

Este estudio analiza la normativa y estándares de *soft law* del derecho internacional de los derechos humanos sobre discurso de odio hacia migrantes, así como la principal jurisprudencia relevante del Tribunal de Estrasburgo. Aplica estos desarrollos al caso *García Albiol*, y al más reciente caso de Vox como medidor de la situación española respecto a tales avances. Respecto a este último caso, se ofrece una relación con posteriores discursos de este partido político, haciendo énfasis en los peligros que supone el discurso online y las noticias falsas para la dignidad de los migrantes. Se concluye que falta en España un trabajo de integración de los estándares internacionales en la jurisprudencia nacional, y que la incitación a la discriminación es un terreno en que hay un riesgo muy real de que los derechos de los migrantes se vean afectados.

Palabras clave: Discurso de odio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los migrantes. Populismo. Diversidad cultural. Lucha contra la xenofobia, el racismo y la intolerancia en el Derecho Internacional. Caso *García Albiol*. Discurso de Vox.

Azterlan honek migratzaileen aurkako gorroto-diskurtsoari buruzko giza eskubideen nazioarteko zuzenbidearen *soft law* araudia eta estandarrak aztertzen ditu, baita Estrasburgoko Auzitegiaren jurisprudentzia garrantzitsu nagusia ere. Garapen horiek *García Albiolen* kasuari aplikatzen dizkio azterlanak, baita Voxen kasurik berrienari ere, aurrerapen horiei dagokienez Espainiak duen egoera neurtzeko. Azken kasu horri dagokionez, alderdi politiko horren ondorengo diskurtsoen zerrenda bat erantsi da, eta online diskurtsoak eta berri faltsuek migratzaileen duintasunerako dituzten arriskuak azpimarratzen dira. Ondorioztatzen da nazioarteko estandarrak estatuko jurisprudenzian integratzeko lana egiteko dagoela Espainian, eta diskriminazioa bultzatzea oso arriskutsua dela, migratzaileen eskubideei eragiten baitie.

Giltza-hitzak: Gorroto-diskurtsoa. Migratzaileen giza eskubideen nazioarteko zuzenbidea. Populismoa. Kultura-dibertsitatea. Xenofobiaren, arrazismoaren eta intolerantziaren aurkako borroka nazioarteko zuzenbidean. *García Albiolen* kasua. Voxen diskurtsoa.

Cette étude analyse la législation et les normes dites de *soft law* du droit international sur les droits humains concernant les discours de haine à l'égard des migrants, ainsi que la principale jurisprudence pertinente de la Cour européenne de Strasbourg. Les résultats ont été appliqués à l'affaire *García Albiol* et au dossier plus récent de Vox pour évaluer la situation espagnole à l'aune de ces développements. En ce qui concerne ce dernier dossier, un lien est établi avec des discours ultérieurs du parti politique Vox, soulignant les dangers du discours en ligne et des *fake news* pour la dignité des migrants. Elle conclut que l'Espagne n'a pas suffisamment intégré les normes internationales à sa jurisprudence nationale et que l'incitation à la discrimination est un domaine dans lequel il existe un risque très réel que les droits des personnes migrantes soient affectés.

Mots-clés : Discours de haine. Droit international en matière de droits humains des personnes migrantes Populisme. Diversité culturelle. Lutte contre la xénophobie, le racisme et l'intolérance dans le Droit international. Affaire *García Albiol*. Discours du parti Vox.

Los derechos humanos de los migrantes ante el discurso de odio: Encaje de las normas y estándares internacionales en España*

(Human Rights of Migrants in the Face of Hate Speech: How International Norms and Standards Fit in with Spanish Law)

Barreiro Carril, Beatriz

Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas. Universidad Rey Juan Carlos, P.º de los Artilleros, s/n, Vicálvaro, 28032 Madrid

beatriz.barreiro@urjc.es

<http://doi.org/10.61879/riev691zkie202401>

Recep.: 21-03-2024

Acep.: 20-06-2024

BIBLID [eISSN 2952-4180 (2024), 69: 1]

*Estudio realizado en el marco del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional (Universidad Rey Juan Carlos). Agradezco al magistrado Carlos Gómez Martínez su generosa disponibilidad para intercambiar reflexiones sobre el tema de este estudio así como a los/as revisores anónimos/as del mismo. Cualquier error que pudiese haber en este texto es solo responsabilidad mía.

Introducción

Los partidos políticos con discursos populistas de carácter xenófobo van cobrando mayor presencia de forma alarmante (RELATORA ESPECIAL SOBRE DISCRIMINACIÓN RACIAL –REDR– 3 de julio de 2020). Sin embargo, a día de hoy, las normas iusinternacionales en torno al discurso de odio hacia los migrantes están poco sistematizadas (GUSTAVO, G., 3 de julio 2019, 120). En el caso de España, apenas han tenido relevancia en la escasa jurisprudencia que aborda el tema. Además, el hecho de que la sanción penal se reserve para los casos más graves, hace que muchos casos queden sin ninguna respuesta, lo que a veces se utiliza “como prueba del respaldo” a expresiones que en ocasiones merecerían algún tipo de reacción (RELATOR ESPECIAL DE LA ONU SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN –RELE– 7 de septiembre de 2012, párr. 49), que no tiene necesariamente que ser penal.

El objeto de este estudio es mostrar el estado en que se encuentran las normas y estándares internacionales, haciendo hincapié en algunos aspectos normativos que podrían estar en formación. Se presta así una especial atención al discurso de odio que, en lugar de ser susceptible de provocar violencia física, es susceptible de generar conductas discriminatorias en quienes están expuestos a tal discurso. Hay que tener en cuenta que el discurso de odio, y en particular en el ordenamiento jurídico español, es en general un delito de peligro abstracto (esto es, se castiga la conducta en cuestión porque pone en peligro un bien jurídico fundamental para la vida democrática sin necesidad de que el peligro se materialice). Esto conduce a que se pueda concluir fácilmente que el incremento de discursos de odio hacia migrantes por parte de partidos políticos cuya plataforma de difusión es muy grande (teniendo en cuenta además el aumento de la comunicación digital), aumenta la importancia de esta tipología de discurso de odio que es susceptible de provocar conductas discriminatorias hacia inmigrantes en la ciudadanía. De ahí la pertinencia de este estudio, que desde un punto de vista metodológico se trata de una investigación jurídico-dogmática, esto es la investigación del Derecho positivo vigente, las contribuciones doctrinales, y la jurisprudencia, teniendo en cuenta los contextos y necesidades sociales, siempre en continuo cambio. En este tipo de metodología “la primera preocupación es mejorar la coherencia y consistencia” (VRANKEN, 2012) del ordenamiento jurídico; en este caso se trata de examinar cómo el ordenamiento jurídico español y su jurisprudencia integra (o no integra, o no lo hace adecuadamente) los estándares europeos e internacionales. Junto con la interpretación autorizada de los Comités pertinentes de las Naciones Unidas y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo más relevante para los efectos de este estudio, se recurrirá también a informes de Relatores Especiales de las Naciones Unidas cuya “naturaleza flexible” les permite “responder a necesidades cambiantes en áreas problemáticas específicas” (SUBEDI, S. P. y otros, 2011, p. 156, traducción propia). El discurso de odio hacia migrantes, debido al nuevo contexto particular en que opera, como veremos, constituye una de esas áreas. Los Relatores no sólo “desempeñan un rol positivo en la codificación y elaboración de normas internacionales existentes” (*Ibidem*, p. 160, traducción propia), sino que en ocasiones pueden tener “influencia normativa”, sobre todo en casos en que un “acuerdo inicial en la forma de *hard law* es difícil de producirse” (*Ibidem*, p. 159, traducción propia). Juegan por tanto un papel relevante en la formación de normas sobre discurso de odio hacia migrantes. La utilidad de este estudio, que identifica, como se verá, la necesidad de revisar la práctica de los tribunales españoles y de una reflexión sobre la posibilidad de responder a los discursos menos graves de una forma no penal, es independiente del número de casos de discurso de odio existentes, pues se trata de un estudio de dogmática jurídica que, en la línea de lo indicado, estudia la adecuación normativa y jurisprudencial estatal a la normativa y jurisprudencia (y cuasijurisprudencia) internacional. En todo

caso, los datos existentes apuntan a un incremento sustancial del discurso de odio hacia inmigrantes (UN NEWS, 2023). Sin embargo, desafortunadamente, la recopilación de casos de discurso de odio no es fácil, bien porque la víctima no lo denuncia o incluso no es consciente de su condición de víctima (MINISTERIO DEL INTERIOR, 2024). También, en relación con el discurso de odio online, porque existe una dificultad de obtener datos de los proveedores (CONSEJO DE EUROPA, p. 34), Como señala un informe de la UNESCO,

La identificación del discurso de odio en línea con fines de investigación se enfrenta a numerosos retos, desde una perspectiva metodológica -incluidas las definiciones utilizadas para enmarcar la cuestión, los contextos sociales e históricos, las sutilezas lingüísticas, la variedad de comunidades en línea y las formas de discurso de odio en línea (tipo de lenguaje, imágenes, etc.). Desde el punto de vista tecnológico, el discurso del odio en línea es difícil de estudiar debido a la fiabilidad desigual de los sistemas de detección, la naturaleza opaca de los algoritmos patentados, la falta de acceso a los datos en poder de las empresas, etcétera. Para comprender mejor cómo surge y prolifera el discurso del odio en línea y, por consiguiente, para formular respuestas eficaces, es indispensable saber cómo afrontar estos retos. (UNESCO, 2021, traducción propia)

Esto es relevante también a efectos de los discursos de odio en el mundo no virtual, ya que los discursos online “permean en la persona que los recibe y en el conjunto de la sociedad, perpetuando unos estigmas, mal concebidos, sobre algunos colectivos”. (MINISTERIO DEL INTERIOR, s.f, p. 7). En España, el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) monitorea el discurso de odio online con una metodología explicada en su web, que da cuenta de sus limitaciones –por ejemplo, la búsqueda es manual y sólo se hace de lunes a viernes – (OBERAXE). El *informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2022* da cuenta de casos registrados, pero en él se registran tanto acciones que encajan en la categoría de discurso de odio como en otro tipo de acciones, como lesiones con motivación racial. En todo caso, y con independencia del número de casos que puedan existir y las dificultades para su determinación (empresa que corresponde a otras disciplinas y metodologías) este estudio es susceptible de contribuir a la contabilización de casos, en cuanto pretende aclarar y sistematizar los estándares normativos y jurisprudenciales internacionales en la materia y proponer la adecuación estatal a los mismos, lo que se espera pueda contribuir a identificar casos que encajen en ellos.

2. El discurso de odio hacia migrantes en su relación con la libertad de expresión

2.1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La expresión “discurso de odio” no aparece en ningún tratado de derechos humanos, pero el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR) contienen normas en las que encajarlo¹. El primer instrumento, en su art. 19.2 establece el derecho de “[t]oda persona [...] a la libertad de expresión”. En su apdo. 3, el art. 19 establece la posibilidad de limitar tal derecho a través de un triple test muy estricto: Las medidas que lo limiten deben basarse en una ley; deben

¹ Sobre la diferencia de perspectiva de los desarrollos de estos dos textos puede verse MENDEL, T., “Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech?” en M. Herz & P. Molnar (Eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, 2012, Cambridge University Press, pp. 417-429.

buscar “respetar los derechos o la reputación de los demás” o (...) “proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas”; y deben ser necesarias en relación con el fin perseguido. El respeto a “los derechos o la reputación de los demás” es el marco clave para encajar el discurso de odio. Existe, además otro marco posible: El art. 20.1: “[t]oda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

Por lo que se refiere a la CIEFDR, el marco de referencia es el art. 4.a:

Artículo 4: Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación (...)

Una diferencia fundamental entre los artículos del PIDCP y la CIEFDR salta a la vista: El primero *permite* establecer limitaciones por ley a la libertad de expresión para los fines mencionados; el segundo *obliga* a establecer tales limitaciones, y, además, no de cualquier forma, sino a través del establecimiento de una norma penal. España, Parte en ambos tratados, no ha emitido ninguna reserva ni declaración a los efectos de tales artículos, que han sido objeto de interpretación por parte de los respectivos Comités.

El marco clave de interpretación del art. 19 por parte del Comité de Derechos Humanos (CDH) es la Observación General (OG) 34 del Comité de Derechos Humanos (que sustituye a OGs emitidas anteriormente) e insiste en la necesidad del “triple test” antes referido para imponer restricciones al discurso – existencia de ley, obedecer a uno de los propósitos indicados en el artículo, y “cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad” – (CDH, OG34, párr. 22) ². Es interesante destacar que, según el CDH, “[l]a expresión “los demás” [contenida en el 19.3 - respetar los derechos o la reputación de los demás-] puede referirse a otras personas a título individual o como miembros de una comunidad, por ejemplo, a una comunidad definida por su fe religiosa o a un grupo étnico” (Doc. cit., párr. 28). Esto es interesante a los efectos de este estudio, pues muchas veces los migrantes pertenecen a grupos religiosos y étnicos diferentes a los de la sociedad de acogida.

Otro aspecto fundamental de la OG34 es el relativo a la relación entre los arts. 19 y 20. Este texto establece que “las limitaciones que se justifiquen por el artículo 20 tendrían también que cumplir el párrafo 3 del artículo 19” (Doc. cit., párr. 50). Por tanto, el “triple test” sería necesario también en relación con el art. 20. El CDH deja claro que la única diferencia práctica entre ambas

² tal y como el CDH estableció en relación con la comunicación nº 1022/2001, *Velichkin c. Bielorusia*, dictamen aprobado el 20 de octubre de 2005.

disposiciones es que mientras que en relación con los actos del art. 19.3 los Estados pueden optar por prohibirlos por ley o no, en relación con los actos del art. 20, los Estados no tienen tal opción, teniendo que prohibirlos obligatoriamente (Doc. cit. párr. 51 y 52). Esto ha sido reafirmado por el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (o Relator Especial sobre la libertad de expresión –RELE–, Doc.cit. párr. 41). Parte de la doctrina, interpretando estos requisitos de forma particularmente exigente, ha llegado a considerar que el Estado en cuestión debe demostrar que “el daño de discriminación no puede mejorarse por medios distintos a la supresión del discurso protegido” (POST, R., 2007, p. 83, cit. por GHANEA, N., 2013, p. 938). Siguiendo esta visión, como sostiene Ghanea, los Estados necesitarían por ejemplo demostrar que no han podido mejorar la situación a través de “iniciativas educativas” (UNESCO, s.f.). Esta relación con las medidas educativas, que no casualmente se abordan posteriormente en este estudio, es relevante y compleja. De un lado, por la deriva de varios Estados europeos en contra de medidas educativas orientadas a la inclusión de la diversidad y al diálogo intercultural, particularmente importantes en el combate del discurso de odio y esenciales para la adecuada integración de los migrantes en las sociedades de acogida. De otro, porque como una reciente iniciativa señala, el “conocimiento sistemático sobre habilidades, estructuras y valores que se necesitan dar para que [los procesos de diálogo intercultural] sean medios efectivos de construcción de sociedades pacíficas, cohesionadas y resilientes es todavía escaso” y deja a los profesionales sin las “evidencias que necesitan para monitorear las necesidades y prioridades de forma significativa” (RELE, Doc. cit. párr. 43).

El RELE insiste en el elemento de “incitación” como clave para prohibir por ley los actos del art. 20.2 (Doc. cit). La expresión debe llevar [además] a uno de los resultados mencionados, a saber, la discriminación, la hostilidad o la violencia” (Doc. cit). El RELE especifica que “[la] apología del odio solo constituye delito cuando también es una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, o cuando el autor quiere provocar una reacción por parte de la audiencia” (Doc. cit).

Definir este tipo de nociones (odio, hostilidad) muy vinculadas con las emociones es difícil. El RELE considera que el “odio” es “un estado de ánimo que se caracteriza por emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión hacia el grupo al que van dirigidas”, “la apología” es “el apoyo y la promoción explícitos, intencionales, públicos y activos del odio hacia un grupo”, la “incitación” “se refiere a las declaraciones sobre un grupo nacional, racial o religioso que constituyen un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas pertenecientes a dicho grupo” (Doc. cit. párr. 43).

El criterio del “riesgo inminente” de que se produzcan los mencionados resultados de “discriminación, hostilidad o violencia” es clave para el RELE (también lo es para el Comité que interpreta la CIEFDR, como veremos). Pero, además, el RELE parece priorizar el resultado de violencia frente al de discriminación y hostilidad en su consideración de que el discurso en cuestión pueda ser objeto de restricciones. Esto me parece que puede deducirse de la importancia que da, entre los “elementos [...] fundamentales para determinar si una expresión constituye incitación al odio”, al “peligro real e inminente de violencia resultante de la expresión” (Doc. cit. párr. 46). Los discursos de odio que desembocan en los más sutiles resultados de hostilidad o discriminación no se mencionan en esta frase, lo que es relevante, teniendo en cuenta que la discriminación³ hacia

³ Se entiende por “discriminación”, según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) “toda distinción, exclusión o restricción por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, o por cualquier otra condición que tenga por objeto o

migrantes es una práctica bastante extendida, de forma particular, por ejemplo, en relación con el acceso a la vivienda, y en concreto al alquiler (GÓMEZ MONTOYA, J. de D. y RUIZ DÍAZ-REIXA, M. R., 2021). Recordemos, además, que la discriminación no exige una intención orientada a la misma, sino que para que se dé según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), basta con que exista un “resultado” discriminatorio. No resulta descabellado preguntarse por tanto qué porcentaje de conductas discriminatorias (en tanto que tienen por *objeto* o por *resultado* discriminar) tendría causa en los discursos de odio emitidos en el espacio público y de forma particular, por algunos líderes políticos. La “hostilidad” es, por su parte, un concepto muy escurridizo. EL RELE indica que “es una manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo”. El Relator destaca que “este concepto ha recibido escasa atención en la jurisprudencia y requiere más debates” (RELE, Doc. cit. párr. 44). Esto nos deja ver que el encaje jurídico del discurso de odio está todavía en construcción. En tal construcción dos de los elementos adicionales que menciona el RELE serán, a mi juicio, cruciales. De un lado, “la intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia”, de otro, “el examen cuidadoso por parte del poder judicial del contexto en que se expresó el odio”. Para el RELE es importante en este sentido tener en cuenta que expresiones que en un contexto pueden constituir incitación, pueden no constituirlo en otros, sobre todo “habida cuenta de que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias, y no por su contenido” (Doc. cit. párr. 46). Para el análisis de tal contexto el RELE alude a factores como “la existencia de tensiones recurrentes entre comunidades religiosas o raciales” o “la discriminación del grupo de que se trate” (Doc. cit.).

Sería de esperar que el desarrollo del art. 4 de la CIEFDR a través de la Recomendación general nº 35 del Comité para la erradicación de la discriminación racial (CEDR) sobre la lucha contra el discurso de odio racista (RG35) pusiese un énfasis adicional en la incitación a la discriminación – dado el objeto propio de esta Convención –, más allá de la más evidente incitación a la violencia. Sin embargo, como indica Thornberry, la RG35 viene a reflejar prácticamente la visión del CDH. Así, la obligación de penalizar las expresiones que encajen en el discurso de odio referido en el art. 4.a) de la CIEFDR, se transmuta en una recomendación de que “que la tipificación como delito de las formas de expresión racista se reserve para los casos más graves, que puedan probarse más allá de toda duda razonable (...)” (CEDR, OG35, párr. 17 y THORNBERRY, P., 2016). El requisito de la RG35 de “la probabilidad inminente de que el discurso en cuestión tenga por resultado la conducta deseada o pretendida por el emisor” podría hacer de la RG35 un instrumento interpretativo más estricto que varias normativas nacionales, y más difíciles las denuncias y condenas. Por otro lado, la inclusión en la RG35 de los art. 5 (en particular en lo relativo al derecho a la libertad de expresión de las personas pertenecientes a distintos grupos o comunidades) y 7 (relativo al derecho a la educación) de la CIEFDR parece incidir en la preferencia del CEDR por las medidas extrapenales (THORNBERRY, P., 2016).

En todo caso la RG35 insiste en la necesidad de efectividad en el supuesto de que sea necesaria la previsión penal: “no basta con declarar como delitos las formas de conducta recogidas en el artículo 4; las disposiciones del artículo también deben cumplirse de manera efectiva. El cumplimiento efectivo se logra por lo general mediante la investigación de los delitos definidos en la Convención y, en su caso, el enjuiciamiento de los autores” (CEDR, OG35, párr. 17).

resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera de la vida pública.” REDR, Informe sobre la amenaza que supone el populismo nacionalista a los derechos humanos fundamentales y a los principios de no discriminación e igualdad, 6 de agosto de 2018, A/73/305, párr. 45

Es la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo (Relatora Especial sobre la discriminación racial o REDR) en un informe de 2018 la que viene a incidir de forma particular y explícita en el discurso de odio que constituye incitación a la discriminación. Esta Relatora insiste en que tal discriminación no tiene por qué ser voluntaria, y en que la prohibición de discriminación no busca simplemente garantizar la igualdad formal: lejos de esto, “[l]a igualdad en el marco del [DIDH] es sustantiva y obliga a los Estados a adoptar medidas para luchar contra la discriminación racial intencional o deliberada, así como para luchar contra la discriminación racial de facto o involuntaria” (REDR, doc. cit., párr. 45).

Esta aclaración es relevante debido a la antes señalada existencia, bastante generalizada según qué derechos, de discriminación de facto o involuntaria hacia migrantes. Pero es que, además, el fenómeno de líderes populistas que utilizan un lenguaje xenófobo y que, una vez llegados al poder, favorecen la “exclusión estructural” a través de “la restricción al “acceso a los bienes y servicios públicos (...) por motivos raciales, étnicos, religiosos o de otro tipo” (REDR, doc. cit., párr. 25), merece una atención particular a la hora de reflexionar sobre el reproche que merece tal tipo de discurso. Como vamos a ver, también para el caso español, muchos de los discursos problemáticos se producen durante campañas electorales en las que se realizan precisamente este tipo de propuestas. Hungría, cuya Constitución define ahora a ese Estado como “una nación de cristianos, étnicamente distintos de las minorías que conviven con los ‘verdaderos’ húngaros” (REDR, doc. cit. párr. 27) “aprobó “normativa que limita enormemente los derechos de los migrantes y criminaliza a quienes les ayuden” (Doc. cit). Esta dinámica circular que empieza por el discurso de odio racista por parte de líderes políticos, que convence a votantes, gracias a lo cual llegan al poder y adoptan finalmente leyes que son explícitamente discriminatorias probaría que la atención dada al discurso de odio racista por parte de la OG34 y de la OG35, centradas sobre todo en la probabilidad inminente de violencia como resultado del discurso de odio, debiera completarse, para atender a esta dinámica actual, que por desgracia amenaza también con instalarse en otros países europeos, con un enfoque que aborde eficazmente el discurso de odio que suponga una incitación a la discriminación.

No en vano, el concepto de populismo, hasta ahora más comúnmente analizado desde la ciencia política, está recibiendo en los últimos años atención desde el DIDH (Donders, Y., 2017). Por su parte, el Relator de la ONU sobre derechos humanos y solidaridad internacional (RESI), identifica al populismo como una amenaza para el Estado de Derecho (RESI, 20 de julio de 2020, párr. 7). Los populistas no proponen “un programa político concreto” sino que buscan atraer a sus simpatizantes con “consignas generales, basadas en ideologías raciales o de clase;” intentan distinguir un supuesto “pueblo auténtico” que está en conflicto permanente “con los de fuera.” La “designación de los migrantes como enemigos” es precisamente uno de los temas preferidos por los populistas (...) (Doc. cit. párr. 17). Para la REDR, aunque los “populistas nacionalistas no consigu[a]n escaños en el gobierno, su participación en el relato público y en el proceso electoral puede (...) provocar un cambio en el relato político dominante para adoptar posturas que antes eran marginales y excluyentes”, suprimiendo las “contribuciones vitales que las minorías (...) han hecho para construir las respectivas naciones” (REDR, Doc. cit. párr.12). Declaraciones como el Primer Ministro de Hungría (“no queremos que nuestro color... se mezcle con otros”) son particularmente serias (Doc. cit. párr. 15).

Como se ha venido sugiriendo, la REDR parece haber estado tomando buena nota de las limitaciones de las normas internacionales en materia de discurso de odio racista hacia migrantes

para que éstas puedan cumplir su función en el contexto actual. Esto parece mostrarse en un informe dedicado al combate de la glorificación del nazismo, neonazismo y otras prácticas que contribuyen exacerbar las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia relacionada (REDR, 2021). Así, en su interpretación del rechazo por parte de la CIEFDR y del PIDCP al discurso de odio incluye los prejuicios (que supongan incitación a la discriminación, hostilidad o violencia) como contenido del discurso que ambos textos internacionales aconsejarían prohibir a los Estados (Doc. cit., párr. 107)⁴. Estaría reconociendo implícitamente, por tanto, que un discurso prejuicioso es susceptible de producir como resultado discriminación, hostilidad o violencia. Es un paso interpretativo relevante, dado que el término “prejuicios” no aparece ni en el art. 20.2 del PIDCP ni el 4 de la CIEFDR (en este texto sólo aparece mencionado una vez en relación con las medidas educativas encaminadas a combatirlos, pero no en el marco del art. 4 enfocado a combatir por medio de la ley las expresiones que puedan incitar a la discriminación, hostilidad o violencia). Tampoco figura en la OG34, y en la RG35 sólo lo hace en relación con las medidas educativas, en la misma línea de la propia CIEFDR. Además, la REDR devuelve el art. 4 al sentido originario de la CIEFDR que la RG35 había descafeinado al convertir la obligación de penalizar los discursos referidos en una recomendación de penalizar sólo aquéllos más graves (Doc. cit., párr. 109). Esto no quiere decir que la REDR se aparte de la idea de que el derecho penal deba ser la *última ratio* (lo que ella misma explicita) (Doc. cit. párr. 112). Pero el hecho de recordar la obligación de los Estados de penalizar los discursos que así lo necesiten y que lo haga aludiendo a la necesidad “urgente” de “medidas inmediatas y positivas” (Doc. cit. párr. 109) dejaría entrever que la situación actual es tal que requiere de acción legislativa por parte de los Estados, incluida la penal. Además, incide, como la hacía ya el RELE, en el contexto como parámetro determinante para decidir si un acto requiere respuesta penal o no. Entre los elementos del contexto, la REDR incluye el clima económico, social y político, lo que llevaría a pensar que está teniendo en cuenta contextos como el ya mencionado en el que desde la esfera de la discusión política se incita a la discriminación. Ello se acentúa por la referencia a la posición y estatus del orador, y a los objetivos del discurso entre otras consideraciones citadas para determinar el contexto (Doc. cit. párr. 111). Advierte además de que la incitación puede ser meramente “implícita” (Doc. cit.). La preocupación por los discursos racistas pronunciados por políticos queda clara al referirse al párr. 85 de la Declaración de Durban emitida tras la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en 2001, que condena las plataformas políticas basadas en la superioridad racial y discriminaciones relacionadas, así como la legislación y las prácticas basadas en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia relacionada con estos fenómenos, y que resalta que las mismas son incompatibles con la democracia. Se refiere también al párr. 94 de tal Declaración, que advertía que “la estigmatización de personas de orígenes diferentes a través de actos u omisiones de las autoridades públicas, las instituciones [...] o los partidos políticos [...] no constituyen simplemente actos discriminación racial sino que pueden incitar a la recurrencia de tal tipo de actos, resultando por tanto en la creación de un círculo vicioso que refuerza las actitudes racistas y los prejuicios y requería una condena universal” (Doc. cit. párr. 113). Vemos, por tanto, de un lado, nuevamente la referencia a la noción de prejuicio y de otro, la referencia al proceso de estigmatización, así como la descripción del círculo ya apuntado precisamente en este estudio. Es éste precisamente el contexto que sufren tantos migrantes en distintos Estados europeos actualmente.

⁴ Este texto y los referidos en las siguientes notas respecto al mismo documento son de traducción propia del original en inglés.

2.2. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo

El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) bajo el título de “libertad de expresión” indica que:

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. (...)
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial

El enfoque es por tanto bastante similar al del art. 19 del PIDCP en tanto que refiere el “triple test”: las medidas en cuestión deben ser necesarias para perseguir un fin legítimo (en el que se incluye la reputación y los derechos ajenos, así como una referencia a la “sociedad democrática”) y deben ser establecidas por ley. Sin embargo, existe en el CEDH otro art. que da cabida a un enfoque alternativo: el 17, relativo a la “prohibición del abuso de derecho”: “Ninguna de las disposiciones del (...) Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio (...)”. Las restricciones establecidas a la libertad de expresión según el primer enfoque (art. 10.2) se adoptan por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuando el discurso de odio, a pesar de ser tal, “no es apto para destruir los valores fundamentales de la Convención”. Según este enfoque el TEDH examina sucesivamente si existe interferencia a la libertad de expresión, si esta interferencia está prescrita por ley y persigue uno o más fines legítimos, y, finalmente si es necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tales objetivos” (ECHR, 2020, p. 1). Por su parte, el enfoque de la exclusión de la protección de la Convención (art. 17) se aplica cuando las expresiones en cuestión suponen discurso de odio y niegan los valores de la Convención (*Ibidem*). Como indicaba la jueza Tulkens, “el resultado [de este enfoque] es la ausencia de una operación de ponderación” (TULKENS, F, 2012, p. 3)⁵. También siguiendo a la jueza, si bien este artículo tiene sus orígenes en el momento de postguerra en el que se adoptó la Convención (no es casualidad que se haya utilizado para casos de negación del Holocausto)⁶ podríamos preguntarnos si el contexto actual europeo, caracterizado por la emergencia de nuevas formas de extremismo, podría conllevar un mayor recurso al mismo (TULKENS, F, 2012, p. 3).

Un ejemplo del primer enfoque es el caso *Féret v. Belgium* (TEDH, 2009), en que el TEDH considera que la libertad de expresión puede ser limitada para la protección de los derechos de los demás, en este caso, de los miembros de la comunidad inmigrante. Féret era un diputado belga y

⁵ Sobre la cuestión de la diferencia entre los dos enfoques (artículo 10.2 y artículo 17) puede verse también KEANE D., “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, vol. 25(4) *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, pp. 641-663.

⁶ *Lehideux y Isorni c. Francia*, núm. 24662/94, 1998

presidente del Frente Nacional. Fue condenado en Bélgica por incitación a la discriminación racial por una campaña electoral que distribuyó folletos con lemas referidos a propuestas como "Levantarse contra la islamización de Bélgica", "Detener la falsa política de integración" y "Enviar a los solicitantes de empleo no europeos a sus casas." Se le condenó en Bélgica a realizar trabajos comunitarios y se le inhabilitó para ejercer cargos parlamentarios durante 10 años. Estrasburgo no consideró violado el art. 10 ya que tales comentarios tuvieron como consecuencia "la creación de un clima de desconfianza, de rechazo o incluso de odio hacia los extranjeros, especialmente entre los ciudadanos con menos conocimientos" (TEDH, Doc. cit., p. 13). El hecho de que se tratase de un contexto electoral no ayudó a Féret, al contrario, el TEDH consideró que tal contexto contribuyó a que el mensaje tuviese mayor resonancia y por tanto constituyese una incitación al odio racial de forma evidente (TULKENS, F., *Op. cit.*, p. 14)⁷.

Un ejemplo de la invocación al art. 17 es *Norwood v. Reino Unido* (TEDH, 2004). El demandante había desplegado en su ventana un póster facilitado por el Partido Nacional Británico, representando las Torres Gemelas ardiendo, acompañadas de las palabras "Islam fuera de Gran Bretaña - Protéjase al pueblo británico." El TEDH declaró el caso inadmisibile (incompatible por *ratione materiae*) al considerar que iba en contra de valores como la tolerancia, la paz social y la no discriminación (TEDH, doc. cit., pp. 4 y 5).

3. Normas y estándares internacionales sobre discurso de odio hacia migrantes más allá de la relación entre discurso de odio y libertad de expresión

Podría considerarse la cuestión de si está emergiendo una norma general en DIDH que obligue a los Estados orientar sus políticas educativas hacia el respeto de la diversidad cultural y la inclusión, en concreto a través del diálogo intercultural, algo que serviría sin duda para combatir el discurso de odio hacia los migrantes. Cuanto mayor sea la resiliencia de una sociedad ante el discurso de odio, menor tendría que ser la restricción a la libertad de expresión, pues la capacidad del aquél para incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia sería menor. No sólo encontraría esta norma una base en la CIEFDR y la OG35, como ya se ha apuntado, sino que múltiples órganos de derechos humanos de la ONU han venido apuntando a esta necesidad. Además, la Convención para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales en su art. 10. a) señala que las Partes deberán "propiciar y promover el entendimiento de la importancia que revisten la protección y fomento de la diversidad de las expresiones culturales mediante, entre otros medios, programas de educación". Hay que reconocer, no obstante, la dificultad en avanzar en la materia, pues la educación es un terreno que se presta bastante a la politización, lo que se demuestra en la redacción final del mencionado art. 10, cuyo grado de vinculatoriedad es escaso (CARBÓ, G y BARREIRO, B., 2020).

En el campo del DIDH, y en concreto en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ha sido principalmente la OG sobre el derecho a participar en la vida cultural (2009) la que ha incidido en que, para una adecuada integración de los migrantes en la sociedad de acogida, no sólo es relevante la educación culturalmente apropiada para los niños migrantes, de forma que sus propias expresiones culturales sean tenida en cuenta y respetadas por el sistema educativo, sino que también es igualmente relevante que los niños de la sociedad

⁷ La decisión *Le Pen v. France* (núm. 18788/09 TEDH 2010) sigue la misma línea.

de acogida sean educados en el valor de la diversidad cultural (*Ibidem*). El Comité de Derechos de los Niños y el Comité sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares emitió una OG conjunta, el 16 de noviembre de 2017, cuyo párr. 63 va la misma línea, lo mismo que un informe presentado por la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación en 2021. Por su parte la REDR considera que los Estados deben tomar “medidas activas y urgentes para asegurar que los sistemas educativos desarrollan los contenidos necesarios para (...) promover la tolerancia (...)” (Informe de la REDR párr. 120)

Además, destaca de forma particular la Estrategia y el Plan de acción para combatir el discurso de odio lanzado en 2019 por el secretario general de la ONU, que sitúa a la educación en un lugar principal (Naciones Unidas, 27 de septiembre 2019). Es el Asesor Especial de la ONU sobre prevención del genocidio quien lidera la estrategia, lo que muestra que la ONU considera el discurso de odio un tema grave. Para el Asesor, y tal como figura en la estrategia, la clave es construir “sociedades resilientes al discurso de odio y a las divisiones que éste busca generar” (Doc. cit.). Los Estados son “responsables de asegurar que se apliquen políticas y programas anti-discriminación, de inclusión y de derechos humanos” (Doc. cit). La educación, es, para la estrategia, un pilar fundamental: “Necesitamos afirmar que la diversidad es una riqueza, no una amenaza” (Doc. cit). Uno de “los compromisos de la Estrategia y el Plan de Acción [...será] una conferencia internacional sobre la Educación para la Prevención, centrada en el tratamiento y la lucha contra el discurso del odio, en la que participen los ministros de educación” (Doc. cit.).

4. El caso *García Albiol* como síntoma de la falta de toma en cuenta de los avances internacionales en la materia

En España existe todavía poca jurisprudencia sobre el discurso de odio hacia migrantes. Se expone a continuación un caso relevante, parecido en no pocos aspectos al caso *Féret c. Bélgica*, pero con una solución judicial opuesta. En el contexto de las elecciones a la alcaldía de Badalona, Xavier García Albiol comienza en 2010 a transmitir un discurso anti-inmigración ya iniciado años antes, pero que ese momento se intensifica (VICARIO GARCÍA, O., 2014, p. 86), manifestando “públicamente su intención de no permitir el empadronamiento de extranjeros en situación irregular, si él llegaba a ser alcalde. Asimismo, se manifestó “contrario a que los españoles y los extranjeros en situación irregular tuvieran acceso al mismo nivel a los servicios sociales”. En el mes de abril dio una serie de entrevistas en varios medios en los que expresaba que “hay colectivos que han venido a este país [...] única y exclusivamente a robar y a ser delincuentes”, utilizando palabras como “lacra” o “plaga” para referirse a ellos. De forma particular destacaron los folletos que repartió en su campaña, con imágenes de personas “que por su apariencia física podrían ser consideradas de etnia gitana, y más concretamente de procedencia rumanana (...) [y que recogían la pregunta:] “¿Tu barrio es seguro?” Los folletos incluían otras imágenes, entre las que se encuentra “un cartel colocado en una valla, con el mensaje “No queremos rumanos” [tal como muestran los hechos probados]. “Intercalados entre las fotografías se ubicaban unos recuadros en los que se leía “Inseguridad”, “Suciedad”, “Delincuencia” y “Civismo” [entre otras expresiones]” (Juzgado nº 18 de Barcelona, 10 de diciembre de 2013, Hechos probados). La asociación SOS Racisme Catalunya y la Federación de Asociaciones Gitanas de Catalunya (FAGIC) – que más tarde se retira del caso – interpusieron una demanda contra el político. El Ministerio Fiscal pedía la imputación de García Albiol por “presunto delito de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia, tipificado en el art. 510.1 del Código Penal, o alternativamente un delito de injuria colectiva

tipificado en el art. 510.2 del Código Penal.” La acusación popular pedía imputarlo por un presunto delito del 510.2 del Código Penal, o alternativamente el tipificado en el art. 510.1.

El art. 510 castiga en su párr. primero a “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, [o] su origen nacional (...).” La doctrina ha caracterizado a este delito como un “delito de xenofobia en sentido estricto”⁸ y un delito de peligro abstracto⁹. Esto significa que la acción típica -la provocación- no origina una situación concreta de desventaja para una persona, sino que, en todo caso, crea las condiciones para que esa situación sea ocasionada en un futuro por otros”¹⁰. En su párr. segundo el artículo castiga a los que “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, [o] su origen nacional (...).” El magistrado de primera instancia dictó sentencia que absuelve del delito de provocación al odio, a la violencia y a la discriminación (art. 510.1 CP) al considerar que la provocación debe interpretarse a la luz del art. 18 del Código Penal (que se refiere a la provocación para delinquir) y que por tanto ha de constituir una incitación directa a la comisión de un delito. Ya podemos ver de entrada que esta interpretación dejaría claramente fuera del tipo del 510.1 la provocación al odio, pues es claro que odiar no es un delito. En relación con el 510.2 considera, tal y como resume el abogado de la acusación, que este artículo “es un precepto de “muy rara” aplicación, que las injurias son vejatorias pero están amparadas por la libertad de expresión pero el insulto no lo está, que no existía “*animus injuriandi*” (ese plus que se exige al dolo común en los delitos de injurias contra particulares) ... y finalmente [...] que el Sr. Albiol hubiera dicho lo mismo sobre cualesquiera otras personas aunque no hubiesen sido gitanos rumanos”¹¹. El caso llegaría entonces a segunda instancia siendo la Audiencia Provincial de Barcelona quien en su voto mayoritario considera que no concurre en el acusado la exigencia de el “*animus injuriandi*”, que va más allá del dolo genérico (VICARIO GARCÍA, O., 2014, p. 89).

Destaca el voto particular de la magistrada M. J. Magaldi, que apunta en otra dirección y que se basa en el DIDH. La Magistrada “nos enseña que [el art. 510.2] (...) consiste en difundir informaciones injuriosas [...] para las que no se requiere “*ánimus injuriandi*” alguno, sino únicamente que tales informaciones sean objetivamente injuriosas para el colectivo atacado, que se actúe con conocimiento de su falsedad (dolo directo) o con temerario desprecio hacia la verdad (dolo eventual)” (*Ibidem*)¹². La magistrada señala que:

“La particularidad radica en que en estos delitos la lesión al bien jurídico se produce por una conducta llevada a cabo por el autor “en el ejercicio de un derecho fundamental” por lo que, una primera aproximación al precepto, nos llevaría lógicamente a la idea de un posible conflicto entre derechos fundamentales lo que es cierto, pero con la matización de que el legislador penal en el art. 510 del CP [...] marca los límites en el sentido siguiente: *quien en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión (y de participación activa en la vida política) lleva a cabo la (s) conducta(s) descritas en el artículo 510. 1 y 2, ha traspasado de manera penalmente relevante los límites del legítimo ejercicio de su derecho, por lo que no hay conflicto por lo menos en principio*” (Audiencia

⁸ Así lo hace Vives Antón. Véase PÉREZ DE LA FUENTE, *Op. Cit.*

⁹ Es el caso de García Álvarez. *Ibidem*

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ El propio abogado del caso, Vicario García, comenta la sentencia: VICARIO GARCÍA, O., “El Caso Xavier García Albiol Vs. Gitanos Rumanos de Badalona: “No todo debe valer en el discurso político,” *Discriminación y Comunidad gitana*, 2014, pp. 86-89, p. 88. Disponible en <https://bit.ly/3yzDzXP>

¹² *Ibidem*

Provincial –Sección Segunda – 22 de julio de 2014, Voto Particular de la Sentencia, fundamento tercero ¹³.

La magistrada considera que, principalmente debido a la inexistente jurisprudencia española para casos como el presente “términos “provocación”, “discriminación”, “odio”, “violencia”, “informaciones injuriosas”, en relación a las circunstancias típicas recogidos en el artículo 510, deben ser interpretados” a la luz del Derecho Internacional. La magistrada deja claro que la incitación al odio no requiere llamar a un acto específico de violencia, y que no todo discurso político por el hecho de ser tal tiene que ser necesariamente permitido (Doc. cit., fundamento cuarto)¹⁴. Cita directamente al CEDR de la ONU y al Tribunal de Luxemburgo, sugiriendo que García Albiol requeriría igual o mayor reproche que Féret (Doc. cit., fundamento quinto).

5. Perspectivas recientes: la falta de incorporación del didh por parte jurisprudencia española ante los discursos de vox

Un caso más reciente es el dilucidado por la sentencia de la Sección nº 2 de la Audiencia Provincial de Madrid que resuelve el recurso de apelación 939/2021 interpuesto contra el auto nº 631/2021 (emitido por el juzgado de instrucción nº 53) por parte del Partido Socialista Obrero Español y el Ministerio Fiscal. Esta sentencia confirma la necesidad, igual que el caso *García-Albiol* de que los tribunales españoles tengan en cuenta de forma adecuada la jurisprudencia de Estrasburgo sobre discurso de odio y los desarrollos de la ONU expuestos en este artículo. El caso versa sobre un cartel en una estación de metro, en el que el partido político Vox mostraba a una señora mayor y a un joven con “capucha y pañuelo de colores que le tapaba la boca y la nariz” y señalaba la diferencia de gasto público en relación con los dos: “Un mena 4.700 euros al mes. Tu abuela 426 euros de pensión/mes”, rezaba la leyenda inserta entre ambas figuras) (Audiencia Provincial de Madrid, Sección segunda, 21 de julio de 2021, hecho probado único) ¹⁵. La sentencia excluye la presencia de discurso de odio al dar relevancia particular al contexto – el de “una contienda electoral donde constituye una máxima de la experiencia los excesos verbales que se cometen por unos y otros actores políticos”, en una “legítima lucha ideológica-partidista”¹⁶. Sorprende que no le preocupe al tribunal si “las cifras [en relación con el mantenimiento de los grupos expuestos en el cartel] que se ofrecen son o no veraces” (doc. cit). Además, igual que en el caso *García-Albiol* se mantiene una visión equivocada del concepto de provocación propio del discurso de odio (Doc. cit. razonamiento jurídico quinto), que va más allá de la provocación a cometer un delito – pues como es claro, odiar no es un delito –.

Para la jurisprudencia española, por tanto, el hecho de que tal mensaje tenga lugar en el seno de una campaña electoral¹⁷, hace que tenga más oportunidades de ser cubierto por el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, en mi opinión, tal posición desconoce los avances internacionales expuestos en este artículo, que tienen en cuenta muchos factores del discurso – como el alcance del mismo, la posición del orador – que hacen que, más bien al contrario,

¹³ La cursiva es de la propia sentencia.

¹⁴ En sentido similar: CEDR, *Gelle v. Denmark*, comunicación nº 34/2004, 6 de marzo de 2006. En sentido contrario, ALCÁZER GUIRAO, R., 2016)

¹⁵ (Vid. Hechos probados, Audiencia Provincial de Madrid: Sentencia de la sección nº 2 de la Audiencia Provincial de Madrid del 21 de julio de 2021, hecho probado único

¹⁶ (*Ibidem*, razonamiento jurídico cuarto)

¹⁷ Sobre el discurso de Vox en las campaña electoral andaluza puede verse: Olmos Alcaraz, A., 2022.

mensajes como el presente sean precisamente particularmente susceptibles de generar, si no violencia, cuanto menos discriminación. Y es que como tenía en cuenta Javier de Lucas: “[Estas] decisiones judiciales desdibujan el principal perjuicio causado por este discurso de odio [que consiste en] que –como ha subrayado el profesor Albert Mora– se incrementa el número de ciudadanos que justifica y reclama políticas discriminatorias” (De Lucas, J., 2021, 25). En la misma línea se pronuncia Miguel Ángel Aguilar García, fiscal de Sala contra los Delitos de Odio y Discriminación ante la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo: “[E]sos mensajes [los de] “quienes ejercen un liderazgo social, político, etc...” [...] “pueden generar prejuicios o estereotipos y dar lugar a la comisión de hechos” (Europa Press Nacional, 7 julio 2023). Aguilar pone el foco en el potencial dañino que tiene internet para la difusión de los mensajes odiosos y discriminatorios al igual que lo hace en un reciente informe la REDR (REDR, 18 de octubre de 2023).

En la campaña electoral de las últimas elecciones generales en España, se ha visto como la combinación del discurso online y offline refuerza el discurso de odio. Y es el discurso que puede provocar discriminación (y no necesariamente violencia), en el que trato de poner el acento en este artículo, como ya se ha señalado, porque es muy difícil pensar que el discurso político (online y offline) que retrata prejuicios y estereotipos sobre los migrantes no tenga un efecto en la forma en que los receptores de tal discurso se comportan con ellos. Como ha señalado el anterior Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, precisamente, la discriminación no necesita ser intencionada para ser considerada discriminación a los ojos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es evidente que en España muchos inmigrantes luchan por el ejercicio de los derechos humanos básicos en igualdad de condiciones que el resto de la población y que ello está en relación con prejuicios y estereotipos. Esto es claro en relación con el derecho a la vivienda, como ya comenté. En los días anteriores a las últimas elecciones generales, el líder del partido político Vox, Santiago Abascal, publicó un tuit sobre un asesinato antes de que la policía diera información sobre el autor: "Ni Sánchez ni su vicepresidenta se acordarán de esta mujer. No habrá minutos de silencio, ni portadas, ni programas especiales...Sólo VOX recuerda que hay españoles que sufren el disparate migratorio avalado por todos los partidos" (Vid. https://twitter.com/Santi_ABASCAL/status/1675916854382960657). Este tuit fue objeto de muchos *retweets* y *likes*. El contexto es el asesinato de una mujer, a manos, presuntamente, de un español (RTVE, 05.07.2023). El tuit de Abascal era una reacción a otro tuit de un periódico online, La Gaceta de Iberosfera. El tuit de este periódico señalaba: "Un magrebí mata a puñaladas a una mujer de 61 años en una tienda del centro de Madrid". Este tuit -como se puede ver en el tuit de Abascal ahora- fue borrado por este periódico, que ha cambiado el titular de la noticia y ya no se refiere a que el presunto autor sea magrebí¹⁸. Abascal, en una entrevista concedida el 4 de julio de 2023 en la cadena Telecinco, reconoció que su mensaje en Twitter "parece una equivocación haciéndose eco de una noticia que tiene un error". En ningún momento pidió disculpas a los inmigrantes y/o a toda la sociedad por el daño que ese tuit pudo causar a su reputación y a la convivencia de la sociedad. En un debate público con adversarios políticos, le pidieron que se disculpase y volvió a repetir las mismas palabras sobre el eco de un error (RTVE (19/07/2023).

Es muy importante tener en cuenta que La Gaceta de Iberosfera es propiedad de la Fundación Disenso, que es el *think tank* de Vox (SANAHUJA, J. A. y LÓPEZ BURIAN, C., 2023, p. 12). Así, esta forma de proceder es un claro ejemplo del nexo entre el discurso de odio online y las informaciones y noticias falsas. La mención online al origen inmigrante del autor fue borrada rápidamente, lo que reconoce Abascal. Sin embargo, la burbuja de la desinformación ya está creada, y el consiguiente tuit no se borra y sigue generando ruido. Hay que tener en cuenta que antes de la llegada de

¹⁸ Como puede verse en: LA GACETA DE LA BIOSFERA, 3 de julio de 2023)

internet, los periódicos solían corregir la información errónea publicando la información correcta con al menos la misma visibilidad que habían dado a la errónea. Se trata, de hecho, de un principio deontológico del periodismo y de respeto del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Ahora, con internet, las cosas parecen "solucionarse" borrando la información errónea, pero muy a menudo, el daño ya está hecho. En este caso, un tuit reproduce la información falsa ya borrada en el diario online, pero el autor del tuit, el líder político, no corrige su tuit ni lo borra.

Como se ha apuntado en este estudio, otra cuestión importante que muestra este caso es la relación entre el discurso político hostil online y offline. El programa de Vox para las elecciones generales incluye la siguiente frase: " El próximo 23 de julio tenemos la oportunidad de empezar a construir [...] una España en la que primen [la natalidad sobre la importación masiva de inmigrantes ...]"¹⁹. Esta frase es especialmente grave por la deshumanización de los inmigrantes que implica. En primer lugar, contrapone el concepto natalidad al de inmigrantes, como si los inmigrantes no tuvieran hijos. En segundo lugar, utiliza la palabra "importación". En español, como demuestra el diccionario de la Real Academia Española, esta palabra se utiliza para referirse a las cosas, nunca a las personas.

Es muy importante señalar, como la hace el Fiscal de Delitos de Odio del Tribunal Supremo, que desde que el pasado 14 de julio de 2022 entró en vigor la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (publicada en el BOE de 13 de julio), "los hechos que no tienen la gravedad necesaria para sancionarse por la vía penal, pero que "son igualmente reprobables", se pueden perseguir por la vía administrativa" (Europa Press Nacional, doc. cit). Esta posibilidad va en la línea de los estándares internacionales, que no exigen en general, como se ha visto, que toda respuesta al discurso de odio se trate por la vía penal. Lo que deja claro en todo caso el caso del discurso de Vox hacia los migrantes, es que la consideración de que el discurso político debe dejar cabida a ciertos excesos legítimos debido a que es un discurso fundamental para el ejercicio de la democracia, debe ser visto, y matizado, en mi opinión, teniendo en cuenta las circunstancias actuales caracterizadas por las posibilidades que las herramientas online ofrecen para generar noticias falsas canalizadoras de prejuicios.

6. Conclusiones

De lo analizado en este artículo, queda claro que desde el punto de vista del Derecho Internacional no es necesario penalizar el discurso de odio hacia los migrantes, pero sí se debe dar, en todo caso una respuesta que sea efectiva. Si bien los órganos de la ONU centrados en la libertad de expresión, pero también el propio CEDR, no han dedicado apenas atención al discurso de odio que constituye incitación a la discriminación, éste parece constituir una situación muy común a la que se enfrentan los migrantes que llegan a suelo europeo, sobre todo ante al auge de partidos populistas de extrema derecha con discurso xenófobo. Esto es así porque los propios líderes políticos de estos partidos emiten con frecuencia comentarios prejuiciosos hacia los migrantes, que los estigmatizan, lo que puede desembocar en conductas discriminatorias por parte de la ciudadanía (por no hablar de las propias medidas discriminatorias hacia los migrantes que puedan establecer tales líderes si llegan al poder, tal y como muestra la realidad húngara). Hace bien por

¹⁹ Así consta en la carta enviada por el partido a las direcciones físicas de los ciudadanos españoles. No he podido encontrar esta frase en la web de Vox, en los documentos de la campaña electoral referida.

tanto la REDR en poner la atención en este fenómeno y sugerir que la difusión de prejuicios en tal contexto tenga algún tipo de relevancia jurídica.

El TEDH, por su parte, recurriendo a los dos enfoques diferentes que se han referido en este estudio, no ha tenido inconveniente en justificar restricciones a la libertad de expresión ante casos de discurso de odio hacia inmigrantes. Los tribunales españoles, como nos muestra el caso *García Albiol*, y el más reciente sobre el cártel electoral de Vox no van por esa línea. El voto particular de la magistrada M. J Magaldi en el caso *García Albiol* deja ver la similitud del mismo con el de *Féret c. Bélgica*. Es cierto que la medida impuesta por el tribunal belga no era una pena de prisión, pero sí una pena en todo caso. Es necesario insistir en que las reacciones al discurso de odio no tienen por qué ser penales, y menos aún, constitutivas de prisión, pero urge que en España se integren los avances internacionales para combatir un discurso que afecta a los migrantes y al corazón de nuestra democracia. Las políticas educativas, en concreto, deberían tomarse en serio la necesidad de la incorporación de contenidos y estrategias para frenar el discurso de odio.

6. Referencias

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2016), Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2016, núm. 18-11
- ASESOR ESPECIAL DE LA ONU SOBRE PREVENCIÓN DEL GENOCIDIO (19 de mayo de 2019). Estrategia y el Plan de acción para combatir el discurso de odio. En línea en <https://bit.ly/3bQKltc>
- AUDIENCIA PROVINCIAL (22 de julio de 2014), Sentencia de la AP de Barcelona (sección segunda) Voto Particular de la magistrada M. J. Magaldi.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (21 de julio de 2021). Sentencia de la sección nº 2 de la Audiencia Provincial de Madrid, que resuelve el recurso de apelación 939/2021 interpuesto contra el auto nº 631/2021 (emitido por el juzgado de instrucción nº 53) por parte del Partido Socialista Obrero Español y el Ministerio Fiscal.
- CARBÓ, G y BARREIRO, B. (2020) Addressing the challenge of promoting the UNESCO Convention's notions of diversity of cultural expressions Educating young people through the UNESCO diversity kit. En Véronique Guèvremont y Diane Saint-Pierre, *Les 10 ans de la Convention sur la diversité des expressions culturelles*. Buenos Aires: Teseopress, 2020. En línea en <https://bit.ly/3oNgpcb>
- COMITÉ DE DERECHOS DE LOS NIÑOS y COMITÉ SOBRE DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES (16 de noviembre de 2017). Observación General Conjunta (nº 23 y 4 respectivamente) sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (20 de octubre de 2005). Dictamen sobre la comunicación nº 1022/2001, *Velichkin c. Bielorusia*. CCPR/C/85/D/1022/2001
- . (2001, 102º período de sesiones), Observación General nº 34.
- COMITÉ PARA LA ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, (6 de marzo de 2006). *Gelle v. Denmark*, comunicación nº 34/2004.
- . (CEDR, 26 de septiembre de 2013). Recomendación General nº 35 la lucha contra el discurso de odio racista.

–. Informe sobre discurso de odio online (18 de octubre de 2023). A/78/538

CONSEJO DE EUROPA (2023). *Study on Preventing and Combating Hate Speech in Times of Crisis*.

DE LUCAS, J. (2021). Sobre autoritarismo y discursos de odio. *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, 13, 155 pp. 13□25

DONDERS, Y. (2019). Diversity in Europe: From Pluralism to Populism? En Jure Vidmar. (Ed.) *European Populism and Human Rights*, pp. 52-71. Leiden: Brill.

EUROPA PRESS NACIONAL (7 julio 2023). *El fiscal de delitos de odio avisa de que la mayoría de casos no se denuncian: gitanos o magrebíes, entre las víctimas*. (Entrevista al fiscal de delitos de odio del Tribunal Supremo). En línea en <https://www.europapress.es/nacional/noticia-fiscal-delitos-odio-avisa-mayoria-casos-no-denuncian-gitanos-magrebies-victimas-20230707070050.html>

GHANEA, N. (2013). Intersectionality and the Spectrum of Racist Hate Speech: Proposals to the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination. *HUM. Rts. Q.*, 35, pp. 935-954

GÓMEZ MONTOYA, J. de D. y RUIZ DÍAZ-REIXA, M. R. (2021) *Discriminación residencial de la población migrante durante la pandemia. Perspectiva histórica y análisis crítico de las medidas de alquiler adoptadas*, Provivienda. En línea en <https://bit.ly/3iOiOyp>

GUSTAVO, G. (2019), Countering hate speech against refugees and migrants: An evaluation of international human rights treaties and soft law instruments, 92, *Relaciones Internacionales*, 103-125.

JUZGADO PENAL N° 18 DE BARCELONA (10 de diciembre de 2013), Sentencia núm. 574(P. A. 247/2013).

KEANE D. (2007) Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25(4) pp. 641-663.

La GACETA DE LA BIOSFERA (3 de julio de 2023). *Una mujer de 61 años, asesinada a puñaladas en el centro de Madrid*. En línea en <https://gaceta.es/espana/una-mujer-de-61-anos-asesinada-a-punaladas-en-el-centro-de-madrid-20230703-1755/>

MCLAUGHLIN, M. (1988). Ambientes institucionales que favorecen la motivación y la productividad de los profesores. En A. Villa (Ed.) *Perspectivas y problemas de la función docente* (pp.29-45). Madrid: Narcea.

MCLUHAN, M. (1964). *Understanding media: The extensions of man*. Nueva York: McGraw Hill

MENDEL, T., (2012). Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech? En M. Herz & P. Molnar (Eds.) *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, (pp. 417-429). Cambridge: Cambridge University Press.

MINISTERIO DEL INTERIOR (s.f) Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2022.

–. (2024). Las Fuerzas de Seguridad registraron 1.606 incidentes de delitos de odio en 2023. En línea en <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/Las-Fuerzas-de-Seguridad-registraron-1.606-incidentes-de-delitos-de-odio-en-2023/>

NACIONES UNIDAS, Entrevista al Asesor Especial sobre prevención del genocidio (27 de septiembre 2019). En línea en <https://bit.ly/2QPi1pi>

OBERAXE (s.f), Monitorización del dscurso de odio online. En línea en <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/en/ejes/discursoodio/index.htm>

OLMOS ALCARAZ, A., (2023). Desinformación, posverdad, polarización y racismo en Twitter: análisis del discurso de Vox sobre las migraciones durante la campaña electoral andaluza (2022). *Methados. Revista de Ciencias sociales*, 11(1)

- PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2010) El enfoque español sobre lenguaje del odio. En Daniel Oliva y Óscar Pérez de la Fuente (Eds.), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*. Madrid: Dykinson, pp. 133-156
- POST, R. (2007). Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad. *Constellations*, 14, nº 1, pp. 72-90.
- REDR (13 de septiembre de 2021). Informe dedicado al combate de la glorificación del nazismo, neonazismo y otras prácticas que contribuyen exacerbar las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia relacionada. A/HRC/48/77. (El documento publicado constituye un avance del informe en inglés).
- RELATOR ESPECIAL DE LA ONU SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (RELE, 7 de septiembre de 2012) *Informe sobre discurso de odio y libertad de expresión*, A/67/367
- RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SOLIDARIDAD INTERNACIONAL (RESI, 20 de julio). *Informe sobre populismo y sus efectos en los derechos humanos y la solidaridad internacional*, A/75/180.
- RELATORA ESPECIAL DE LA ONU SOBRE DISCRIMINACIÓN RACIAL, (3 de julio de 2020). *Addressing Contemporary Forms of Racism: Challenges Posed by the Pandemic and the National Responses, Global Pandemic Prevention & Control and Human Rights Protection*.
- RELATORA ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN (2021) *Informe sobre las dimensiones culturales del derecho a la educación (o el derecho a la educación como derecho cultural)*. A/HRC/47/32
- RTVE (19/07/2023), *Díaz exige a Abascal que pida disculpas por decir que un migrante mató a una mujer en Lavapiés y el de Vox responde: "¿Me está dando órdenes a mí?* En línea en <https://www.rtve.es/play/videos/especiales-informativos/diaz-exige-abascal-disculpas-lavapies/6938074/>
- . (05.07.2023), *El detenido por el asesinato de una mujer en Tirso de Molina no es magrebí, es español*. En línea en <https://www.rtve.es/noticias/20230705/detenido-asesinato-mujer-tirso-molina-espanol/2451328.shtml>
- SANAHUJA, J. A. y LÓPEZ BURIAN, C. (2022) *Hispanidad e Iberosfera: antiglobalismo, internacionalismo reaccionario y ultraderecha neopatriota en Iberoamérica*. Documentos de Trabajo 69 / 2022 (2ª época), Madrid: Fundación Carolina. En línea en <https://www.fundacioncarolina.es/hispanidad-e-iberosfera-antiglobalismo-internacionalismo-reaccionario-y-ultraderecha-neopatriota-en-iberoamerica/>
- SUBEDI, S. P. y otros (2011). The Role of the Special Rapporteurs of the United Nations Human Rights Council in the Development and Promotion of International Human Rights Norms. *The International Journal of Human Rights* 15, núm. 2, 151-161
- THE FUTURE OF FREE SPEECH, *The Future of Free Speech*, <https://bit.ly/3ACqayi>
- THORNBERRY, P. (2016) *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, Consultado on-line a través de Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], en línea en <https://opil.ouplaw.com/>
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, (1998) *Lehideux y Isorni c. Francia* (núm. 24662/94)
- . (2020) *Factsheet – Hate speech*.
- . *Norwood v. Reino Unido* (2004) núm. 23131/03
- . *Féret c. Francia* (2009) núm. 15615/07.
- . *Le Pen v. France* (2010) núm. 18788/0.

Barreiro Carril, Beatriz: Los derechos humanos de los migrantes ante el discurso de odio

TULKENS, F. (9 de octubre de 2012). When to say is to do. Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights. En *Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers*.

UNESCO, *Measuring intercultural dialogue: working to make dialogue effective for building peace, cohesion, and resilience*. En línea en <https://bit.ly/3iXHWG9>.

UNESCO (2021) *Addressing Hate Speech on Social Media: Contemporary Challenges*.

UNITED NATIONS NEWS, *Hate speech: A growing, international threat*. En línea en <https://news.un.org/en/story/2023/01/1132597>

VRANKEN, V. (2012). "Exciting Times for Legal Scholarship". *Law and Method* 2, pp. 42–62.

VICARIO GARCÍA, O. (2014) El Caso Xavier García Albiol Vs. Gitanos Rumanos de Badalona: "No todo debe valer en el discurso político. *Discriminación y Comunidad gitana*, pp. 86-89, En línea en <https://bit.ly/3yzDzXP>

VOX (2023), Propaganda electoral enviada a los domicilios.

Entrada de twitter (actual X)

https://twitter.com/Santi_ABASCAL/status/1675916854382960657