En cuanto al régimen interno, cabe hacer mención a la LO 4/2015 de 30 de marzo de Protección a la Seguridad Ciudadana y a la reciente reforma de nuestro CP en 2015. En primer lugar, esta ley, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, se adoptó con el mismo fin de lucha contra el terrorismo yihadista y otras alteraciones de orden público, y entre sus medidas, se encuentran algunas que afectan al ámbito que estamos estudiando, como la libertad de expresión e información. Sin embargo, esta ley junto con la reforma del Código Penal de 2015, ha recibido un rechazo generalizado no solamente de la sociedad, que la ha denominado como "Ley Mordaza" si no también por la ONU o periódicos extranjeros influyentes como el conocido *The New York Times*[125], que llega a comparar la norma con medidas propias de la dictadura; "La nueva Ley Mordaza española es un retroceso preocupante a los oscuros días del régimen franquista". Por su parte, la ONU publicó una nota de prensa[126] cuando esta ley aún era un proyecto, por considerar que las medidas que se estaban llevando a cabo restringían en demasía los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, además de otros derechos como el de reunión. Consideraron además, que el entonces proyecto de reforma del Código Penal "incluye definiciones amplias o ambiguas que abren el campo a una aplicación desproporcionada o discrecional de la ley por parte de las autoridades".

Algunos de los problemas de la implementación de estas nuevas medidas, son la imprecisión de la descripción de delitos; por ejemplo, el art. 578.1 CP establece que "la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses", haciendo además, especial hincapié en aquellos supuestos que se cometan a través de medios de comunicación, Internet o cualquier medio de tecnología de la información. A raíz de esto se ha de tener especial

[125] Documento disponible en: http://mobile.nytimes.com/2015/04/23/opinion/spains-ominous-gag-law.html?_r=1&referrer (Consultado el día 5 de enero de 2016)

[126] Nota de prensa de 23 de febrero de 2014, Disponible en http://rightsinternationalspain.org/uploads/prensa/679e44c23174a8d67a65fe40c6324c4745d9eea2.pdf (Consultado día 5 de enero de 2016)

cuidado en el uso de redes sociales y la utilización de "humor negro"[127], hecho que podría afectar a más de un ciudadano que utilice las redes de manera relajada como en un entorno "amistoso". Por otro lado, el art. 575.2 CP considera que las personas que accedan de manera habitual a páginas web con contenido terrorista, pueden estar cometiendo un delito de terrorismo. El problema de ello es que las limitaciones son tan amplias, que todo aquel que acceda a estos contenidos, aunque sea por labores periodísticas o meramente curiosas, puede ser acusado. Los arts. 578 y 579 CP castigan también bajo delitos "terroristas" a quienes difundan mensajes por internet que "puedan ser considerados" enaltecimiento o justificación de delitos, sin más concreción; premisa que otorga un amplio margen de actuación sin la previsión de valoración de otros elementos como el verdadero ánimo de injuriar o promover verdaderamente la acción terrorista. Esto además, contradeciría, algunas de las afirmaciones que ya hemos comentado que ha hecho el TC frente al TEDH, en la STC 235/2007 de 7 noviembre, en la que establece como ya hemos dicho, que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (F.J. 8, párf. 3).

d) Consideraciones generales.

En definitiva, la regulación de prevención del discurso del odio y en especial en las redes sociales, no suponen tarea fácil. Hemos de tener en cuenta que nos encontramos en una situación en la que las limitaciones se llevan a cabo en detrimento de derechos fundamentales, y por ello, las leyes emitidas al respecto deben llevarse a cabo minuciosamente y concretando cuanto más mejor la tipicidad de conductas. De conformidad a lo expuesto por las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, los gobiernos deben priorizar ante todo estos derechos y por tanto, las situaciones extremadamente graves que requieran de su restricción, deberán verse fundamentadas de manera adecuada y comprensible, para evitar caer en decisiones y acusaciones discrecionales por parte de las autoridades.

Se ha de tener en cuenta de igual manera, que las redes sociales están al alcance de cualquiera y que, en la mayoría de los casos, los ciudadanos las utilizan como herramientas de ocio y entretenimiento. Esto da lugar a que en numerosos casos, un

[127] En relación a esto podemos recordar el caso de Guillermo Zapata, finalmente absuelto en la SAN 35/2016 de 15 de noviembre Sección 3ª de la Sala de lo Penal por la publicación de *tweets* de humor negro en su cuenta de *Twitter*.

usuario sintiéndose cómodo en una de estas redes, pueda cometer el "error" de publicar una imagen o comentario, que malinterpretado por terceras personas pueda resultar ofensivo, e incluso, tipificado en una normal penal o de seguridad por la ambigüedad de los preceptos de la misma. Por ello, el Estado deberá prevenir igualmente estas situaciones violentas evitando en la medida de lo posible restringir de manera innecesaria y desproporcionada estas libertades básicas.

5.2. **Jurisprudencia: Discurso del odio en la Redes sociales.**

Una vez ya hemos conocido las redes sociales más polémicas y relevantes, y los peligros que entrañan su mal uso, teniendo en cuenta las funcionalidades y formas de expresión facilitadas por cada una de ellas, resulta de interés mencionar casos polémicos de discurso de odio llevadas a cabo mediante estas tres redes sociales. Comenzando por *Twitter*, podemos señalar la SAN 29/2016 de 21 de noviembre, en la que se condena penalmente como autor directo del delito de enaltecimiento del terrorismo a un hombre (con 406 seguidores y perfil de carácter público) por glorificar la actividad de la organización terrorista ETA y humillación a sus víctimas. En este caso, la AN consideró que existía un ánimo real de injuriar, y claro sentimiento de odio contra grupos de personas por motivos ideológicos, sobrepasando la mera burla y sin intencionalidad de hacer humor. Además, la Audiencia valora que la conducta prolonga temporalmente y denota una actuación deliberada y consciente, descartándose que pueda tratarse de un caso puntual. Algunos de estos *tweets* son:

- *Con despojos humanos como @pacomarhuenda caminando tranquilamente por las calles una verdadera lástima la disolución de ETA.* – 9 de mayo de 2012.
- *Si no hay respeto por las víctimas de la guerra civil y del franquismo tampoco lo habrá por las del terrorismo. GORA#ETA*. – 20 de marzo de 2013.
- *"Vivan los terroristas que asesinan a politicos del Partido Popular! ¡Larga vida a aquellos que nos libren de esta dictadura! ¡GORA ETA!*. – 23 de marzo 2013.

Hemos de añadir que son bastante frecuentes las sentencias en relación a esta materia en las que se valoran casos de enaltecimiento al terrorismo de ETA, extralimitando los parámetros de la libertad de expresión, como la STS 623/2016 de 13 de julio, la SAN 556/2015 de 9 de diciembre o la SAN 3/2016 de 23 de febrero, entre otras.

Otra sentencia que podemos señalar es la SAP de León 233/2015 de 27 de abril, en la que se condena a un hombre por verter amenazas leves del art. 620.2 CP contra otro a

través de la red social haciendo un uso abusivo de sus derechos, a través de tweets como: "Mira bien cuando vayas a cruzar la calle… Estás cosechando lo que sembraste. Y si te haces el loco y sigues provocando vas a terminar…" Con fecha 3 de marzo de 2014.

En relación a *Facebook,* encontramos la SAN 38/2016 de 15 de noviembre en la que se valora un caso de participación activa de la organización terrorista de DAESH a través de esta red social. La acusada, interesada por la guerra de Siria y convencida de que los rebeldes contra el Estado eran los "buenos", se creó un perfil en *Facebook* con el fin de contactar con miembros de esta organización. Una vez realizado el proceso de radicalización llevado a cabo también a través de esta red social, comenzó a encargarse ella misma de realizar actividades de adoctrinamiento, captación y control de mujeres mediante sus contactos. Además, la sentencia también hace mención en su F.J. 1º, párf. 4, a que la acusada veía a través de *YouTube*, videos de contenido religioso; todos de Sheikhs salafistas de Arabia Saudí, entre los que se encontraba Alvaro, que estaba contra el presidente de Siria y a favor de la yihad contra dicha persona.

Encontramos otro caso del Juzgado de lo penal nº 1 de Pamplona nº 273/2016 de 11 de octubre, en el que se condena a un hombre como autor responsable de un delito de odio por subir un video a *Facebook* con fecha 10 de abril de 2015, en el que se podía visionar un alto contenido antisemita. Según los hechos probados, este video, que además era carácter totalmente público, titulado "Asesina a los judíos", incluía una imagen de tres menores judíos asesinados bajo la rúbrica de: "Tres judíos aniquilados". De igual manera, el vídeo tenía "contenido musical para así atraer a personas jóvenes y con la letra en inglés, que hace más sencilla su distribución y comprensión por las redes sociales, aparecen unas mujeres que incitan a la violencia contra las personas de religión judía y contra el Estado de Israel, diciendo reiteradamente; "Mata, mata a los judíos", arrancando la cabeza a un muñeco vestido de judío ortodoxo, al que también simulan clavar de forma reiterada un cuchillo de grandes dimensiones.

Por último, de *YouTube* también encontramos sentencias relacionadas con el enaltecimiento del terrorismo, como la STS 106/2015 de 19 de febrero, en la que el recurrente ve rechazadas sus pretensiones en casación por sobrepasar la libertad de expresión mediante discurso del odio en *YouTube*, mediante la creación y difusión de archivos de audio y/o vídeo a través de esta web, con expresiones alusivas a organizaciones terroristas como Al Qaeda, RAF o ETA; apoyando sus acciones y

justificando su existencia. Otras sentencias de índole similar son la SAN 24/2014 de 19 de mayo, la SAN 7/2016 de 4 de febrero o la STS 846/2015 de 30 de diciembre.

A pesar de que podamos observar que es evidente que a través de estas redes sociales se producen numerosos conflictos de extralimitación de la libertad de expresión, no debemos olvidar como hemos reiterado en numerosas ocasiones, que hay situaciones que, a pesar de que *a priori* puedan considerarse cumplidoras de los parámetros del discurso del odio, finalmente cabe dictaminar la improcedencia de tal calificación, por la ausencia de *animus injuriandi* por parte de transmisor, como sucede por ejemplo en casos de publicación de contenidos de "humor negro". Cabe señalar la recientísima sentencia SAN 35/2016 de 15 de noviembre, en la que se valora la publicación de expresiones "macabras" a través de la cuenta de *Twitter* de un concejal. La acción contra el funcionario se llevó a cabo por la Entidad "Asociación Dignidad y Justicia" por un supuesto delito de enaltecimiento de humillación a las víctimas del terrorismo. Entre otras expresiones, el concejal publicó *tweets* como;

"Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcasser para que no vaya Irene Villa a por repuestos",

u otros chistes como

"¿Cómo meterías a cinco millones de judíos en un 600?: En el cenicero".

La Audiencia considera que no existe ánimo injurioso en los tweets, reconociendo que pueden ser manifestaciones reprobables, pero no constituyentes de delito. Se observa que no muestra una actitud que tenga como fin humillar ni atacar el honor de cierto colectivo o persona concreta, puesto que cada "chiste" trata distintas temáticas. Por tanto, esta sentencia es un ejemplo de no vulneración del honor y la dignidad de las personas a través de mensajes que *a priori* se pueden vislumbrar como ofensivos, pero que, tras su análisis, no cabe considerar que extralimite su libertad de expresión por falta de *animus injuriandi* y encontrarse en un contexto humorístico con ausencia de ánimo a incitar al odio o a la violencia.

Otra sentencia de índole similar es la SAP de Salamanca 44/2016 de 30 de mayo en la que, una vez analizadas en profundidad, se exime al autor de responsabilidad por ausencia de ánimo de injuriar o por carecer de relevancia jurídica penal. Es por ello que el asunto del discurso del odio encierra una alta complejidad de valoración en la que hay que tener en cuenta diversos elementos, tales como; los derechos fundamentales de la

libertad de expresión y el derecho de honor de las personas, el ánimo y la actitud del emisor del mensaje; que además son factores subjetivos, lo que conlleva mayor dificultad de valoración, el contexto, la publicidad… etc.

5.2. Ventajas e inconvenientes de la Redes Sociales.

Sin duda la aparición de las redes sociales y las posibilidades que traen consigo, suponen un indiscutible avance en materia de participación social a todo ciudadano, tanto a nivel de recepción como de emisión de información y opinión. Como bien tratamos en este trabajo; la libertad y el derecho a la información y de expresión, son derechos fundamentales que ostenta todo individuo y que además son imprescindibles como garantía en un Estado democrático. Por ello, las redes sociales constituyen un mecanismo idóneo para el ejercicio de estos derechos; desempeñando el papel de salvaguarda y garantía de cumplimiento efectivo de estos derechos. Además, la posibilidad de conocer tantos puntos de vista como personas hay, reflejan el pluralismo multicultural e ideológico manifestado por nuestra CE, saltando de la mera teoría a la práctica indudable.

Estamos de acuerdo en las grandes ventajas y beneficios para la sociedad que derivan de este nuevo fenómeno, sin embargo, la problemática que conlleva el mal uso o el abuso de las mismas es igualmente un factor transcendental en la materia, que pueden dar lugar a un efecto contrario al buscado: la desinformación o vulneración de otros derechos también fundamentales. Obviando la adicción y severa dependencia a estas redes que pueden generar sobre todo en el sector de la sociedad más joven, u otros asuntos como la facilidad de usurpación… etc, vamos a comentar aquellas contrariedades que afectan a la sociedad de la información y la libertad de expresión ya que es el tema que nos ocupa.

Por un lado, la sencillez de divulgación de información y hechos, suponen que la transmisión de falsedades y bulos sea de igual manera fácil de ramificar, hechos que pueden ocasionar perjuicios más o menos graves a entidades, profesiones, personas, instituciones…etc, afectadas por la falsa información. A día de hoy la información que recibimos es fácilmente manipulable por cualquiera, y su fácil transcendencia da lugar a confusión y engaños, degradando el derecho de obtención de información veraz, requisito indispensable para la eficaz aplicación de estas garantías y la formación de opinión pública. Esta fácil manipulación de información proferida a través de estas redes deviene de la gran dificultad de control de la información que circula por estas redes. A día de

hoy no contamos con ningún tipo de sistema que pueda encargarse de esta ardua tarea, considerándose prácticamente imposible combatir contra la difusión de bulos, cuya única arma consistiría en que el propio usuario se encargue de contrastar y no confiar en todo aquello que circula por la red.

Otro inconveniente derivado del uso abusivo de la libertad de expresión facilitada por estas redes supone la difusión de discursos ilegales incitando al odio y a la violencia. La posibilidad casi ilimitada de expresar sentimientos e ideas da lugar a la publicación de discursos que van más allá de lo ofensivo[128], perjudicando gravemente a los grupos referidos e influenciando a otros más vulnerables, especialmente jóvenes. El control de estas publicaciones es igualmente difícil de vigilar, sin embargo, dada la gravedad de la situación, algunas plataformas influyentes han llegado a un acuerdo de alcance europeo, como el precitado acuerdo de prevención y control, publicado el 31 de mayo[129] de este año entre la Comisión de Europa y Facebook, Twitter, Youtube y Microsoft. En él se hace público un Código de conducta que tiene como fin evitar la propagación del discurso del odio en Europa; comprometiéndose a revisar las alertas de contenidos ilegales y su retirada cuando procediere e incluso cerrando cuentas de usuarios conflictivos, aunque su reciente entrada no nos permite concluir si su aplicación es del todo efectiva o si por el contrario se requiere de complementación legislativa o de otro tipo.

Frente a estos inconvenientes, podemos resaltar numerosas novedades y ventajas de las que disponemos hoy gracias a las redes sociales y en general, todo tipo de plataformas de interacción social e informativa que surgieron a partir de la web 2.0. Un buen uso de estas redes, como ya hemos dicho, resultan altamente satisfactorias en materia de garantía de derecho de libertad de expresión e información. Las redes sociales ofrecen al usuario la posibilidad de puesta en contacto al momento, de manera sencilla y bajo coste a todas las novedades de actualidad en cualquier parte del mundo. Con ello, permite además que las personas puedan conectarse entre sí, a tiempo real a pesar de encontrarse en distintos países o continentes. También se permite al usuario la posibilidad de dar su opinión y debatir en distintos asuntos de su interés a través de las diversas páginas web que encontramos en Internet, que como ya hemos dicho, es como una

[128]Como ya hemos comentado en reiteradas ocasiones, la mera ofensa a un colectivo no supone la extralimitación de la libertad de expresión.

[129]Acuerdo de la Comisión Europea y las empresas TI. Comunicado de prensa: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_es.htm Bruselas, 31 de mayo de 2016.

sociedad virtual en la que la búsqueda de información y debate, resulta más sencilla que en “el mundo real”.

6. CONCLUSIONES FINALES.

Es evidente, que la aceleradísima evolución que se ha materializado en pocos años en nuestra sociedad en materia tecnológica e informativa, ha sobrepasado la capacidad de legislación y toma de decisiones del Estado para adecuar nuestro modelo normativo a estos cambios. Cierto es además, que nos encontramos ante una problemática compleja, debido principalmente, a que entran en juego los derechos fundamentales, al mismo tiempo de la existencia de enormes dificultades que entraña la materia en sí; el eterno debate de la intervención del Estado en Internet, y en su caso, sus delimitaciones.

Tras el análisis de algunas situaciones acaecidas en Internet, hemos podido observar los motivos por los que finalmente, se ha considerado necesario regular algunos ámbitos de esta herramienta universal, en la medida en que el uso abusivo de derechos fundamentales en plataformas de interacción social, puede conllevar consecuencias realmente graves para la sociedad. Vemos lo sencillo que es hoy, crear y acceder a espacios de opinión y difusión de ideas que incitan al odio contra colectivos, justifican y apoyan actos terroristas, e incluso facilitan el contacto entre personas verdaderamente involucradas en la causa con fines que extralimitan lo meramente informativo o curioso. En general, la mayoría de las personas utilizan las redes sociales y otras plataformas de internet como pasatiempo, haciendo un uso "relajado" de estos instrumentos, sin embargo, la inconsciencia puede suponer un elemento de temeridad en algunos casos. Y por otro lado, además, cualquiera puede "jugar" a ser periodista, difundir o recibir información falsa, ilícita o perversa, en ocasiones de manera consciente o inconsciente.

Se hace palpable así, la necesidad de intervención del Estado en defensa del interés social y bienestar público, sin embargo, en virtud de que estamos tratando medidas que pueden conllevar la limitación de libertades fundamentales, bajo mi punto de vista, se ha de tratar de hacer un estudio minucioso de la sociedad y la problemática, previamente a su creación e implantación, aunque esto pueda suponer un atraso en la promulgación de tales normas. Las actuaciones en materia de estos derechos, suponen una tarea delicada, y por tanto, se ha de considerar no adoptar medidas a la ligera, además de barajar alternativas menos restrictivas si se pudiere, y principalmente, concretar los supuestos delictivos prescindiendo de ambigüedades para evitar aplicaciones arbitrarias.

Por nuestra parte, consideramos que además de la creación de leyes para evitar situaciones violentas a través del uso indebido de estas redes, el Estado podría adoptar medidas de concienciación social sobre lo que supone un uso inadecuado de redes sociales, al igual que se hace con otros problemas latentes en nuestra sociedad; campañas para evitar el consumo de estupefacientes, de información para la práctica de sexo responsable y evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual, seguridad vial… etc. Todo ello, debe enfocarse con el fin de evitar que la creación de estas normas, no sólo no solucionen estos problemas, si no que cree más, dando lugar a situaciones en las que se vean innecesariamente vulnerados derechos fundamentales de los individuos. Por ejemplo, no cabe aceptar que, en un sistema democrático, se den situaciones en las que se pueda considerar "terroristas" a personas que publiquen contenidos de humor negro en la web, ya que, aunque puedan considerarse prácticas molestas para algunos, la ausencia de mala fe o peligro real, no da lugar a la extralimitación de la libertad de expresión de las personas, atentando así directamente contra derechos fundamentales y creando situaciones de censura improcedente en una democracia.

Por tanto, hemos de concluir que, a pesar de los perjuicios que se pueden ocasionar a través de Internet, y estando totalmente de acuerdo en la necesidad de implantar medidas para evitar situaciones que atenten contra el interés general, debemos priorizar ante todo, los derechos fundamentales de las personas, sin olvidar que vivimos en un Estado democrático, cuyos derechos fundamentales sirven de base y cuya limitación debe valorarse únicamente en situaciones excepcionales, y de manera fundamentada adecuadamente. Es por ello, que consideramos que debe evitarse la implantación "urgente" de medidas sin un análisis exhaustivo previo, ya que, en materia de derechos fundamentales, no debe darse pie a interpretaciones erróneas o arbitrarias, ya que puede suponer que el sistema democrático del que dependemos, se tambalee. Por otro lado, la puesta en marcha de campañas de concienciación como hemos comentado, puede servir de instrumento de apoyo para que las personas comprendan que las redes sociales son instrumentos verdaderamente potentes, y que en nuestra mano está hacer un buen uso de ellas y sacar su máximo rendimiento, estando al día de la actualidad y temas de nuestro interés, mantener más fácilmente relaciones con personas a las que queremos, darnos a conocer en ámbitos profesionales, artísticos o lúdicos, y aprovechar todas las ventajas de las que a día de hoy disponemos de manera rápida, sencilla y a bajo coste; frente un uso

inconsciente y temerario, divulgando información que puede conllevar consecuencias graves, frente a personas y en general, dañando el bienestar social y democrático desperdiciando las amplias ventajas que nos otorga la Era de la Información y Tecnológica en nuestros días.

BIBLIOGRAFÍA:

AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J, *Aspectos legales de las Redes Sociales.* Bosch. Barcelona, 2016.

ALCÁCER GUIRAO, R "Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. nº14-02. 2012

ALCÁCER GUIRAO, R. "La libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia: Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH" –Revista Española de Derecho Constitucional. nº 97. 2013. .

BJORN ARP, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

BUSTOS GISBERT, R. *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014.

CACHÓN, L. "España y la Directiva 2000/43: de la ocasión perdida a una legislación general sobre igualdad de trato". Revista Tiempo de paz. nº 73. 2004

CARDENAL SERRANO y SERRANO DE MURILLO, *Protección penal del honor*, Civitas. Madrid, 1993

CATALÁ I BAS, ALEXANDRE H., "Libertad de expresión e información: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción por el Tribunal Constitucional hacia un Derecho europeo de los Derechos Humanos*".* Revista General de Derecho. Nº 156. Valencia, 2001

CORTARELO R. y OLMEDA J. A. *"La Democracia del siglo XXI: Política, medios de comunicación, Internet y redes sociales."* Colección Estudios Políticos. Madrid, 2014.

CUEVA FERNÁNDEZ, R. "El discurso del odio y su prohibición*",* DOXA: Cuadernos de filosofía del Derecho. Nº 35. 2012.

DAVARA FERNÁNDEZ, L. *Implicaciones Socio-Jurídicas de las Redes Sociales.* Thompson Reuters Aranzadi. Cruz Menor (Navarra) 2015.

DELAFOSSE M. "*L'Étatactuel de l'islam dans l'Afrique occidentale française", Revue du Monde Musulman*, nº 5 vol 11. 1910.

DÍEZ-PICAZO, L. *Sistema de Derechos Fundamentales,* Civitas. Pamplona 2013.

ELIZONDO URRESTARAZU, J.I. "Discriminación racial y de origen étnico en la Europa de los derechos." Revista de Derechos Fundamentales. nº 6. 2011. págs. 71-116

ELVIRA PERALES A. "Sinopsis del art. 20 CE" 2003 actualizada por GONZÁLEZ ESCUDERO A. 2011.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L.M. *Redes Sociales, Instrumentos de participación democrática. Análisis de las tecnologías implicadas y nuevas tendencias.* Dykinson, Madrid, 2015.

GOULART, G. "*O impacto das novas tecnologías nos direitos humanos e fundamentais: O acceso à l'Internet e a liberdade de expressâo*" Revista *Dereitos Emergentes na Sociedade Globa*l, nº 1 vol. 1. 2012.

JORDÀ CAPITAN E. y DE PRIEGO FERNANDEZ, V *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos.* Reus. Madrid, 2014.

KADUSHIN, C., *Comprender las redes sociales. Teorías, conceptos y hallazgos.* Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) Madrid 2013.

MARTÍNEZ ALBARRACÍN, C. "La mujer en el Islam" III Congreso virtual sobre historia de las mujeres, 31 de octubre de 2011.

PEREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional,* Marcial Pons. Madrid, 2014.

REVENGA SÁNCHEZ, M. "Libertad de expresión y discursos del odio". Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, nº 12. Alcalá de Henares (Madrid), 2010.

RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación.* Tecnos. Madrid, 1986.

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Caso *Lingens,* STEDH de 8 de julio de 1986.

Caso *Handyside,* STEDH de 7 de diciembre de 1986.

Caso *Lindon* y otros contra Francia*,* STEDH de 22 de octubre de 2007.

Caso *De Haes et Gijsels* contra Bélgica, STEDH 1997/12 de 24 de febrero de 1997.

Caso *Barford* contra Dinamarca, STEDH de 22 de febrero de 1989

Caso *Observer y Guardian* contra Reino Unido*,* STEDH 1991/51 de 26 de noviembre de 1991.

Caso *Sunday Times* contra Reino Unido*,* STEDH 1991/50 de 26 de septiembre de 1991.

Caso Thorgeir Thorgeirson contra Islandia*,* STEDH 1992/52 de 25 de junio de 1992.

Caso Sürek contra Turquía, STEDH 1999/28

Caso Jersild contra Dinamarca, STEDH 1994/36 de 23 de septiembre

Caso *Hogefeld* contra Alemania, STEDH de 20 de enero de 2000

Caso Féret contra Bélgica*,* STEDH 2009/82 de 16 de julio

Caso Vejdelan y otros contra Suecia*,* STEDH 2012/11 de 9 de febrero.

Caso Hoffman contra Austria, STEDH 27/1993 de 23 de junio.

Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, STEDH 1976/5 de 7 de diciembre.

Caso Timishev contra Rusia, STEDH 2005/135 de 13 de diciembre de 2005.

Caso Identoba y otros contra Georgia, STEDH 2015\128081 de 12 de mayo de 2015

Tribunal Constitucional.

STC 6/1988 de 21 de enero.

STC 6/1981 de 16 de marzo.

STC 85/1992 de 8 de junio.

STC 107/1988 de 8 de junio.

STC 51/1989, de 22 de febrero.

STC 35/1983 de 11 de mayo.

STC 51/2007 de 12 de marzo.

STC 177/2015 de 22 de julio de 2015.

STC 79/2014 de 28 de mayo.

STC 139/1995 de 26 de septiembre.

STC 107/1988 de 8 de junio.

STC 51/1989 de 22 de febrero.

STC 121/1989 de 3 de julio.

STC 214/1991 de 11 de noviembre.

STC 235/2007, de 7 de noviembre.

STC 214/1991 de 11 de noviembre.

STC 176/1995 de 11 de diciembre.

STC 134/1999 de 15 de julio.

STC 197/1991 de 17 de octubre.

STC 185/2002 de 14 de octubre.

STC 127/2003 de 30 de junio.

Tribunal Supremo.

STS 1396/2011 de 28 de diciembre. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

STS 591/2015 de 23 de octubre. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

STS 106/2015 de 19 de febrero. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

STS 1145/2006 de 23 de noviembre. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

STS 102/2014 de 26 de febrero. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

STS 846/2015 de 30 de diciembre. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

STS 623/2016 de 13 de julio. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

STS 408/2016 de 15 de junio. Pleno del Tribunal Supremo.

Audiencia Nacional.

SAN 29/2016 de 8 de noviembre. Sección 1ª de la Sala de lo penal.

SAN 38/2016 de 15 de noviembre. Sección 4ª de la Sala de lo penal.

SAN 24/2014 de 19 de mayo. Sección 1ª de la Sala de lo penal.

SAN 7/2016 de 4 de febrero. Sección 4ª de la Sala de lo penal.

Audiencia Provincial.

SAP 44/2016 de 30 de mayo. Sección 1ª Audiencia Provincial de Salamanca.

SAP 233/2015 de 27 de abril. Sección 3ª Audiencia Provincial de León.

SAP 419/2009 de 14 de octubre. Sección 1ª Audiencia Provincial de Madrid.

SAP 142/2015 de 12 de noviembre. Sección 1ª Audiencia Provincial de las Islas Baleares.

SAP 388/2012 de 5 de septiembre, Sección 8ª Audiencia Provincial de Barcelona.

Juzgado de lo penal.

SJP nº 1, 273/2016 de 11 de octubre. Juzgado de lo Penal de Pamplona

RECURSOS ELECTRÓNICOS.

Thomson Reuters ARANZADI, bases de datos digitales de acceso a información jurídica.

DIALNET, Portal de difusión bibliográfica de contenidos científicos.

vLEX ESPAÑA, Portal jurídico de legislación, jurisprudencia y otros recursos jurídicos.